



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2008 Vol. 3**

**1<sup>er</sup> cahier, 2008 Vol. 3**

**Cited as [2008] 3 S.C.R. 3-214**

**Renvoi [2008] 3 R.C.S. 3-214**

---



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
REMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH  
JACQUES GAGNÉ

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET  
MONIQUE GROULX

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
PAULINE MCTAVISH  
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL  
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

<b>F.H. v. McDougall</b> .....	<b>41</b>
Evidence — Standard of proof — Allegations of sexual assault in a civil case — Inconsistencies in complainant's testimony — Whether Court of Appeal erred in holding trial judge to standard of proof higher than balance of probabilities.	
Evidence — Corroborative evidence — Allegations of sexual assault in a civil case — Whether victim must provide independent corroborating evidence.	
Appeals — Standard of review — Applicable standard of appellate review on questions of fact and credibility.	
<b>R. v. Dowe</b> .....	<b>109</b>
Criminal law — Evidence — Accomplices — Corroboration — Trial judge's error concerning corroboration not affecting result — Accused's acquittal for breaking and entering restored.	
<b>R. v. H.S.B.</b> .....	<b>32</b>
Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Accused convicted of four offences relating to sexual abuse and threat — Whether judge's reasons on credibility of witnesses in criminal trial sufficient.	
<b>R. v. Illes</b> .....	<b>134</b>
Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Accused tried for first degree murder — Trial judge charging jury that law presumes any incriminating part of accused's statement likely true, while exculpatory statements carry less weight — Whether direction improper — If so, whether new trial should be ordered.	
Criminal law — Evidence — Crown's failure to disclose — Whether new trial appropriate remedy.	
<b>R. v. Pritchard</b> .....	<b>195</b>
Criminal law — Classification of murder — Unlawful confinement and murder — Whether confinement during course of robbery is forcible confinement for purposes of classifying murder as first or second degree murder — Whether accused caused victim's death while committing forcible confinement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).	
<b>R. v. R.E.M.</b> .....	<b>3</b>
Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Accused convicted of three offences relating to sexual assault — Whether judge's reasons on credibility of witnesses in criminal trial sufficient.	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

<b>F.H. c. McDougall</b> .....	<b>41</b>
Preuve — Norme de preuve — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Contradictions dans le témoignage du demandeur — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la juge du procès aurait dû appliquer une norme de preuve plus stricte que celle de la prépondérance des probabilités?	
Preuve — Corroboration — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Le témoignage de la victime doit-il faire l'objet d'une corroboration indépendante?	
Appels — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable en appel aux questions de fait et de crédibilité.	
<b>R. c. Dowe</b> .....	<b>109</b>
Droit criminel — Preuve — Complices — Corroboration — Erreur du juge du procès au sujet de la corroboration n'ayant pas d'incidence sur le résultat — Rétablissement de l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'introduction par effraction.	
<b>R. c. H.S.B.</b> .....	<b>32</b>
Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Accusé déclaré coupable de quatre infractions liées à des abus sexuels et à des menaces — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins dans le procès criminel étaient-ils suffisants?	
<b>R. c. Illes</b> .....	<b>134</b>
Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Accusé ayant subi un procès pour meurtre au premier degré — Directive de la juge du procès aux jurés leur disant que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai mais que les déclarations disculpatoires ont moins de poids — Cette directive était-elle erronée? — Dans l'affirmative, un nouveau procès doit-il être ordonné?	
Droit criminel — Preuve — Omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve — La tenue d'un nouveau procès est-elle la réparation appropriée?	
<b>R. c. Pritchard</b> .....	<b>195</b>
Droit criminel — Classification du meurtre — Séquestration et meurtre — La séquestration au cours d'un vol qualifié constitue-t-elle une séquestration pour la classification du meurtre comme meurtre au premier degré ou comme meurtre au deuxième degré? — L'accusé a-t-il causé la mort de la victime en commettant la séquestration? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Rojas** ..... 111

Criminal law — Charge to jury — Vetrovec instruction — Two accused tried together for murder — Accomplice testifying about out-of-court statements made to him by both accused — Whether Vetrovec instruction effectively allowed jury to make impermissible use of statements admissible solely against one accused in assessing credibility of accomplice's testimony concerning the other — Whether trial judge should have instructed jury to make distinct assessments of accomplice's credibility as it related to each accused.

Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Two accused tried together for murder — Out-of-court statements made by both accused containing inculpatory and exculpatory parts — Trial judge instructing jury that statements of incriminating nature likely to be true, whereas excuses for one's own behaviour not necessarily carrying same persuasive weight — Whether instruction improper — Whether instruction misled jury.

### **RBC Dominion Securities Inc. v.**

### **Merrill Lynch Canada Inc.** ..... 79

Employment law — Employment contract — Breach of implied terms — Branch manager orchestrating transfer of his branch's employees to competitor's branch — Mass exit occurring without notice — Action for damages for breach of implied terms of employment contract against branch employees and branch manager — Whether breach — Assessment of damages.

### **Saulnier v. Royal Bank of Canada** ..... 166

Bankruptcy and insolvency — Property — Commercial fishing licences — Fisher signing general security agreement with bank — Fisher subsequently making assignment in bankruptcy — Whether fisher's commercial fishing licences constitute "property" within scope of bankruptcy and insolvency legislation and within scope of personal property security legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 2 "property" — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13, s. 2(w), (ad).

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. R.E.M.** ..... 3

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Accusé déclaré coupable de trois infractions d'ordre sexuel — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins dans le procès criminel étaient-ils suffisants?

### **R. c. Rojas** ..... 111

Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Vetrovec — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Témoignage d'un complice sur des déclarations extrajudiciaires lui ayant été faites par les deux accusés — La directive de type Vetrovec a-t-elle en fait permis au jury d'utiliser de façon inacceptable des déclarations admissibles à l'encontre d'un seul accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l'égard de l'autre accusé? — Le juge du procès aurait-il dû demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité du complice?

Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Déclarations extrajudiciaires des deux accusés comportant à la fois des éléments inculpatatoires et des éléments disculpatoires — Directive du juge du procès au jury indiquant que les déclarations incriminantes sont probablement vraies alors que les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive — Cette directive était-elle erronée? — La directive a-t-elle induit le jury en erreur?

### **RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c.**

### **Merrill Lynch Canada Inc.** ..... 79

Droit de l'emploi — Contrat de travail — Manquement aux conditions implicites — Directeur de succursale organisant le transfert des employés de sa succursale à la succursale du concurrent — Départ massif sans préavis — Action en dommages-intérêts contre les employés et le directeur de la succursale pour manquement aux conditions implicites du contrat de travail — Y a-t-il eu manquement? — Évaluation des dommages-intérêts.

### **Saulnier c. Banque Royale du Canada** ..... 166

Faillite et insolvabilité — Biens — Permis de pêche commerciale — Pêcheur ayant signé un contrat de garantie générale avec une banque — Cession subséquente de ses biens par le pêcheur — Un permis de pêche commerciale constitue-t-il un « bien » au sens de la législation sur la faillite et l'insolvabilité et de la législation sur les sûretés mobilières? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « bien » — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 2(w), (ad).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 3, 2008**

**3<sup>e</sup> volume, 2008**



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**R.E.M.** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Attorney  
General of Alberta** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. R.E.M.**

**Neutral citation: 2008 SCC 51.**

File No.: 32038.

2008: May 16; 2008: October 2.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,  
Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for  
judgment — Accused convicted of three offences relating  
to sexual assault — Whether judge's reasons on cred-  
ibility of witnesses in criminal trial sufficient.*

The complainant testified to 11 incidents of sexual assault by the accused over a period of years when she was between the ages of 9 and 17. The accused testified. He admitted to having sexual intercourse with the complainant, but claimed that the relationship only became sexual after she was 15 and that the intercourse was consensual. The age for minor consent at the time was 14.

The trial judge found the complainant to be a credible witness and accepted most of her evidence, while rejecting some portions that had been contradicted by other evidence. He discussed the reasons for these conclusions in some detail, noting that the complainant was a child at the time of most of the incidents, and that they had occurred a long time before. Some errors in her evidence were understandable, he concluded. The trial judge largely disbelieved the accused's evidence, although he found that on some points, it was not challenged. Again he gave reasons, although less extensive than he had in the case of the complainant's evidence. In the end, the trial judge convicted the accused on three counts.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**R.E.M.** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario et procureur  
général de l'Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. R.E.M.**

**Référence neutre : 2008 CSC 51.**

N<sup>o</sup> du greffe : 32038.

2008 : 16 mai; 2008 : 2 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs —  
Accusé déclaré coupable de trois infractions d'ordre  
sexuel — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins  
dans le procès criminel étaient-ils suffisants?*

La plaignante a témoigné relativement à 11 incidents répartis sur de nombreuses années, où l'accusé l'aurait agressée sexuellement alors qu'elle avait entre 9 et 17 ans. L'accusé a témoigné. Il a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante, mais il a soutenu qu'elle avait 15 ans lorsque leur relation a pris une tournure sexuelle et qu'il s'agissait de rapports consensuels. L'âge du consentement était alors fixé à 14 ans.

Le juge du procès a estimé que la plaignante était un témoin crédible et il a retenu la plupart de son témoignage, en rejetant néanmoins certaines parties contredites par d'autres éléments de preuve. Il a exposé de façon assez détaillée les motifs de ces conclusions, faisant observer que la plaignante était encore une enfant au moment de la plupart des incidents, survenus longtemps auparavant. Il était compréhensible, a-t-il conclu, que des erreurs se soient glissées dans son témoignage. Le juge du procès n'a guère cru le témoignage de l'accusé, bien qu'il ait conclu, à certains égards, qu'il n'était pas mis en doute. Encore une fois, il a exprimé des motifs, bien que moins détaillés que ses motifs concernant le témoignage de la plaignante. Le juge du procès a finalement déclaré l'accusé coupable de trois chefs d'accusation.



The Court of Appeal set aside the convictions on two of the three counts. It found the trial judge's reasons to be deficient on the grounds that the trial judge: (i) did not clearly explain which of the offences were proved by which of the 11 incidents; (ii) failed to mention some of the accused's evidence; (iii) failed to make general comments about the accused's evidence; (iv) failed to reconcile his generally positive findings on the complainant's evidence with the rejection of some of her evidence; and (v) failed to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges.

*Held:* The appeal should be allowed and the verdicts of guilty restored.

A trial judge's reasons serve three main functions: to explain the decision to the parties, to provide public accountability and to permit effective appellate review. Proceeding with deference, the appellate court is to ensure that, read in the context of the record as a whole, the trial judge's reasons demonstrate that he or she was alive to and resolved the central issues before the court. [11] [55]

The three offences of which the accused was convicted found support in the evidence as to a number of the incidents. This gives rise to a reasonable inference that the trial judge accepted some or all of this evidence and grounded the convictions on that evidence. While reasons drawing a precise link between each count on which the accused was found guilty and the particular evidence that the trial judge accepted in support of that count might have been desirable, this omission did not render the reasons deficient. [63]

Nor did the trial judge's failure to mention some of the accused's evidence render the reasons for judgment deficient. A trial judge is not obliged to discuss all of the evidence on any given point, provided the reasons show that he or she grappled with the substance of the live issues on the trial. It is clear from the reasons that the trial judge considered the accused's evidence carefully, and indeed accepted it on some points. In these circumstances, failure to mention some aspects of his evidence does not constitute error. This also applies to the fact that the trial judge failed to make general comments about the accused's evidence. As helpful as it might be in a given case, a trial judge is not required to summarize specific findings on credibility by issuing a general statement as to "overall" credibility. It is enough that the trial judge has demonstrated a recognition, where applicable, that the witness's credibility was a live issue. [64]

La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité à l'égard de deux des trois chefs d'accusation, concluant que les motifs du juge du procès étaient déficients parce que celui-ci (i) n'a pas indiqué clairement lesquels des 11 incidents mis en preuve avaient démontré la perpétration de chacune des infractions; (ii) n'a pas mentionné une partie de la preuve offerte par l'accusé; (iii) n'a pas fait de commentaires généraux sur le témoignage de l'accusé; (iv) n'a pas concilié ses conclusions généralement positives sur le témoignage de la plaignante avec le rejet d'une partie de son témoignage; (v) n'a pas expliqué pourquoi il a écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et les verdicts de culpabilité sont rétablis.

Les motifs du juge du procès remplissent trois fonctions principales : expliquer la décision aux parties, rendre compte devant le public et permettre un véritable examen en appel. La cour d'appel doit, en faisant preuve de retenue, s'assurer que les motifs du juge du procès, considérés dans le contexte de l'ensemble du dossier, démontrent qu'il avait conscience des questions fondamentales en litige et qu'il les a résolues. [11] [55]

Les trois infractions dont l'accusé a été déclaré coupable s'appuyaient sur la preuve relative à plusieurs incidents, d'où l'inférence raisonnable que le juge du procès a retenu cette preuve en totalité ou en partie et s'est appuyé sur elle pour prononcer les déclarations de culpabilité. Bien qu'il eût été souhaitable que les motifs établissent un lien précis entre chacun des chefs d'accusation dont l'accusé a été déclaré coupable et la preuve que le juge du procès a retenue à l'appui de ce chef, cette omission ne rendait pas les motifs déficients. [63]

L'omission du juge du procès de mentionner une partie de la preuve offerte par l'accusé ne rendait pas non plus ses motifs de jugement déficients. Le juge du procès n'est pas tenu de traiter de tous les éléments de preuve sur un point donné, pourvu qu'il ressorte des motifs qu'il a saisi l'essentiel des questions en litige au procès. Il se dégage clairement des motifs que le juge du procès a examiné soigneusement la preuve de l'accusé, et qu'il l'a d'ailleurs acceptée sur certains points. Dans ces circonstances, l'omission de mentionner certains aspects de cette preuve ne constitue pas une erreur. Il en va de même du fait que le juge du procès n'a pas fait de commentaires généraux sur la preuve offerte par l'accusé. Aussi utile que cela puisse être dans certains cas, le juge du procès n'a pas à résumer ses conclusions relatives à la crédibilité en faisant une déclaration globale sur la crédibilité « en général ». Il suffit qu'il démontre qu'il comprenait, le cas échéant, que la crédibilité du témoin était une question en litige. [64]

The trial judge's alleged failure to reconcile his generally positive findings on the complainant's evidence with the rejection of some of her evidence did not render the reasons deficient. It is open to the trier of fact to accept some of the evidence of a witness, while rejecting other evidence of the same witness. The trial judge explained that the fact that many of the incidents testified to happened many years before and the fact that the complainant was a child at the time might well explain certain inconsistencies. In fact, he did explain why he rejected some of her evidence. [65]

Finally, the trial judge's failure to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges provides no ground for finding the reasons deficient. The trial judge's reasons made it clear that in general, where the complainant's evidence and the accused's evidence conflicted, he accepted the evidence of the complainant. This explains why he rejected the accused's denial. He gave reasons for accepting the complainant's evidence, finding her generally truthful and "a very credible witness", and concluding that her testimony on specific events was "not seriously challenged". It followed of necessity that he rejected the accused's evidence where it conflicted with evidence of the complainant that he accepted. No further explanation for rejecting the accused's evidence was required. In this context, the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused's denial of the charges failed to raise a reasonable doubt. [66]

It may have been desirable for the trial judge to explain certain matters more fully. However, the question is whether the reasons, considered in the context of the record and the live issues at trial, failed to disclose a logical connection between the evidence and the verdict sufficient to permit meaningful appeal. The central issue at trial was credibility. It is clear that the trial judge accepted all or sufficient of the complainant's ample evidence as to the incidents, and was not left with a reasonable doubt on the whole of the evidence or from the contradictory evidence of the accused. From this he concluded that the accused's guilt had been established beyond a reasonable doubt. When the record is considered as a whole, the basis for the verdict is evident. [67]

Instead of looking for this basis, the Court of Appeal focussed on omitted details and proceeded from a sceptical perspective. Having concluded that the accused's denial was plausible, it proceeded to examine the case

L'omission alléguée du juge du procès de concilier ses conclusions généralement positives sur le témoignage de la plaignante avec le rejet d'une partie de celui-ci ne rendait pas ses motifs déficients. Le juge des faits peut accepter une partie de la déposition d'un témoin tout en écartant d'autres parties. Le juge du procès a indiqué que le fait que plusieurs incidents dont la plaignante avait témoigné s'étaient produits de nombreuses années auparavant, quand elle n'était qu'un enfant, pouvait expliquer certaines incohérences. En fait, il a bel et bien indiqué pourquoi il a écarté une partie de son témoignage. [65]

Enfin, l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé ne permet pas de conclure à la déficience des motifs. Il ressort clairement des motifs du juge du procès que, de façon générale, lorsque les témoignages de la plaignante et de l'accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante. Cela explique pourquoi il a écarté la dénégation de l'accusé. Il a exposé les raisons pour lesquelles il a retenu le témoignage de la plaignante, ayant jugé qu'elle était généralement sincère et « un témoin fort crédible », et il a conclu que son témoignage sur des événements précis n'était « pas sérieusement mis en doute ». Il s'ensuit, nécessairement, qu'il a écarté le témoignage de l'accusé lorsqu'il contredisait le témoignage de la plaignante qu'il avait retenu. Aucun autre motif n'était nécessaire pour justifier le rejet des explications de l'accusé. Dans ce contexte, les condamnations elles-mêmes permettent d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations. [66]

Il eût peut-être été souhaitable que le juge du procès explique davantage certains points. Cependant, il s'agit de savoir si les motifs, considérés dans le contexte du dossier et des questions en litige au procès, faisaient ou non ressortir entre la preuve et le verdict un lien logique suffisant pour permettre un véritable appel. La principale question en litige au procès était la crédibilité. Il est manifeste que le juge du procès a retenu la totalité ou une partie suffisante du témoignage étoffé de la plaignante concernant les incidents et que ni l'ensemble de la preuve ni le témoignage contradictoire de l'accusé n'ont laissé subsister de doute raisonnable dans son esprit. Il en a conclu que la culpabilité de l'accusé avait été établie hors de tout doute raisonnable. Lorsqu'on considère le dossier globalement, le fondement du verdict est évident. [67]

Plutôt que de s'efforcer de découvrir ce fondement, la Cour d'appel s'est intéressée principalement aux détails omis et a fait preuve de scepticisme. Après avoir conclu que la dénégation de l'accusé était plausible, elle

from that perspective, asking whether the reasons disclosed that the trial judge had properly applied the reasonable doubt standard. In doing so, it ignored the trial judge's unique position to see and hear witnesses, and instead substituted its own assessment of credibility for the trial judge's view by impugning the reasons for judgment for not explaining why a reasonable doubt was not raised. [68]

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Inhabitants of Audly* (1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448; *Swinburne v. David Syme & Co.*, [1909] V.L.R. 550, aff'd on other grounds, [1910] V.L.R. 539; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] S.C.R. 257; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States v. Forness*, 125 F.2d 928 (1942); *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, [2007] 3 S.C.R. 129, 2007 SCC 41; *R. v. Dinardo*, [2008] 1 S.C.R. 788, 2008 SCC 24; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2.

### Authors Cited

Broom, Herbert. *Constitutional Law Viewed in Relation to Common Law, and Exemplified by Cases*, 2nd ed. London: Maxwell, 1885.

Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*. London: Stevens & Sons, 1955.

Laskin, Bora. "A Judge and His Constituencies" (1976), 7 *Man. L.J.* 1.

Liston, Mary. "Alert, alive and sensitive": *Baker*, the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law", in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon: Hart, 2004, 113.

Macmillan, Lord. "The Writing of Judgments" (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 491.

Taggart, Michael. "Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases" (1983), 33 *U.T.L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Donald and

a examiné l'affaire de ce point de vue, se demandant s'il ressortait des motifs que le juge du procès avait appliqué correctement la norme du doute raisonnable. Ce faisant, elle n'a pas tenu compte de l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins, et elle a substitué sa propre appréciation de la crédibilité à celle du juge du procès en critiquant les motifs du jugement parce qu'ils n'expliquaient pas pourquoi aucun doute raisonnable n'avait été soulevé. [68]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Inhabitants of Audly* (1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448; *Swinburne c. David Syme & Co.*, [1909] V.L.R. 550, conf. pour d'autres motifs par [1910] V.L.R. 539; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Glennie c. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] R.C.S. 257; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States c. Forness*, 125 F.2d 928 (1942); *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129, 2007 CSC 41; *R. c. Dinardo*, [2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2.

### Doctrine citée

Broom, Herbert. *Constitutional Law Viewed in Relation to Common Law, and Exemplified by Cases*, 2nd ed. London : Maxwell, 1885.

Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*. London : Stevens & Sons, 1955.

Laskin, Bora. « A Judge and His Constituencies » (1976), 7 *Man. L.J.* 1.

Liston, Mary. « "Alert, alive and sensitive" : *Baker*, the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law », in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon : Hart, 2004, 113.

Macmillan, Lord. « The Writing of Judgments » (1948), 26 *R. du B. can.* 491.

Taggart, Michael. « Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases » (1983), 33 *U.T.L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Donald

Saunders J.J.A.) (2007), 238 B.C.A.C. 176, 393 W.A.C. 176, 218 C.C.C. (3d) 446, [2007] B.C.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellBC 547, 2007 BCCA 154, reversing in part a decision of Romilly J., [2004] B.C.J. No. 2896 (QL), 2004 CarswellBC 3313, 2004 BCSC 1679. Appeal allowed.

*Alexander Budlovsky, Q.C.*, for the appellant.

*J. M. Brian Coleman, Q.C.*, and *Lisa Jean Helps*, for the respondent.

*M. David Lepofsky* and *Amanda Rubaszek*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*David C. Marriott*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This case requires the Court to consider the adequacy of reasons of a trial judge on the credibility of witnesses in a criminal trial. The Court of Appeal faulted the trial judge for not explaining why conflicting evidence failed to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt, and ordered a new trial on the basis that the trial judge's reasons were insufficient. The Crown appeals to this Court, arguing that the Court of Appeal, under the guise of faulting the sufficiency of the reasons, in fact substituted its own view of the facts without showing error by the trial judge.

[2] I conclude that the appeal must be allowed. Although his reasons may not have been ideal, the trial judge provided adequate reasons to explain why he reached the verdicts of guilt and to form a basis for appellate review.

### I. Factual and Judicial History

[3] The accused, R.E.M., was charged with various sexual offences involving the complainant, who is the accused's stepdaughter, and K.A.P., who is the

et Saunders) (2007), 238 B.C.A.C. 176, 393 W.A.C. 176, 218 C.C.C. (3d) 446, [2007] B.C.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellBC 547, 2007 BCCA 154, qui a infirmé en partie une décision du juge Romilly, [2004] B.C.J. No. 2896 (QL), 2004 CarswellBC 3313, 2004 BCSC 1679. Pourvoi accueilli.

*Alexander Budlovsky, c.r.*, pour l'appelante.

*J. M. Brian Coleman, c.r.*, et *Lisa Jean Helps*, pour l'intimé.

*M. David Lepofsky* et *Amanda Rubaszek*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*David C. Marriott*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si un juge de première instance a donné des motifs suffisants relativement à la crédibilité des témoins dans un procès criminel. La Cour d'appel a reproché au juge du procès de ne pas avoir expliqué pourquoi les éléments de preuve contradictoires ne soulevaient pas un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès en raison de l'insuffisance de ses motifs. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour, faisant valoir que, sous le couvert de reproches au sujet de l'insuffisance des motifs, la Cour d'appel a en fait substitué sa propre appréciation des faits à celle du juge du procès sans avoir établi que celui-ci avait commis une erreur.

[2] Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi. Les motifs du juge du procès n'étaient peut-être pas parfaits, mais ils étaient suffisants pour expliquer pourquoi il a prononcé les verdicts de culpabilité et pour fournir matière à examen en appel.

### I. Faits et historique des procédures judiciaires

[3] L'accusé, R.E.M., a été inculpé de diverses infractions d'ordre sexuel concernant la plaignante, sa belle-fille, et K.A.P., la fille d'un ami de

daughter of a family friend. The offences involving the complainant were alleged to have been committed when the complainant was between 9 and 17 years old. When the complainant was 16 years old, she gave birth to a baby who had been conceived with the accused.

[4] The accused admitted to having sex with his stepdaughter, but claimed that the relationship only became sexual when she was 15 and that the intercourse was consensual. (The age for minor consent at the time was 14.) He denied all the other allegations against him.

[5] The charges involving K.A.P. were dismissed. The trial focused on the charges involving the accused's stepdaughter.

[6] The evidence dealt with 11 incidents relating to 4 counts respecting the complainant. At trial, the accused admitted the essential elements of one offence and denied the three other charges, and was ultimately acquitted of one of those. The trial judge found the complainant to be a very credible witness, that much of her testimony was not seriously challenged, and that she was not prone to embellishment or vindictiveness. The trial judge largely disbelieved the accused's evidence, although at some points found that it was not seriously challenged. The trial judge did not clearly explain which of the offences were proved by which of the 11 incidents on which evidence had been led ([2004] B.C.J. No. 2896 (QL), 2004 BCSC 1679).

[7] The British Columbia Court of Appeal (*per Saunders J.A.*) allowed the appeal with respect to the two unadmitted counts, based on its view that the reasons for judgment did not sufficiently show that the trial judge properly applied the principle of reasonable doubt ((2007), 238 B.C.A.C. 176, 2007 BCCA 154). In particular, the court found that the trial judge failed to mention some of the accused's evidence, failed to make general comments about the accused's evidence, and failed to reconcile his generally positive findings on the complainant's

la famille. Les infractions concernant la plaignante auraient été commises lorsqu'elle avait entre 9 et 17 ans. À 16 ans, la plaignante a donné naissance à un bébé conçu avec l'accusé.

[4] L'accusé a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa belle-fille, mais a soutenu que leur relation n'avait pris une tournure sexuelle qu'au moment où elle avait atteint l'âge de 15 ans et qu'il s'agissait de rapports consensuels. (L'âge du consentement était alors fixé à 14 ans.) Il a nié toutes les autres allégations formulées contre lui.

[5] Les accusations concernant K.A.P. ont été rejetées. Le procès a porté principalement sur celles concernant la belle-fille de l'accusé.

[6] La preuve portait sur 11 incidents ayant trait à 4 chefs d'accusation concernant la plaignante. Au procès, l'accusé a admis avoir commis les éléments essentiels d'une infraction et a nié les trois autres accusations; il a finalement été acquitté de l'une d'elles. Le juge du procès a estimé que la plaignante était un témoin fort crédible, qu'une grande partie de son témoignage n'était pas sérieusement mis en doute et qu'elle n'était pas encline à enjoliver son récit ni à se venger. Le juge du procès n'a guère cru le témoignage de l'accusé, bien qu'il ait conclu que, sur certains points, il n'était pas sérieusement mis en doute. Le juge du procès n'a pas indiqué clairement lesquels des 11 incidents mis en preuve avaient démontré la perpétration de chacune des infractions ([2004] B.C.J. No. 2896 (QL), 2004 BCSC 1679).

[7] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, sous la plume de la juge Saunders, a accueilli l'appel relativement aux deux infractions non avouées, parce que, à son avis, il ne ressortait pas suffisamment des motifs du jugement que le juge du procès avait appliqué correctement le principe du doute raisonnable ((2007), 238 B.C.A.C. 176, 2007 BCCA 154). La cour a conclu notamment que le juge du procès avait omis de mentionner une partie de la preuve offerte par l'accusé, de faire des commentaires généraux sur le témoignage de l'accusé

credibility with the rejection of some of her evidence. The court found that the trial judge's failure to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges placed the reasons for judgment beyond the reach of meaningful appellate review. Finding that conviction was not inevitable and that the accused was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by his evidence, the court concluded that the minimal standard for sufficiency of reasons was not met and ordered a new trial.

## II. Analysis

### A. *When Are Reasons Required?*

[8] The common law historically recognized no legal duty upon a tribunal to disclose its reasons for a decision or to identify what evidence has been believed and what disbelieved: see e.g. *R. v. Inhabitants of Audly* (1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448; *Swinburne v. David Syme & Co.*, [1909] V.L.R. 550 (S.C.), aff'd on other grounds, [1910] V.L.R. 539 (H.C. Aust.); *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665. In the words of a former Chief Justice of this Court, Laskin C.J.:

A recurring question [in] non-jury trials and at the appellate level is whether reasons should be given. There is no legal requirement of this kind, and it is quite unnecessary in a great many cases that come to trial before a Judge alone, and equally unnecessary in a great many cases where the appellate Court's judgment affirms the trial Judge.

(B. Laskin, "A Judge and His Constituencies" (1976), 7 *Man. L.J.* 1, at pp. 3-4)

[9] Judicial reasons of the 19th and early 20th century, when given, tended to be cryptic. One searches in vain for early jurisprudence on the duty to give reasons, for the simple reason, one suspects, that such reasons were not viewed as required unless a statute so provided. This absence of such a duty is undoubtedly related to the long-standing common law principle that an appeal is based on

et de concilier ses conclusions généralement positives sur la crédibilité de la plaignante avec le rejet d'une partie de son témoignage. Elle a estimé que l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il avait écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé empêchait un véritable examen en appel. Étant d'avis que la déclaration de culpabilité n'était pas inévitable et que l'accusé avait droit au bénéfice du moindre doute raisonnable soulevé par son témoignage, la cour a conclu que les motifs ne répondaient pas à la norme minimale en ce qui a trait à leur suffisance et il a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

## II. Analyse

### A. *Dans quelles circonstances une décision doit-elle être motivée?*

[8] La common law ne reconnaissait autrefois aucune obligation légale pour un tribunal de dévoiler les motifs d'une décision ou de préciser quelle preuve il avait crue ou non : voir, p. ex., *R. c. Inhabitants of Audly* (1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448; *Swinburne c. David Syme & Co.*, [1909] V.L.R. 550 (C.S.), confirmé pour d'autres motifs, [1910] V.L.R. 539 (H.C. Austr.); *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665. Pour reprendre les termes utilisés par un ancien juge en chef de notre Cour, le juge chef Laskin :

[TRADUCTION] La question de savoir si des motifs doivent être fournis revient souvent dans les procès sans jury et en appel. Il n'existe aucune obligation légale de ce genre, et c'est pour ainsi dire inutile dans de très nombreuses affaires tranchées lors d'un procès devant un juge seul, ainsi que dans bon nombre d'affaires où la Cour d'appel confirme la décision du juge du procès.

(B. Laskin, « A Judge and His Constituencies » (1976), 7 *Man. L.J.* 1, p. 3-4)

[9] Les motifs exprimés par les tribunaux, le cas échéant, aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles tendaient à être obscurs. On cherchera en vain des décisions anciennes sur l'obligation de fournir des motifs pour la simple raison, croit-on, que de tels motifs n'étaient pas jugés nécessaires à moins qu'une loi ne le prévoie. Cette absence d'obligation est sans doute reliée au principe de common law, établi de longue date,

the judgment of the court, not on the reasons the court provides to explain or justify that judgment: see e.g. *Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] S.C.R. 257, at p. 268.

[10] The law, however, has evolved. There is no absolute rule that adjudicators must in all circumstances give reasons. In some adjudicative contexts, however, reasons are desirable, and in a few, mandatory. As this Court stated in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 18, quoting from *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 43 (in the administrative law context), “it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision”. A criminal trial, where the accused’s innocence is at stake, is one such circumstance.

[11] The authorities establish that reasons for judgment in a criminal trial serve three main functions:

1. Reasons tell the parties affected by the decision why the decision was made. As Lord Denning remarked, on the desirability of giving reasons, “by so doing, [the judge] gives proof that he has heard and considered the evidence and arguments that have been adduced before him on each side: and also that he has not taken extraneous considerations into account”: *The Road to Justice* (1955), at p. 29. In this way, they attend to the dignity interest of the accused, an interest at the heart of post-World War II jurisprudence: M. Liston, “Alert, alive and sensitive”: *Baker*, the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law”, in D. Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (2004), 113, at p. 121. No less important is the function of explaining to the Crown and to the victims of crime why a conviction was or was not entered.

2. Reasons provide public accountability of the judicial decision; justice is not only done, but

voulant qu’un appel soit fondé sur le jugement du tribunal, et non sur les motifs que le tribunal donne pour expliquer ou justifier ce jugement : voir, p. ex., *Glennie c. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] R.C.S. 257, p. 268.

[10] Le droit a cependant évolué. Aucune règle absolue n’exige qu’une décision soit motivée en toutes circonstances. En revanche, dans certains contextes juridictionnels, des motifs sont souhaitables et, dans de rares cas, obligatoires. Comme notre Cour l’a affirmé dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 18, citant le par. 43 de l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (dans un contexte de droit administratif), « il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l’obligation d’équité procédurale requerra une explication écrite de la décision ». Un procès criminel, où l’innocence de l’accusé est en jeu, figure parmi ces circonstances.

[11] La doctrine et la jurisprudence établissent que les motifs du jugement dans un procès criminel remplissent trois fonctions principales :

1. Les motifs révèlent aux parties touchées par la décision pourquoi cette décision a été rendue. Comme lord Denning l’a fait remarquer au sujet de l’opportunité de fournir des motifs, [TRADUCTION] « ce faisant, [le juge] prouve qu’il a entendu et examiné la preuve et les arguments qui lui ont été présentés de chaque côté : et aussi qu’il n’a pas tenu compte de facteurs extrinsèques » : *The Road to Justice* (1955), p. 29. Les motifs servent ainsi le droit à la dignité de l’accusé, un droit qui est au cœur de la jurisprudence postérieure à la Seconde Guerre mondiale : M. Liston, « “Alert, alive and sensitive” : *Baker*, the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law », dans D. Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law* (2004), 113, p. 121. Ils ont aussi pour fonction, tout aussi importante, d’expliquer au ministère public et aux victimes d’infractions criminelles pourquoi une déclaration de culpabilité a été ou non prononcée.

2. Les motifs constituent un moyen de rendre compte devant le public de l’exercice du pouvoir

is seen to be done. Thus, it has been said that the main object of a judgment “is not only to do but to seem to do justice”: Lord Macmillan, “The Writing of Judgments” (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 491, at p. 491.

3. Reasons permit effective appellate review. A clear articulation of the factual findings facilitates the correction of errors and enables appeal courts to discern the inferences drawn, while at the same time inhibiting appeal courts from making factual determinations “from the lifeless transcript of evidence, with the increased risk of factual error”: M. Taggart, “Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases” (1983), 33 *U.T.L.J.* 1, at p. 7. Likewise, appellate review for an error of law will be greatly aided where the trial judge has articulated her understanding of the legal principles governing the outcome of the case. Moreover, parties and lawyers rely on reasons in order to decide whether an appeal is warranted and, if so, on what grounds.

[12] In addition, reasons help ensure fair and accurate decision making; the task of articulating the reasons directs the judge’s attention to the salient issues and lessens the possibility of overlooking or under-emphasizing important points of fact or law. As one judge has said: “Often a strong impression that, on the basis of the evidence, the facts are thus-and-so gives way when it comes to expressing that impression on paper” (*United States v. Forness*, 125 F.2d 928 (2d Cir. 1942), at p. 942). Finally, reasons are a fundamental means of developing the law uniformly, by providing guidance to future courts in accordance with the principle of *stare decisis*. Thus, the observation in H. Broom’s *Constitutional Law Viewed in Relation to Common Law, and Exemplified by Cases* (2nd ed. 1885), at pp. 147-48: “A public statement of the reasons for a judgment is due to the suitors and to the community at large — is essential to the establishment of fixed intelligible rules, and for the development of law as a science.” In all these ways, reasons instantiate the

judiciaire; non seulement justice est rendue, mais il est manifeste qu’elle est rendue. C’est pourquoi on a affirmé que l’objet principal d’un jugement [TRADUCTION] « est non seulement de rendre justice mais de montrer que justice a été rendue » : Lord Macmillan, « The Writing of Judgments » (1948), 26 *R. du B. can.* 491, p. 491.

3. Les motifs permettent un examen efficace en appel. Un énoncé clair des conclusions de fait facilite la correction des erreurs et permet aux tribunaux d’appel de discerner les inférences tirées, tout en les empêchant de tirer des conclusions de fait [TRADUCTION] « fondées sur une terne transcription de la preuve, avec le risque accru d’erreurs de fait que cela comporte » : M. Taggart, « Should Canadian Judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases » (1983), 33 *U.T.L.J.* 1, p. 7. De même, la révision en appel d’une erreur de droit sera grandement facilitée si le juge du procès a exposé son interprétation des principes de droit sur lesquels repose l’issue de la cause. En outre, les parties et leurs avocats se fondent sur les motifs pour décider s’il y a lieu d’interjeter appel et, dans l’affirmative, quels moyens invoquer.

[12] De plus, les motifs favorisent le prononcé de décisions équitables et exactes; la tâche d’énoncer les motifs attire l’attention du juge sur les points saillants et diminue le risque qu’il laisse de côté des questions de fait ou de droit importantes ou ne leur accorde pas l’importance qu’elles méritent. Un juge a déjà dit : [TRADUCTION] « Souvent, la forte impression que les faits sont clairs, selon la preuve, s’estompe lorsque vient le temps d’exprimer cette impression sur papier » (*United States c. Forness*, 125 F.2d 928 (2d Cir. 1942), p. 942). Enfin, les motifs constituent un outil essentiel d’élaboration uniforme du droit en ce qu’ils guident les tribunaux dans leurs décisions futures conformément à la règle du *stare decisis*. D’où l’observation suivante formulée dans H. Broom, *Constitutional Law Viewed in Relation to Common Law, and Exemplified by Cases* (2<sup>e</sup> éd. 1885) : [TRADUCTION] « Les parties au litige et la collectivité en général ont droit à un énoncé public des motifs du jugement — lequel est essentiel à l’établissement de règles fixes



rule of law and support the legitimacy of the judicial system.

[13] The critical functions of reasons in letting the parties know the reasons for conviction, in providing public accountability and in providing a basis for appeal were emphasized in *Sheppard*. At the same time, *Sheppard* acknowledged the constraints of time and the general press of business in criminal trial courts and affirmed that the degree of detail required may vary with the circumstances and the completeness of the record.

[14] In summary, the law has progressed to the point where it may now be said with confidence that a trial judge on a criminal trial where the accused's innocence is at stake has a duty to give reasons. The remaining question is more difficult: What, in the context of a particular case, constitutes *sufficient* reasons?

#### B. *The Test for Sufficient Reasons*

[15] This Court in *Sheppard* and subsequent cases has advocated a functional context-specific approach to the adequacy of reasons in a criminal case. The reasons must be sufficient to fulfill their functions of explaining why the accused was convicted or acquitted, providing public accountability and permitting effective appellate review.

[16] It follows that courts of appeal considering the sufficiency of reasons should read them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered (see *Sheppard*, at paras. 46 and 50; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at p. 524).

intelligibles et au développement du droit en tant que science » (p. 147-148). De toutes ces façons, les motifs constituent une manifestation concrète de la primauté du droit et renforcent la légitimité du processus judiciaire.

[13] Les fonctions essentielles des motifs — révéler aux parties les raisons de la déclaration de culpabilité, rendre compte devant le public et fournir matière à examen en appel — ont été soulignées dans *Sheppard*. Cet arrêt a, par ailleurs, reconnu la nécessité de tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles de première instance et affirmé que les motifs devront être plus ou moins détaillés selon les circonstances et la mesure dans laquelle le dossier est complet.

[14] Bref, le droit a progressé au point qu'il est maintenant possible d'affirmer sans l'ombre d'un doute que le juge qui préside un procès criminel, où l'innocence de l'accusé est en jeu, a l'obligation de motiver sa décision. La question qui demeure irrésolue est plus difficile à trancher : Que doit-on entendre, dans le contexte d'une affaire donnée, par des motifs *suffisants*?

#### B. *L'appréciation du caractère suffisant des motifs*

[15] Dans *Sheppard*, et dans des arrêts subséquents, notre Cour a préconisé une approche fonctionnelle et contextuelle pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs en matière criminelle. Les motifs doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions qui consistent à expliquer pourquoi l'accusé a été déclaré coupable ou acquitté, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel.

[16] Par conséquent, lorsqu'un tribunal d'appel examine les motifs pour déterminer s'ils sont suffisants, il doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs (voir *Sheppard*, par. 46 et 50; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 524).

[17] These purposes are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show *how* the judge arrived at his or her conclusion, in a “watch me think” fashion. It is rather to show *why* the judge made that decision. The decision of the Ontario Court of Appeal in *Morrissey* predates the decision of this Court establishing a duty to give reasons in *Sheppard*. But the description in *Morrissey* of the object of a trial judge’s reasons is apt. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, puts it this way: “In giving reasons for judgment, the trial judge is attempting to tell the parties what he or she has decided and why he or she made that decision” (emphasis added). What is required is a logical connection between the “what” — the verdict — and the “why” — the basis for the verdict. The foundations of the judge’s decision must be discernable, when looked at in the context of the evidence, the submissions of counsel and the history of how the trial unfolded.

[18] Explaining the “why” and its logical link to the “what” does not require the trial judge to set out every finding or conclusion in the process of arriving at the verdict. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, states:

A trial judge’s reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read, as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict. [Emphasis added.]

[19] The judge need not expound on matters that are well settled, uncontroversial or understood and accepted by the parties. This applies to both the law and the evidence. Speaking of the law, Doherty J.A. states in *Morrissey*, at p. 524:

Where a case turns on the application of well-settled legal principles to facts as found after a consideration

[17] Ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s’agit pas d’indiquer *comment* le juge est parvenu à sa conclusion, ou d’une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler *pourquoi* il a rendu cette décision. La Cour d’appel de l’Ontario a prononcé l’arrêt *Morrissey* avant que notre Cour confirme l’obligation de fournir des motifs dans *Sheppard*. L’arrêt *Morrissey* décrit toutefois bien l’objet des motifs du juge de première instance. Le juge Doherty affirme, à la p. 525 : [TRADUCTION] « En motivant sa décision, le juge de première instance essaie de faire comprendre aux parties le résultat et le pourquoi de sa décision » (je souligne). L’essentiel est d’établir un lien logique entre le « résultat » — le verdict — et le « pourquoi » — le fondement du verdict. Il doit être possible de discerner les raisons qui fondent la décision du juge, dans le contexte de la preuve présentée, des observations des avocats et du déroulement du procès.

[18] Le juge peut expliquer le « pourquoi » de sa décision et son lien logique avec son « résultat » sans nécessairement énoncer chacune des constatations ou conclusions qui l’ont amené au verdict. Pour reprendre les propos tenus par le juge Doherty à la p. 525 de l’arrêt *Morrissey* :

[TRADUCTION] Les motifs d’un juge de première instance ne sauraient être considérés ni analysés comme s’il s’agissait d’instructions au jury. Les instructions au jury indiquent à des non-juristes le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Les motifs d’un jugement sont exprimés une fois le juge de première instance parvenu à la fin de ce cheminement et expliquent pourquoi il est arrivé à telle ou telle conclusion. Ils ne sont pas censés et ne doivent pas être interprétés comme l’énonciation de chacune des étapes du processus que le juge a suivi pour parvenir à un verdict. [Je souligne.]

[19] Le juge n’est pas tenu d’expliquer des points bien établis, non controversés ou compris et acceptés par les parties. Cela vaut à la fois pour les règles de droit et pour les éléments de preuve. En ce qui a trait au droit, le juge Doherty a ajouté ce qui suit, dans *Morrissey*, p. 524 :

[TRADUCTION] Lorsque l’issue d’une affaire tient à l’application de principes de droit bien établis aux faits

of conflicting evidence, the trial judge is not required to expound upon those legal principles to demonstrate to the parties, much less to the Court of Appeal, that he or she was aware of and applied those principles.

[20] Similarly, the trial judge need not expound on evidence which is uncontroversial, or detail his or her finding on each piece of evidence or controverted fact, so long as the findings linking the evidence to the verdict can be logically discerned.

[21] This is what is meant by the phrase in *Sheppard* “the path taken by the trial judge through confused or conflicting evidence” (para. 46). In *Sheppard*, it was not possible to determine what facts the trial judge had found. Hence, it was not possible to conclude *why* the trial judge had arrived at *what* he concluded — the verdict.

[22] The charge in *Sheppard* was the theft of two windows. The only evidence connecting the accused to the windows came from an estranged girlfriend who had vowed to “get him”. The trial judge convicted with these formulaic words:

Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged.

[23] The reasons said nothing about the facts. They said nothing about the credibility of the witnesses. And they said nothing about the law on the offence. They repeated stock phrases of what a trial judge is expected to do, but did not show that he had done it. There was nothing in the reasons to tell the accused why the trial judge was convicting him. There was nothing to tell the public why the conviction had been entered. And there was nothing to tell the Court of Appeal whether the trial judge’s findings and reasoning were sound. The reasons were clearly inadequate from a functional perspective.

constatés après l’examen d’éléments de preuve contradictoires, le juge du procès n’est pas obligé d’exposer ces principes de droit pour démontrer aux parties, et encore moins au tribunal d’appel, qu’il les connaissait et qu’il les a appliqués.

[20] De même, le juge de première instance n’est pas tenu de traiter de la preuve non contestée, ni d’expliquer en détail sa conclusion sur chaque élément de preuve ou fait controversé, dans la mesure où il est possible de discerner logiquement les conclusions qui relient la preuve au verdict.

[21] C’est ce à quoi renvoie l’arrêt *Sheppard*, lorsqu’il y est question du « raisonnement qu’a suivi le juge du procès pour démêler des éléments de preuve embrouillés ou litigieux » (par. 46). Dans *Sheppard*, il était impossible de déterminer quels faits le juge de première instance avait jugés avérés. Il était donc impossible de savoir *pourquoi* le juge était arrivé au *résultat* obtenu — c’est-à-dire au verdict.

[22] Dans *Sheppard*, l’accusé était inculpé du vol de deux fenêtres. La seule preuve reliant l’accusé aux fenêtres émanait d’une ex-petite amie qui avait juré [TRADUCTION] « d’avoir sa peau ». Le juge du procès avait employé une formule toute faite pour le déclarer coupable :

[TRADUCTION] Après avoir examiné l’ensemble des témoignages en l’espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés.

[23] Les motifs ne parlaient pas des faits. Ils ne disaient rien au sujet de la crédibilité des témoins. Ni au sujet du droit applicable à l’infraction. Ils répétaient des phrases stéréotypées sur ce que le juge du procès est censé faire, mais n’indiquaient pas qu’il l’avait fait. Rien dans les motifs ne disait à l’accusé pourquoi le juge du procès le déclarait coupable. Rien ne révélait au public pourquoi la déclaration de culpabilité avait été prononcée. Et rien ne permettait à la Cour d’appel de savoir si les conclusions et le raisonnement du juge du procès étaient valables. Les motifs étaient clairement insuffisants d’un point de vue fonctionnel.

[24] The Court of Appeal in this case took the phrase “the path taken by the trial judge through confused or conflicting evidence” to mean that the trial judge must detail the precise path that led from disparate pieces of evidence to his conclusions on credibility and guilt. In other words, it insisted on the very “verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict” rejected in *Morrissey* (p. 525). *Sheppard* does not require this. The “path” taken by the judge must be clear from the reasons read in the context of the trial. But it is not necessary that the judge describe every landmark along the way.

[25] The functional approach advocated in *Sheppard* suggests that what is required are reasons sufficient to perform the functions reasons serve — to inform the parties of the basis of the verdict, to provide public accountability and to permit meaningful appeal. The functional approach does not require more than will accomplish these objectives. Rather, reasons will be inadequate only where their objectives are not attained; otherwise, an appeal does not lie on the ground of insufficiency of reasons. This principle from *Sheppard* was reiterated thus in *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, at para. 31:

The general principle affirmed in *Sheppard* is that “the effort to establish the absence or inadequacy of reasons as a freestanding ground of appeal should be rejected. A more contextual approach is required. The appellant must show not only that there is a deficiency in the reasons, but that this deficiency has occasioned prejudice to the exercise of his or her legal right to an appeal in a criminal case” (para. 33). The test, in other words, is whether the reasons adequately perform *the function* for which they are required, namely to allow the appeal court to review the correctness of the trial decision. [Emphasis in original.]

[26] *Braich* was decided together with *Sheppard*. Unlike in *Sheppard*, the factual record was detailed. Binnie J., writing for the Court, adopted a flexible approach that took into account the fact that

[24] En l’espèce, la Cour d’appel a interprété les mots le « raisonnement qu’a suivi le juge du procès pour démêler des éléments de preuve embrouillés ou litigieux » comme signifiant que le juge du procès devait décrire en détail le raisonnement précis qui l’avait mené, à partir d’éléments de preuve disparates, à ses conclusions sur la crédibilité et la culpabilité. En d’autres termes, elle a insisté précisément sur [TRADUCTION] « l’énonciation de chacune des étapes du processus que le juge a suivi pour parvenir à un verdict » rejetée dans *Morrissey* (p. 525). L’arrêt *Sheppard* n’exige pas cela du juge. Certes, le « raisonnement » suivi par le juge doit ressortir clairement des motifs, considérés dans le contexte du procès. Mais il n’est pas nécessaire que le juge décrive chacune des étapes de son raisonnement.

[25] L’approche fonctionnelle préconisée dans *Sheppard* indique que les motifs doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions — informer les parties du fondement du verdict, rendre compte devant le public et permettre un véritable examen en appel. L’approche fonctionnelle n’exige rien de plus que ce qui permet d’accomplir ces objectifs. En fait, les motifs ne seront insuffisants que s’ils n’atteignent pas leurs objectifs; dans le cas contraire, l’insuffisance des motifs ne pourra justifier un appel. Ce principe tiré de *Sheppard* a été réitéré dans *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, par. 31 :

Le principe général confirmé dans *Sheppard* est le suivant : « il faut repousser toute tentative de faire de l’absence de motifs ou de leur insuffisance un moyen d’appel distinct. Une approche plus contextuelle s’impose. L’appelante doit établir non seulement que les motifs comportent des lacunes, mais également que ces lacunes lui ont causé un préjudice dans l’exercice du droit d’appel que lui confère la loi en matière criminelle » (par. 33). En d’autres termes, le critère applicable consiste à savoir si les motifs jouent bien *le rôle* qui constitue leur raison d’être, soit permettre à la cour d’appel d’apprécier la justesse de la décision de première instance. [En italique dans l’original.]

[26] L’arrêt *Braich* a été prononcé en même temps que l’arrêt *Sheppard*. Contrairement à l’affaire *Sheppard*, il s’agissait d’un cas où le dossier factuel était détaillé. S’exprimant au nom de la Cour,

inferences could be drawn from that record, and found the reasons to be sufficient.

[27] The appellate court had found the trial judge's reasons inadequate because they failed to weigh evidentiary frailties properly in assessing identification evidence. In overturning this ruling, Binnie J. adopted a functional approach. He found that the accused was able to articulate informed disagreement with the trial judge and to formulate an arguable ground of appeal on the facts of the case (paras. 21 and 24). Warning against a formalistic approach, he stated, "[t]he insistence on a 'demonstration' of a competent weighing of the frailties elevates the alleged insufficiency of reasons to a stand-alone ground of appeal divorced from the functional test, a broad proposition rejected in *Sheppard*" (para. 38). He concluded that the trial judge met the functional test for sufficiency of reasons.

[28] In *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, this Court allowed a Crown appeal of an appellate decision in which an error of law had been found on the basis of insufficiency of reasons. The majority, *per* Bastarache and Abella JJ., found that the appellate court had ignored the trial judge's unique position to see and hear witnesses. It had instead substituted its own assessment of credibility for the trial judge's view by impugning the reasons for judgment for not explaining why a reasonable doubt was not raised. Bastarache and Abella JJ. observed, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.

le juge Binnie a adopté une approche souple, qui tenait compte du fait que des inférences pouvaient être tirées de ce dossier, et il a jugé que les motifs étaient suffisants.

[27] La cour d'appel avait conclu que les motifs du juge du procès étaient insuffisants parce qu'ils n'analysaient pas convenablement les faiblesses de la preuve d'identification. En infirmant cette décision, le juge Binnie a adopté une approche fonctionnelle. Il a conclu que l'accusé était en mesure d'exprimer un désaccord éclairé avec le juge de première instance et de formuler un moyen d'appel défendable à partir des faits de l'espèce (par. 21 et 24). Mettant en garde contre une approche formaliste, il a affirmé : « L'importance accordée à la "démonstration" d'une appréciation compétente des faiblesses élève l'insuffisance alléguée des motifs au rang de moyen d'appel distinct indépendant du critère fonctionnel. Or, cette proposition de portée étendue a été rejetée dans *Sheppard* » (par. 38). Il a conclu que les motifs du juge du procès répondaient au critère fonctionnel quant à savoir s'ils étaient suffisants.

[28] Dans *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, notre Cour a accueilli un pourvoi du ministère public contre une décision en appel qui concluait à une erreur de droit pour cause d'insuffisance des motifs. Sous la plume des juges Bastarache et Abella, la majorité a conclu que la cour d'appel avait fait fi de l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins. Elle avait plutôt choisi de substituer sa propre appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès et d'écarter ses motifs parce que la juge n'avait pas expliqué en quoi la preuve ne soulevait pas un doute raisonnable. Les juges Bastarache et Abella ont fait observer ceci au par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C'est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l'arrêt *H.L.* — qu'il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[29] In *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, [2007] 3 S.C.R. 129, 2007 SCC 41, the appellant contended that the trial judge's reasons were insufficient. This ground of the appeal was rejected. Writing for the majority, I held at para. 101:

In determining the adequacy of reasons, the reasons should be considered in the context of the record before the court. Where the record discloses all that is required to be known to permit appellate review, less detailed reasons may be acceptable. This means that less detailed reasons may be required in cases with an extensive evidentiary record, such as the current appeal. On the other hand, reasons are particularly important when "a trial judge is called upon to address troublesome principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue", as was the case in the decision below: *Sheppard*, at para. 55. In assessing the adequacy of reasons, it must be remembered that "[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself": *Sheppard*, at para. 26.

[30] Viewed in the context of the entire record, the trial judge's reasons sufficiently informed the appellant why the case was decided against him, and permitted meaningful appellant review: *Hill*, at para. 103.

[31] More recently, in *R. v. Dinardo*, [2008] 1 S.C.R. 788, 2008 SCC 24, the Court, *per* Charron J., rejected a formalistic approach. The case turned on credibility. The trial judge's reasons failed to articulate the alternatives to be considered in determining reasonable doubt as set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. Charron J. stated that only the substance, not the form, of *W. (D.)* need be captured by the trial judge, then went on to say:

In a case that turns on credibility, such as this one, the trial judge must direct his or her mind to the decisive question of whether the accused's evidence, considered in the context of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to his guilt. [para. 23]

[29] Dans l'arrêt *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129, 2007 CSC 41, l'appelant a soutenu que les motifs du juge du procès étaient insuffisants. Ce moyen d'appel a été écarté. M'exprimant au nom de la majorité, j'ai statué ceci, au par. 101 :

Pour statuer sur leur caractère suffisant, il faut considérer les motifs à la lumière du dossier présenté à la cour. Lorsque le dossier renferme tous les éléments nécessaires à la révision en appel, les motifs peuvent être brefs. Des motifs succincts peuvent donc être justifiés lorsque la preuve versée au dossier est abondante, comme en l'espèce. Par contre, les motifs revêtent une importance particulière lorsque « le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé », comme c'était le cas en première instance : *Sheppard*, par. 55. Pour juger du caractère suffisant des motifs, il faut se rappeler que « [l]a cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé » : *Sheppard*, par. 26.

[30] Considérés dans le contexte de l'ensemble du dossier, les motifs du juge du procès étaient suffisants pour permettre à l'appelant de savoir pourquoi une décision défavorable avait été rendue contre lui, et pour permettre un véritable examen en appel : *Hill*, par. 103.

[31] Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Dinardo*, [2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24, rédigé par la juge Charron, la Cour a écarté une approche formaliste. L'issue de la cause reposait sur la crédibilité. Les motifs du juge du procès ne précisaient pas toutes les possibilités à envisager avant de tirer une conclusion sur l'existence d'un doute raisonnable comme l'exige l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Après avoir affirmé que seule la substance, et non la forme, de l'arrêt *W. (D.)* doit être respectée par le juge du procès, la juge Charron a ajouté ceci :

Dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité, comme en l'espèce, le juge du procès doit répondre à la question déterminante de savoir si la preuve offerte par l'accusé, appréciée au regard de l'ensemble de la preuve, soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité. [par. 23]

[32] Charron J. went on to state that where credibility is a determinative issue, deference is in order and intervention will be rare (para. 26). While the reasons must explain why the evidence raised no reasonable doubt, “there is no general requirement that reasons be so detailed that they allow an appeal court to retry the entire case on appeal. There is no need to prove that the trial judge was alive to and considered all of the evidence, or answer each and every argument of counsel” (para. 30).

[33] The Court found that the trial judge’s reasons fell short of even this flexible standard. There was evidence that the complainant was mentally challenged, with a history of making up stories to get attention, and her testimony had wavered on the core issue of whether the accused had committed the assault in question. The trial judge’s failure to avert to these critical matters left the Court in doubt that he had directed his mind to the central issue of credibility.

[34] In *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34, the issue was whether the trial judge’s reasons had adequately detailed the path to the verdict. Binnie J., writing for the Court, held that while the reasons “fell well short of the ideal”, they were not so impaired that the Crown’s right of appeal was impaired (para. 27). He stated: “Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue” (para. 20).

[35] In summary, the cases confirm:

(1) Appellate courts are to take a functional, substantive approach to sufficiency of reasons, reading them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of

[32] La juge Charron a ensuite affirmé que, lorsque la question de la crédibilité est déterminante, la déférence est de mise et une intervention rarement justifiée (par. 26). S’il est vrai que les motifs doivent expliquer pourquoi la preuve ne soulevait pas un doute raisonnable, « aucune règle générale n’exige que les motifs soient suffisamment détaillés pour permettre à la juridiction d’appel d’instruire toute l’affaire à nouveau. Il n’est pas nécessaire d’établir que le juge du procès avait conscience et a tenu compte de tous les éléments de preuve, ou encore qu’il a répondu à chaque argument soulevé par les avocats » (par. 30).

[33] La Cour a conclu que les motifs du juge du procès ne respectaient même pas cette norme souple. La preuve indiquait que la plaignante était atteinte d’une déficience intellectuelle, qu’elle avait déjà inventé des histoires pour attirer l’attention et qu’elle s’était contredite dans ses réponses sur la principale question en litige, soit celle de savoir si l’accusé avait commis l’agression. L’omission du juge du procès de mentionner ces éléments cruciaux a laissé un doute dans l’esprit de la Cour quant à savoir s’il s’était arrêté à la question fondamentale de la crédibilité.

[34] Dans l’arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34, la question était de savoir si les motifs du juge du procès décrivaient de façon suffisamment détaillée le raisonnement qui l’avait mené au verdict. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a statué que, bien que les motifs « soient loin de la perfection », ils n’étaient pas insuffisants au point de porter atteinte au droit d’appel du ministère public (par. 27). Il a affirmé : « Les motifs sont suffisants s’ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l’abstrait, mais d’après la réponse qu’ils apportent aux éléments essentiels du litige » (par. 20).

[35] En résumé, ces arrêts confirment ceci :

(1) Pour déterminer si des motifs sont suffisants, les cours d’appel doivent adopter une approche fonctionnelle, substantielle et considérer les motifs globalement, dans le contexte de la preuve

the purposes or functions for which they are delivered (see *Sheppard*, at paras. 46 and 50; *Morrissey*, at p. 524).

(2) The basis for the trial judge's verdict must be "intelligible", or capable of being made out. In other words, a logical connection between the verdict and the basis for the verdict must be apparent. A detailed description of the judge's process in arriving at the verdict is unnecessary.

(3) In determining whether the logical connection between the verdict and the basis for the verdict is established, one looks to the evidence, the submissions of counsel and the history of the trial to determine the "live" issues as they emerged during the trial.

This summary is not exhaustive, and courts of appeal might wish to refer themselves to para. 55 of *Sheppard* for a more comprehensive list of the key principles.

[36] Against this background, I turn to a more detailed discussion of four differences between the positions advanced by the defence and the Crown in this case: (1) the degree to which context informs the assessment of the sufficiency of reasons; (2) the degree of detail required in connecting particular pieces of evidence to the verdict or explaining propositions of law; (3) how much need be said on findings of credibility; and (4) the role of appellate courts.

#### 1. Reasons in Context

[37] As we have seen, the cases confirm that a trial judge's reasons should not be viewed on a stand-alone, self-contained basis. The sufficiency of reasons is judged not only by what the trial judge has stated, but by what the trial judge has stated *in the context of the record, the issues and the submissions of counsel at trial*. The question is whether, viewing the reasons in their entire context, the foundations for the trial judge's conclusions — the "why" for the verdict — are discernable. If so, the functions of reasons for judgment are met. The

présentée, des arguments invoqués et du déroulement du procès, en tenant compte des buts et des fonctions de l'expression des motifs (voir *Sheppard*, par. 46 et 50; *Morrissey*, p. 524).

(2) Le fondement du verdict du juge du procès doit être « intelligible », ou pouvoir être discerné. En d'autres termes, il doit être possible de relier logiquement le verdict à son fondement. Il n'est pas nécessaire de décrire en détail le processus suivi par le juge pour arriver au verdict.

(3) Lorsqu'il s'agit de déterminer si le lien logique entre le verdict et son fondement est établi, il faut examiner la preuve, les observations des avocats et le déroulement du procès pour identifier les questions « en litige » telles qu'elles sont ressorties au procès.

Ce résumé n'est pas exhaustif et les tribunaux d'appel voudront peut-être se reporter au par. 55 de *Sheppard* pour une liste plus complète des grands principes.

[36] Sur cette toile de fond, j'examinerai maintenant de façon plus approfondie quatre points sur lesquels les thèses de la défense et de la poursuite diffèrent en l'espèce : (1) le rôle du contexte dans l'évaluation du caractère suffisant des motifs; (2) l'obligation d'expliquer en détail les propositions juridiques ou le lien entre des éléments de preuve précis et le verdict; (3) l'ampleur de l'obligation de traiter des conclusions sur la crédibilité; (4) le rôle des tribunaux d'appel.

#### 1. Les motifs considérés dans leur contexte

[37] Comme nous l'avons vu, la jurisprudence confirme que les motifs du juge du procès ne doivent pas être considérés isolément, comme formant un tout autonome. Le caractère suffisant des motifs ne dépend pas seulement de ce que le juge du procès a dit, mais de ce qu'il a dit *dans le contexte du dossier, des questions en litige et des observations des avocats au procès*. Il s'agit de savoir si, en lisant les motifs dans leur contexte global, il est possible de discerner le fondement des conclusions du juge du procès — le « pourquoi » du verdict. Si



parties know the basis for the decision. The public knows what has been decided and why. And the appellate court can judge whether the trial judge took a wrong turn and erred. The authorities are constant on this point.

[38] This important role played by the record was recognized in *Macdonald*. The majority of the Court explained, *per* Laskin C.J., at p. 673, that a question of law will only be raised if an examination of the record indicates that “there is a rational basis for concluding that the trial judge erred in appreciation of a relevant issue or in appreciation of evidence that would affect the propriety of his verdict”; mere failure to give reasons, without more, does not raise a question of law.

[39] In *Sheppard*, Binnie J. affirmed the need to look at the record: “Where it is plain from the record why an accused has been convicted or acquitted, and the absence or inadequacy of reasons provides no significant impediment to the exercise of the right of appeal, the appeal court will not on that account intervene” (para. 46). In point 2 of his summary (at para. 55), he stated: “Reasons for judgment may be important to clarify the basis for the conviction but, on the other hand, the basis may be clear from the record.” Similarly, with respect to the need for lawyers to know the basis of the judgment for appellate purposes, he stated at point 3, after saying that they may require reasons: “On the other hand, they may know all that is required to be known for that purpose on the basis of the rest of the record.” Throughout the reasons in *Sheppard*, Binnie J. emphasizes the functional and relative nature of the question of whether a trial judge’s reasons for judgment are adequate.

[40] *Hill*, citing *Sheppard*, confirms that “the reasons should be considered in the context of the record before the court. Where the record discloses all that is required to be known to permit appellate

oui, les motifs du jugement remplissent bien leurs fonctions. Les parties connaissent le fondement de la décision. Le public sait ce qui a été décidé et pourquoi. Et la cour d’appel peut déterminer si le juge du procès a suivi la mauvaise voie et commis une erreur. La jurisprudence et les auteurs s’entendent sur ce point.

[38] Ce rôle important du dossier a été reconnu dans *Macdonald*. La majorité de la Cour a expliqué, à la p. 673, sous la plume du juge en chef Laskin, qu’une question de droit n’est soulevée que si le dossier indique qu’« on peut logiquement conclure que le juge s’est trompé dans l’appréciation d’une question pertinente ou d’un élément de preuve de nature à influencer sur la justesse de son verdict »; la simple omission de donner des motifs, sans plus, ne soulève pas une question de droit.

[39] Dans *Sheppard*, le juge Binnie a confirmé la nécessité d’examiner le dossier : « Lorsque la raison pour laquelle un accusé a été déclaré coupable ou acquitté ressort clairement du dossier, et que l’absence de motifs ou leur insuffisance ne constitue pas un obstacle important à l’exercice du droit d’appel, le tribunal d’appel n’interviendra pas » (par. 46). Au point 2 de son résumé (par. 55), il a affirmé : « Il peut être important d’exprimer les motifs du jugement pour clarifier le fondement de la déclaration de culpabilité, mais il se peut que ce fondement ressorte clairement du dossier. » De même, en ce qui concerne la nécessité que les avocats connaissent le fondement du jugement pour évaluer l’opportunité d’un appel, il a reconnu que les motifs peuvent s’avérer essentiels, puis il a ajouté au point 3 : « Par contre, il est possible que les autres éléments du dossier leur apprennent tout ce qu’ils doivent savoir à cette fin. » Tout au long de sa décision dans *Sheppard*, le juge Binnie met l’accent sur le caractère fonctionnel et relatif de la question de savoir si le juge du procès a suffisamment motivé sa décision.

[40] L’arrêt *Hill*, qui cite *Sheppard*, confirme qu’« il faut considérer les motifs à la lumière du dossier présenté à la cour. Lorsque le dossier renferme tous les éléments nécessaires à la

review, less detailed reasons may be acceptable” (para. 101).

[41] The contextual approach to assessing the sufficiency of reasons recognizes that the trial process, including the trial judge’s reasons, is a dynamic process, in which the evidence, counsel and the judge play different but imbricated roles. Whether the trial judge’s reasons for judgment are sufficient must be judged in the full context of how the trial has unfolded. The question is whether the reasons, viewed in light of the record and counsel’s submissions on the live issues presented by the case, explain why the decision was reached, by establishing a logical connection between the evidence and the law on the one hand, and the verdict on the other.

## 2. The Degree of Detail Required

[42] In this case, the Court of Appeal faulted the trial judge principally for not giving sufficiently precise reasons for accepting the complainant’s evidence and rejecting the accused’s evidence, as well as for not stating precisely what evidence he accepted and rejected in respect of each of the counts on which he found the accused guilty. Similarly, in *Dinardo*, the reasons of the trial judge were criticized for failing to engage in a detailed discussion of the process of assessing reasonable doubt recommended in *W. (D.)*. In both cases, the issue was how much detail the trial judge’s reasons are required to provide — in this case on the facts, in *Dinardo* on the law.

[43] The answer is provided in *Dinardo* and *Walker* — what is required is that the reasons, read in the context of the record and the submissions on the live issues in the case, show that the judge has seized the substance of the matter. Provided this is done, detailed recitations of evidence or the law are not required.

[44] The degree of detail required may vary with the circumstances. Less detailed reasons may be required in cases where the basis of the

révision en appel, les motifs peuvent être brefs » (par. 101).

[41] L’approche contextuelle de la question de savoir si les motifs sont suffisants reconnaît que le processus judiciaire en première instance — y compris les motifs du juge du procès — est un processus dynamique dans lequel la preuve, les avocats et le juge jouent des rôles différents, mais étroitement reliés. La question de savoir si le juge du procès a suffisamment motivé sa décision doit être tranchée au regard du contexte global du déroulement du procès. Il faut se demander si les motifs, à la lumière du dossier et des observations des avocats sur les questions en litige, expliquent pourquoi le juge a rendu cette décision, en faisant ressortir un lien logique entre, d’une part, la preuve et le droit et, d’autre part, le verdict.

## 2. Le niveau de détails requis

[42] En l’espèce, la Cour d’appel a principalement reproché au juge du procès de ne pas avoir expliqué de façon suffisamment précise pourquoi il avait retenu le témoignage de la plaignante et écarté celui de l’accusé, et de ne pas avoir indiqué précisément quelle preuve il avait retenue ou écartée relativement à chacune des infractions dont l’accusé avait été déclaré coupable. De même, dans *Dinardo*, le juge du procès a été critiqué pour ne pas avoir exposé en détail le processus d’appréciation du doute raisonnable conformément à l’approche recommandée dans *W. (D.)*. Dans les deux cas, la question était de savoir combien de détails le juge du procès devait fournir — en l’espèce, sur les faits, dans *Dinardo*, sur le droit.

[43] On trouve la réponse dans les arrêts *Dinardo* et *Walker* — ce qui compte, c’est qu’il ressorte des motifs, considérés dans le contexte du dossier et des observations sur les questions en litige, que le juge a compris l’essentiel de l’affaire. Si c’est le cas, une description détaillée des éléments de preuve ou du droit n’est pas nécessaire.

[44] Le niveau de détails requis peut varier selon les circonstances. Des motifs moins détaillés peuvent être suffisants lorsque le fondement de la

trial judge's decision is apparent from the record, even without being articulated. More detail may be required where the trial judge is called upon "to address troublesome principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue": *Sheppard*, at para. 55, point 6.

[45] Just as it is reasonable to infer that the trial judge seized the import of the evidence, it is generally reasonable to infer that the trial judge understands the basic principles of criminal law at issue in the trial. Indeed, for this reason it has repeatedly been held that "[t]rial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out": *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, where the Court rejected the notion of a positive duty on trial judges to demonstrate that they have appreciated every aspect of the relevant evidence. The trial judge is not required to recite pages of "boilerplate" or review well-settled authorities in detail, and failure to do so is not an error of law. As Binnie J. pointed out in *Sheppard*, at para. 55, point 7:

Regard will be had to the time constraints and general press of business in the criminal courts. The trial judge is not held to some abstract standard of perfection. It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.

[46] Similarly, in *Dinardo*, the Court, *per* Charron J., held that the trial judge was not required to recite the rule set out in *W. (D.)*, provided the reasons demonstrated he had seized the substance of the critical issue of a reasonable doubt in the context of a credibility assessment.

[47] This said, the presumption that trial judges are presumed to know the law with which they work on a day-in day-out basis does not negate the need for reasons to show that the law is correctly applied in the particular case (*Sheppard*, at para. 55, point 9), nor the need for reasons to deal

décision du juge ressort du dossier, même sans être exprimé. Des motifs plus détaillés peuvent être nécessaires lorsque le juge du procès est appelé à « se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé » : *Sheppard*, par. 55, point 6.

[45] Tout comme il est raisonnable d'inférer que le juge du procès a saisi l'importance de la preuve, il est généralement raisonnable d'inférer qu'il comprend les principes fondamentaux du droit criminel en cause dans le procès. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on a statué à plusieurs reprises que « [l]es juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, où la Cour a refusé l'idée d'imposer au juge du procès l'obligation positive de démontrer qu'il a apprécié chaque aspect de la preuve pertinente. Le juge du procès n'est pas tenu de réciter des pages de « formule standard » ni de revoir en détail la jurisprudence et la doctrine bien établies, et l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit. Comme le juge Binnie l'a souligné dans *Sheppard*, par. 55, point 7 :

Il faut tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles. Le juge du procès n'est pas tenu à une quelconque norme abstraite de perfection. On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.

[46] De même, dans *Dinardo*, la Cour a statué, sous la plume de la juge Charron, que le juge du procès n'était pas tenu de réciter la règle énoncée dans l'arrêt *W. (D.)* s'il ressortait des motifs qu'il avait saisi l'essentiel de la question fondamentale du doute raisonnable dans le contexte de l'appréciation de la crédibilité.

[47] Cela dit, la présomption selon laquelle les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours n'écarte pas la nécessité qu'il ressorte des motifs que le droit a été appliqué correctement dans l'affaire en particulier (*Sheppard*, par. 55, point 9), ni que les motifs traitent des « principes

with “troublesome principles of unsettled law” (*Sheppard*, at para. 55, point 6).

### 3. Findings on Credibility

[48] The sufficiency of reasons on findings of credibility — the issue in this case — merits specific comment. The Court tackled this issue in *Gagnon*, setting aside an appellate decision that had ruled that the trial judge’s reasons on credibility were deficient. Bastarache and Abella JJ., at para. 20, observed that “[a]ssessing credibility is not a science.” They went on to state that it may be difficult for a trial judge “to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events”, and warned against appellate courts ignoring the trial judge’s unique position to see and hear the witnesses and instead substituting their own assessment of credibility for the trial judge’s.

[49] While it is useful for a judge to attempt to articulate the reasons for believing a witness and disbelieving another in general or on a particular point, the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize. Furthermore, embellishing why a particular witness’s evidence is rejected may involve the judge saying unflattering things about the witness; judges may wish to spare the accused who takes the stand to deny the crime, for example, the indignity of not only rejecting his evidence and convicting him, but adding negative comments about his demeanor. In short, assessing credibility is a difficult and delicate matter that does not always lend itself to precise and complete verbalization.

[50] What constitutes sufficient reasons on issues of credibility may be deduced from *Dinardo*, where Charron J. held that findings on credibility must be made with regard to the other evidence in the case (para. 23). This may require at least some reference to the contradictory evidence. However, as *Dinardo*

de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis » (*Sheppard*, par. 55, point 6).

### 3. Les conclusions relatives à la crédibilité

[48] Le caractère suffisant des motifs concernant les conclusions sur la crédibilité — la question en litige en l’espèce — mérite des précisions. Dans l’arrêt *Gagnon*, la Cour s’est attaquée à cette question et a annulé la décision d’un tribunal d’appel portant que les motifs du juge du procès sur la crédibilité étaient déficients. Les juges Bastarache et Abella ont fait observer, au par. 20 : « Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. » Ils ont ajouté qu’il peut être difficile pour le juge du procès « de décrire avec précision l’enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l’observation et de l’audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits », et ils ont mis les tribunaux d’appel en garde contre la tentation de faire fi de l’avantage dont jouit le juge du procès du fait qu’il observe et entend les témoins et de substituer leur propre appréciation de la crédibilité à celle du juge du procès.

[49] Bien qu’il soit utile que le juge tente d’exposer clairement les motifs qui l’ont amené à croire un témoin plutôt qu’un autre, en général ou sur un point en particulier, il demeure que cet exercice n’est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer. De plus, pour expliquer en détail pourquoi un témoignage a été écarté, il se peut que le juge doive tenir des propos peu flatteurs sur le témoin. Or, le juge voudra peut-être épargner à l’accusé, qui a témoigné pour nier le crime, la honte de subir des commentaires négatifs sur son comportement, en plus de celle de voir son témoignage écarté et d’être déclaré coupable. Bref, l’appréciation de la crédibilité est un exercice difficile et délicat qui ne se prête pas toujours à une énonciation complète et précise.

[50] Ce qu’on entend par des motifs suffisants concernant la crédibilité peut se déduire de l’arrêt *Dinardo*, dans lequel la juge Charron a statué que les conclusions sur la crédibilité doivent être tirées au regard des autres éléments de preuve (par. 23). Il faut peut-être pour cela que la preuve

makes clear, what is required is that the reasons show that the judge has seized the substance of the issue. “In a case that turns on credibility . . . the trial judge must direct his or her mind to the decisive question of whether the accused’s evidence, considered in the context of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to his guilt” (para. 23). Charron J. went on to dispel the suggestion that the trial judge is required to enter into a detailed account of the conflicting evidence: *Dinardo*, at para. 30.

[51] The degree of detail required in explaining findings on credibility may also, as discussed above, vary with the evidentiary record and the dynamic of the trial. The factors supporting or detracting from credibility may be clear from the record. In such cases, the trial judge’s reasons will not be found deficient simply because the trial judge failed to recite these factors.

#### 4. The Role of Appellate Courts in Assessing the Sufficiency of Reasons

[52] In *Sheppard*, the Court, *per* Binnie J. enunciated this “simple underlying rule”: “[I]f, in the opinion of the appeal court, the deficiencies in the reasons prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision, then an error of law [under s. 686 of the *Criminal Code*] has been committed” (para. 28).

[53] However, the Court in *Sheppard* also stated: “The appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). To justify appellate intervention, the Court makes clear, there must be a functional failing in the reasons. More precisely, the reasons, read in the context of the evidentiary record and the live issues on which the trial focussed, must fail to disclose an intelligible basis for the verdict, capable of permitting meaningful appellate review.

contradictoire soit à tout le moins mentionnée. Cependant, comme l’arrêt *Dinardo* le dit clairement, ce qui compte, c’est qu’il ressorte des motifs que le juge a saisi l’essentiel de la question en litige. « Dans une cause dont l’issue repose sur la crédibilité, [. . .] le juge du procès doit répondre à la question déterminante de savoir si la preuve offerte par l’accusé, appréciée au regard de l’ensemble de la preuve, soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (par. 23). La juge Charron a ensuite écarté la proposition voulant que le juge du procès doive s’engager dans un compte rendu détaillé des éléments de preuve contradictoires : *Dinardo*, par. 30.

[51] Comme nous l’avons vu plus haut, le niveau de détails requis pour expliquer les conclusions relatives à la crédibilité peut aussi varier selon la preuve versée au dossier et la dynamique du procès. Il se peut que les facteurs en faveur ou en défaveur de la crédibilité ressortent clairement du dossier. En pareil cas, les motifs du juge du procès ne peuvent être jugés déficients simplement parce qu’il ne les a pas énumérés.

#### 4. Le rôle des cours d’appel dans l’appréciation de la suffisance des motifs

[52] Dans *Sheppard*, le juge Binnie a énoncé, au nom de la Cour, la « règle fondamentale » suivante : « [L]orsque la cour d’appel estime que les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision, une erreur de droit a été commise [au sens de l’art. 686 du *Code criminel*] » (par. 28).

[53] Cependant, la Cour y a également affirmé ceci : « La cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé » (par. 26). Comme l’indique clairement la Cour, les motifs ne justifient une intervention en appel que s’ils ne remplissent pas leurs fonctions. Il faut plus précisément que les motifs, considérés dans le contexte de la preuve versée au dossier et des questions en litige sur lesquelles était axé le procès, ne révèlent pas de fondement intelligible qui sous-tende le verdict et permette un véritable examen en appel.

[54] An appellate court reviewing reasons for sufficiency should start from a stance of deference toward the trial judge's perceptions of the facts. As decided in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, and stated in *Gagnon* (at para. 20), "in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected". It is true that deficient reasons may cloak a palpable and overriding error, requiring appellate intervention. But the appellate court's point of departure should be a deferential stance based on the propositions that the trial judge is in the best position to determine matters of fact and is presumed to know the basic law.

[55] The appellate court, proceeding with deference, must ask itself whether the reasons, considered with the evidentiary record, the submissions of counsel and the live issues at the trial, reveals the basis for the verdict reached. It must look at the reasons in their entire context. It must ask itself whether, viewed thus, the trial judge appears to have seized the substance of the critical issues on the trial. If the evidence is contradictory or confusing, the appellate court should ask whether the trial judge appears to have recognized and dealt with the contradictions. If there is a difficult or novel question of law, it should ask itself if the trial judge has recognized and dealt with that issue.

[56] If the answers to these questions are affirmative, the reasons are not deficient, notwithstanding lack of detail and notwithstanding the fact that they are less than ideal. The trial judge should not be found to have erred in law for failing to describe every consideration leading to a finding of credibility, or to the conclusion of guilt or innocence. Nor should error of law be found because the trial judge has failed to reconcile every frailty in the evidence or allude to every relevant principle of law. Reasonable inferences need not be spelled out. For example if, in a case that turns on credibility, a trial judge explains that he or she has rejected the accused's evidence, but fails to state that he or she has a reasonable doubt, this does not constitute

[54] La cour d'appel doit entreprendre l'examen du caractère suffisant des motifs avec déférence envers les perceptions de fait du juge du procès. Comme la Cour l'a décidé dans *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, et affirmé dans *Gagnon* (par. 20), « il [faut] respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante ». Il est vrai que des motifs déficients peuvent dissimuler une erreur manifeste et dominante nécessitant une intervention, mais la cour d'appel doit adopter dès le départ une attitude empreinte de retenue en accord avec le postulat voulant que le juge du procès soit le mieux placé pour trancher les questions de fait et censé connaître les principes fondamentaux du droit.

[55] La cour d'appel doit se demander, en faisant preuve de retenue, si les motifs considérés avec la preuve versée au dossier, les observations des avocats et les questions en litige au procès font ressortir le fondement du verdict. Elle doit examiner les motifs dans leur contexte global. Elle doit déterminer si, de ce point de vue, le juge du procès semble avoir saisi l'essentiel des questions fondamentales en litige au procès. Si les éléments de preuve sont embrouillés ou contradictoires, la cour d'appel doit se demander si le juge du procès a manifestement relevé et résolu les contradictions. En présence d'une question de droit épineuse ou de droit nouveau, elle doit se demander si le juge du procès a relevé et résolu cette question.

[56] Si les réponses à ces questions sont affirmatives, les motifs ne sont pas déficients, malgré l'absence de détails et malgré le fait qu'ils soient loin d'être parfaits. On ne doit pas conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit parce qu'il a omis de décrire chaque facteur qui l'a mené à une conclusion sur la crédibilité, ou à la conclusion de culpabilité ou d'innocence. On ne doit pas non plus conclure à l'erreur de droit parce que le juge du procès a omis de concilier chacune des faiblesses de la preuve ou de faire allusion à chaque principe de droit applicable. Nul n'est besoin d'énoncer les inférences raisonnables. Si, par exemple, dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité, le juge du procès explique avoir écarté la preuve offerte

an error of law; in such a case the conviction itself raises an inference that the accused's evidence failed to raise a reasonable doubt. Finally, appellate courts must guard against simply sifting through the record and substituting their own analysis of the evidence for that of the trial judge because the reasons do not comply with their idea of ideal reasons. As was established in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, at p. 14, "[a]n appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. . . . Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede."

[57] Appellate courts must ask themselves the critical question set out in *Sheppard*: Do the trial judge's reasons, considered in the context of the evidentiary record, the live issues as they emerged at trial and the submissions of counsel, deprive the appellant of the right to meaningful appellate review? To conduct meaningful appellate review, the court must be able to discern the foundation of the conviction. Essential findings of credibility must have been made, and critical issues of law must have been resolved. If the appellate court concludes that the trial judge on the record as a whole did not deal with the substance of the critical issues on the case (as was the case in *Sheppard* and *Dinardo*), then, and then only, is it entitled to conclude that the deficiency of the reasons constitute error in law.

##### 5. Application of the Principles to This Case

[58] This was a case that turned on credibility. The complainant testified to 11 incidents of sexual assault by the accused, over a period of years when she was a child, between the ages of 9 and 17. The

par l'accusé, mais ne précise pas qu'il a un doute raisonnable, il ne s'agit pas d'une erreur de droit. En pareil cas, la déclaration de culpabilité permet en soi d'inférer que la preuve de l'accusé ne soulevait pas un doute raisonnable. Enfin, les cours d'appel doivent se garder de simplement passer le dossier en revue et substituer leur propre analyse de la preuve à celle du juge du procès parce que les motifs ne correspondent pas à l'idée qu'ils se font de motifs parfaits. Comme l'a établi l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, p. 14, « [u]n tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. [. . .] S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir. »

[57] Les cours d'appel doivent se poser la question cruciale formulée dans l'arrêt *Sheppard* : les motifs du juge du procès, considérés dans le contexte de la preuve versée au dossier, des questions en litige telles qu'elles sont ressorties au procès et des observations des avocats, privent-ils l'appelant du droit à un véritable examen en appel? Pour procéder à un véritable examen en appel, la cour doit pouvoir discerner le fondement de la déclaration de culpabilité. Les conclusions essentielles sur la crédibilité doivent avoir été tirées, et les questions de droit fondamentales doivent avoir été résolues. Si la cour d'appel arrive à la conclusion que, compte tenu de l'ensemble du dossier, le juge du procès n'a pas tranché sur le fond les questions essentielles en litige (comme ce fut le cas dans *Sheppard* et *Dinardo*), elle peut alors, mais seulement alors, conclure que la déficience des motifs constitue une erreur de droit.

##### 5. Application des principes à la présente affaire

[58] Il s'agissait d'une cause dont l'issue reposait sur la crédibilité. La plaignante a témoigné relativement à 11 incidents, répartis sur de nombreuses années de son enfance, où l'accusé l'aurait agressée

accused testified. He admitted to having sexual intercourse with the complainant, but claimed that the relationship only became sexual after she was 15 and that the intercourse was consensual.

[59] The trial judge found the complainant to be a credible witness and accepted most of her evidence, while rejecting some portions that had been contradicted by other evidence. He discussed the reasons for these conclusions in some detail, noting that the complainant was a child at the time of most of the incidents, and that they had occurred a long time before. Some errors in her evidence were understandable, he concluded.

[60] The trial judge largely disbelieved the accused's evidence, although he found that on some points, it was not challenged. Again he gave reasons, although less extensive than he had in the case of the complainant's evidence.

[61] In summary, the reasons for judgment show that on most points, the trial judge accepted the evidence of the complainant and rejected that of the accused. This said, there were aspects of the complainant's evidence that he did not accept and aspects of the accused's evidence that he accepted. In the end, the trial judge convicted the accused of three offences: (1) having intercourse with a minor; (2) indecent assault; and (3) having illicit intercourse with his stepdaughter. He acquitted the accused on the count of gross indecency.

[62] The Court of Appeal found the trial judge's reasons to be deficient on the following grounds:

(1) The trial judge did not clearly explain which of the offences were proved by which of the 11 incidents on which evidence had been led;

(2) The trial judge failed to mention some of the accused's evidence;

sexuellement alors qu'elle avait entre 9 et 17 ans. L'accusé a témoigné. Il a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante, mais il a soutenu qu'elle avait 15 ans lorsque leur relation a pris une tournure sexuelle et qu'il s'agissait de rapports consensuels.

[59] Le juge du procès a estimé que la plaignante était un témoin crédible et il a retenu la plupart de son témoignage, en rejetant néanmoins certaines parties contredites par d'autres éléments de preuve. Il a exposé de façon assez détaillée les motifs de ces conclusions, faisant observer que la plaignante était encore une enfant au moment de la plupart des incidents, survenus longtemps auparavant. Il était compréhensible, a-t-il conclu, que des erreurs se soient glissées dans son témoignage.

[60] Le juge du procès n'a guère cru le témoignage de l'accusé, bien qu'il ait conclu que, sur certains points, il n'était pas mis en doute. Encore une fois, il a exprimé des motifs, bien que moins détaillés que ses motifs concernant le témoignage de la plaignante.

[61] En résumé, il ressort des motifs du jugement que, sur la plupart des points, le juge du procès a retenu le témoignage de la plaignante et rejeté celui de l'accusé. Cela dit, il a écarté certains aspects du témoignage de la plaignante et retenu certains aspects du témoignage de l'accusé. Le juge du procès a finalement déclaré l'accusé coupable de trois infractions : (1) rapports sexuels avec une personne mineure; (2) attentat à la pudeur; et (3) rapports sexuels illicites avec sa belle-fille. Il l'a acquitté du chef de grossière indécence.

[62] La Cour d'appel a conclu que les motifs du juge du procès étaient déficients pour les raisons suivantes :

(1) le juge du procès n'a pas indiqué clairement lesquels des 11 incidents mis en preuve avaient démontré la perpétration de chacune des infractions;

(2) le juge du procès n'a pas mentionné une partie de la preuve offerte par l'accusé;



(3) The trial judge failed to make general comments about the accused's evidence;

(4) The trial judge failed to reconcile his generally positive findings on the complainant's evidence with the rejection of some of her evidence;

(5) The trial judge failed to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges.

[63] The trial judge's failure to clearly explain which of the three offences were grounded by which of the incidents must be considered in the context of the record as a whole. The three offences of which the accused was convicted found support in the evidence as to a number of the incidents. This gives rise to a reasonable inference that the trial judge accepted some or all of this evidence and grounded the convictions on that evidence. While reasons drawing a precise link between each count on which the accused was found guilty and the particular evidence that the trial judge accepted in support of that count might have been desirable, this omission did not render the reasons deficient on this record, as discussed more fully below.

[64] Nor did the trial judge's failure to mention some of the accused's evidence render the reasons for judgment deficient. The foregoing discussion of the law establishes that a trial judge is not obliged to discuss all of the evidence on any given point, provided the reasons show that he or she grappled with the substance of the live issues on the trial. It is clear from the reasons that the trial judge considered the accused's evidence carefully, and indeed accepted it on some points. In these circumstances, failure to mention some aspects of his evidence does not constitute error. This also applies to the third objection, that the trial judge failed to make general comments about the accused's evidence. As helpful as it might be in a given case, a trial judge is not required to summarize specific findings on credibility by issuing a general statement as to "overall" credibility. It is enough that the trial judge has demonstrated a recognition, where

(3) le juge du procès n'a pas fait de commentaires généraux sur le témoignage de l'accusé;

(4) le juge du procès n'a pas concilié ses conclusions généralement positives sur le témoignage de la plaignante avec le rejet d'une partie de son témoignage;

(5) le juge du procès n'a pas expliqué pourquoi il a écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé.

[63] L'omission du juge du procès d'indiquer clairement sur quels incidents se fondaient les trois infractions doit être appréciée dans le contexte de l'ensemble du dossier. Les trois infractions dont l'accusé a été déclaré coupable étaient étayées par la preuve relative à plusieurs incidents, d'où l'inférence raisonnable que le juge du procès a retenu cette preuve en totalité ou en partie et s'est appuyé sur elle pour prononcer les déclarations de culpabilité. Bien qu'il eût été souhaitable, que les motifs établissent un lien précis entre chacun des chefs d'accusation dont l'accusé a été déclaré coupable et la preuve que le juge du procès a retenue à l'appui de ce chef, cette omission ne rendait pas les motifs déficients en l'espèce, comme nous le verrons en détail plus loin.

[64] L'omission du juge du procès de mentionner une partie de la preuve offerte par l'accusé ne rendait pas non plus ses motifs de jugement déficients. L'analyse juridique qui précède établit que le juge du procès n'est pas tenu de traiter de tous les éléments de preuve sur un point donné, pourvu qu'il ressorte des motifs qu'il a saisi l'essentiel des questions en litige au procès. Il se dégage clairement des motifs que le juge du procès a examiné soigneusement la preuve de l'accusé, et qu'il l'a d'ailleurs acceptée sur certains points. Dans ces circonstances, l'omission de mentionner certains aspects de cette preuve ne constitue pas une erreur. Il en va de même de la troisième objection, selon laquelle le juge du procès n'a pas fait de commentaires généraux sur la preuve offerte par l'accusé. Aussi utile que cela puisse être dans certains cas, le juge du procès n'a pas à résumer ses conclusions relatives à la crédibilité en faisant une déclaration globale sur

applicable, that the witness's credibility was a live issue.

[65] The trial judge's alleged failure to reconcile his generally positive findings on the complainant's evidence with the rejection of some of her evidence did not render the reasons deficient. As juries are routinely instructed, it is open to the trier of fact to accept some of the evidence of a witness, while rejecting other evidence of the same witness. The trial judge explained that the fact that many of the incidents testified to happened many years before and the fact that the complainant was a child at the time might well explain certain inconsistencies. In fact, he did explain why he rejected some of her evidence.

[66] Finally, the trial judge's failure to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges provides no ground for finding the reasons deficient. The trial judge's reasons made it clear that in general, where the complainant's evidence and the accused's evidence conflicted, he accepted the evidence of the complainant. This explains why he rejected the accused's denial. He gave reasons for accepting the complainant's evidence, finding her generally truthful and "a very credible witness", and concluding that her testimony on specific events was "not seriously challenged" (para. 68). It followed of necessity that he rejected the accused's evidence where it conflicted with evidence of the complainant that he accepted. No further explanation for rejecting the accused's evidence was required. In this context, the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused's denial of the charges failed to raise a reasonable doubt.

[67] It may have been desirable for the trial judge to explain certain matters more fully. In particular, it would have been preferable to relate the charges on which the accused was found guilty to the evidence of the specific incidents disclosed by the

la crédibilité « en général ». Il suffit qu'il démontre qu'il comprenait, le cas échéant, que la crédibilité du témoin était une question en litige.

[65] L'omission alléguée du juge du procès de concilier ses conclusions généralement positives sur le témoignage de la plaignante avec le rejet d'une partie de celui-ci ne rendait pas ses motifs déficients. Comme on l'explique habituellement aux jurés, le juge des faits peut accepter une partie de la déposition d'un témoin tout en écartant d'autres parties. Le juge du procès a indiqué que le fait que plusieurs incidents dont la plaignante avait témoigné s'étaient produits de nombreuses années auparavant, quand elle n'était qu'une enfant, pouvait expliquer certaines incohérences. En fait, il a bel et bien indiqué pourquoi il a écarté une partie de son témoignage.

[66] Enfin, l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé ne permet pas de conclure à la déficience des motifs. Il ressort clairement des motifs du juge du procès que, de façon générale, lorsque les témoignages de la plaignante et de l'accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante. Cela explique pourquoi il a écarté la dénégation de l'accusé. Il a exposé les raisons pour lesquelles il a retenu le témoignage de la plaignante, ayant jugé qu'elle était généralement sincère et [TRADUCTION] « un témoin fort crédible », et il a conclu que son témoignage sur des événements précis n'était [TRADUCTION] « pas sérieusement mis en doute » (par. 68). Il s'ensuit, nécessairement, qu'il a écarté le témoignage de l'accusé lorsqu'il contredisait le témoignage de la plaignante qu'il avait retenu. Aucun autre motif n'était nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l'accusé. Dans ce contexte, les condamnations elles-mêmes permettent d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations.

[67] Il eût peut-être été souhaitable que le juge du procès explique davantage certains points. Plus particulièrement, il eût été préférable d'établir un lien précis entre les infractions dont l'accusé a été déclaré coupable et la preuve se rapportant à chacun

evidence. Given the trial judge's mixed findings on credibility, the relationship between the 11 incidents to the convictions may not have been totally clear. However, on the law enunciated above, the question is whether the reasons, considered in the context of the record and the live issues at trial, failed to disclose a logical connection between the evidence and the verdict sufficient to permit meaningful appeal. The central issue at trial was credibility. It is clear that the trial judge accepted all or sufficient of the complainant's ample evidence as to the incidents, and was not left with a reasonable doubt on the whole of the evidence or from the contradictory evidence of the accused. From this, he concluded that the accused's guilt had been established beyond a reasonable doubt. When the record is considered as a whole, the basis for the verdict is evident.

[68] Instead of looking for this basis, the Court of Appeal focussed on omitted details and proceeded from a sceptical perspective. Having concluded that the accused's denial was plausible, it proceeded to examine the case from that perspective, asking whether the reasons disclosed that the trial judge had properly applied the reasonable doubt standard. In doing so, it fell into the trap identified in *Gagnon* of ignoring the trial judge's unique position to see and hear witnesses, and instead substituted its own assessment of credibility for the trial judge's view by impugning the reasons for judgment for not explaining why a reasonable doubt was not raised.

### III. Conclusion

[69] I would allow the appeal and restore the verdicts of guilty.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: J. M. Brian Coleman, Vancouver.*

des incidents. Compte tenu des conclusions nuancées sur la crédibilité auxquelles est arrivé le juge du procès, le lien entre les 11 incidents et les déclarations de culpabilité n'était peut-être pas parfaitement clair. Cependant, selon l'état du droit exposé plus tôt, il s'agit de savoir si les motifs, considérés dans le contexte du dossier et des questions en litige au procès, faisaient ou non ressortir entre la preuve et le verdict un lien logique suffisant pour permettre un véritable appel. La principale question en litige au procès était la crédibilité. Il est manifeste que le juge du procès a retenu la totalité ou une partie suffisante du témoignage étoffé de la plaignante concernant les incidents et que ni l'ensemble de la preuve ni le témoignage contradictoire de l'accusé n'ont laissé subsister de doute raisonnable dans son esprit. Il en a conclu que la culpabilité de l'accusé avait été établie hors de tout doute raisonnable. Lorsqu'on considère le dossier globalement, le fondement du verdict est évident.

[68] Plutôt que de s'efforcer de découvrir ce fondement, la Cour d'appel s'est intéressée principalement aux détails omis et a fait preuve de scepticisme. Après avoir conclu que la dénégation de l'accusé était plausible, elle a examiné l'affaire de ce point de vue, se demandant s'il ressortait des motifs que le juge du procès avait appliqué correctement la règle du doute raisonnable. Elle est alors tombée dans le piège décrit dans l'arrêt *Gagnon*, en faisant fi de l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins, et elle a substitué sa propre appréciation de la crédibilité à celle du juge du procès en critiquant les motifs du jugement parce qu'ils n'expliquaient pas pourquoi aucun doute raisonnable n'avait été soulevé.

### III. Conclusion

[69] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les verdicts de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : J. M. Brian Coleman, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**H.S.B.** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. H.S.B.**

**Neutral citation: 2008 SCC 52.**

File No.: 32046.

2008: May 16; 2008: October 2.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Accused convicted of four offences relating to sexual abuse and threat — Whether judge's reasons on credibility of witnesses in criminal trial sufficient.*

The complainant alleged sexual abuse by the accused when she was a child. She also testified that the accused threatened to kill her. He was convicted of four offences relating to the abuse and threat. After giving reasons for the convictions, the trial judge allowed the accused's application to re-open the trial and to call fresh evidence. Upon hearing the fresh evidence, the trial judge issued a second verdict confirming the earlier convictions. The second set of reasons primarily dealt with the fresh evidence, whereas the first set of reasons addressed the other evidence. Although the accused did not raise insufficiency of reasons as a ground of his appeal from conviction, the Court of Appeal concluded that the appeal should be allowed on that basis.

*Held:* The appeal should be allowed and the verdicts of guilty restored.

The bifurcation of the trial judge's reasons into two separate, overlapping deliberations on the trial issues complicates the analysis of how he dealt with the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**H.S.B.** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. H.S.B.**

**Référence neutre : 2008 CSC 52.**

N<sup>o</sup> du greffe : 32046.

2008 : 16 mai; 2008 : 2 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Accusé déclaré coupable de quatre infractions liées à des abus sexuels et à des menaces — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins dans le procès criminel étaient-ils suffisants?*

La plaignante a soutenu avoir été victime d'abus sexuels de la part de l'accusé lorsqu'elle était enfant. Elle a également témoigné que l'accusé l'a menacée de mort. Il a été déclaré coupable de quatre infractions en liaison avec les abus et les menaces. Après avoir exposé les motifs justifiant les déclarations de culpabilité, le juge du procès a fait droit à la demande de l'accusé visant à rouvrir le procès et à présenter une nouvelle preuve. Après avoir entendu le nouveau témoignage, le juge du procès a prononcé un second verdict confirmant les déclarations de culpabilité antérieures. Le second exposé de motifs portait principalement sur le nouvel élément de preuve, tandis que le premier traitait des autres éléments de preuve. Même si l'accusé n'a pas soulevé l'insuffisance des motifs comme moyen d'appel de sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel pour ce motif.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et les verdicts de culpabilité sont rétablis.

Le fractionnement des motifs du juge du procès en deux analyses distinctes qui se chevauchent sur les questions en litige complique l'examen de la façon

central issue of whether the offences were committed. However, it is not fatal because the reasons, considered as a whole, are functionally sufficient in the sense described in *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51. The trial judge explained his view of why any errors in the complainant's testimony did not undermine her credibility as to the central issue; he said that much of the testimony was unchallenged, that the inconsistencies and contradictions in her testimony were related to peripheral matters and that frailties in her testimony were attributable to the difficulty of recalling childhood events. It is thus reasonable to infer from the reasons that, despite any errors in the complainant's testimony, there remained a body of credible evidence capable of proving the offences beyond a reasonable doubt. The trial judge's reasons thus explain the basis for the verdict reached. In meeting this standard, the trial judge's reasons fulfilled their purposes. That being so, the Court of Appeal was not entitled to substitute its own view of the complainant's credibility in the guise of impugning the sufficiency of the reasons. [7] [15]

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Thackray, Newbury and Chiasson J.J.A.) (2007), 219 C.C.C. (3d) 492, 238 B.C.A.C. 267, 393 W.A.C. 267, [2007] B.C.J. No. 579 (QL), 2007 CarswellBC 610, 2007 BCCA 181, setting aside the accused's convictions and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Fred Tischler*, for the appellant.

*Richard C. C. Peck, Q.C.*, and *Eric V. Gottardi*, for the respondent.

*M. David Lepofsky* and *Amanda Rubaszek*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Crown appeals from the British Columbia Court of Appeal's order quashing the accused's conviction for various

dont il a traité la question fondamentale de savoir si les infractions avaient été commises. Toutefois, cela n'est pas fatal parce que les motifs, considérés globalement, sont suffisants sur le plan fonctionnel au sens de l'arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51. Le juge du procès a expliqué pourquoi, à son avis, les erreurs contenues dans le témoignage de la plaignante ne minaient pas sa crédibilité quant à la question fondamentale; il a affirmé qu'une grande partie de ce témoignage n'était pas contestée, que les incohérences et les contradictions qu'il contenait se rapportaient à des questions accessoires et que ses faiblesses étaient attribuables à la difficulté de se souvenir d'événements survenus durant l'enfance. Il est donc raisonnable d'inférer des motifs que, malgré les erreurs qu'il contenait, le témoignage de la plaignante demeurerait une preuve crédible pouvant établir hors de tout doute raisonnable que les infractions avaient été commises. Les motifs du juge du procès expliquent donc les fondements du verdict rendu. En satisfaisant à ce critère, les motifs remplissent leurs fonctions. Cela étant, la Cour d'appel n'avait pas le droit d'imposer sa propre appréciation de la crédibilité de la plaignante sous le couvert de l'insuffisance des motifs. [7] [15]

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Thackray, Newbury et Chiasson) (2007), 219 C.C.C. (3d) 492, 238 B.C.A.C. 267, 393 W.A.C. 267, [2007] B.C.J. No. 579 (QL), 2007 CarswellBC 610, 2007 BCCA 181, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Fred Tischler*, pour l'appelante.

*Richard C. C. Peck, c.r.*, et *Eric V. Gottardi*, pour l'intimé.

*M. David Lepofsky* et *Amanda Rubaszek*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a annulé les

offences relating to sexual abuse ((2007), 219 C.C.C. (3d) 492, 2007 BCCA 181). As in the companion to this case, *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51, the appeal court's order was based on its view that the trial judge's reasons for judgment were insufficient. Also, like in the companion case, the trial revolved primarily around the issue of witness credibility.

[2] I would allow the appeal, substantially for the reasons set out in *R.E.M.* A trial judge's reasons for judgment do not need to meet a standard of perfection. So long as the trial judge fulfills the purposes of giving reasons — to explain the decision to the parties, to provide public accountability and to permit meaningful appellate review — a court of appeal is not justified in interfering with the verdict on the ground of insufficiency of reasons. The purposes of giving reasons are fulfilled where the reasons for judgment, read in context, establish a logical connection between the verdict and the basis for it — in other words, the reasons must explain why the judge made his or her decision. A detailed description of the judge's process in arriving at the verdict is unnecessary. The trial judge's reasons met this standard. It follows that no error of law has been established and that there was no basis for the British Columbia Court of Appeal's order for a new trial.

#### I. Factual and Judicial History

[3] The complainant in this case alleged ongoing acts of sexual abuse committed by the accused, H.S.B. In her testimony, the complainant described a number of incidents of escalating seriousness, ranging from sexual touching to full vaginal intercourse, and occurring over the course of several years when she was a child. She also testified that the accused threatened to kill her when she was almost 15 years old.

[4] The accused was charged with four offences relating to the abuse and threat, and the trial judge convicted him on all four counts. After the conviction was entered, but before sentencing, the

déclarations de culpabilité de l'accusé relativement à diverses infractions de nature sexuelle ((2007), 219 C.C.C. (3d) 492, 2007 BCCA 181). Comme ce fut le cas dans l'affaire connexe *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51, l'ordonnance de la cour d'appel se fondait sur son opinion que les motifs du juge du procès étaient insuffisants. Comme dans l'affaire connexe également, l'issue du procès reposait principalement sur la question de la crédibilité des témoins.

[2] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés dans *R.E.M.* Le juge du procès n'est pas tenu à la perfection dans l'énoncé de ses motifs. Dans la mesure où ses motifs remplissent leurs fonctions — expliquer la décision aux parties, rendre compte devant le public et permettre un véritable examen en appel — une cour d'appel n'est pas justifiée à modifier le verdict pour cause d'insuffisance des motifs. Les motifs remplissent leurs fonctions lorsque, considérés dans leur contexte, ils font ressortir un lien logique entre le verdict et son fondement — autrement dit, les motifs doivent expliquer pourquoi le juge a rendu sa décision. Il n'est pas nécessaire que le juge décrive en détail le raisonnement qui l'a mené à ce verdict. Les motifs du juge du procès satisfaisaient à cette norme. Par conséquent, aucune erreur de droit n'a été établie et rien ne permettait à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

#### I. Faits et historique des procédures judiciaires

[3] En l'espèce, la plaignante a soutenu avoir été victime d'abus sexuels répétés de la part de l'accusé, H.S.B. Dans son témoignage, elle a décrit plusieurs incidents de gravité croissante — à partir d'attouchements jusqu'à des relations vaginales complètes — répartis sur plusieurs années lorsqu'elle était enfant. Elle a également témoigné que l'accusé l'a menacée de mort lorsqu'elle avait presque 15 ans.

[4] L'accusé a été inculpé de quatre infractions en liaison avec les abus et les menaces. Le juge du procès l'a déclaré coupable des quatre infractions. Après l'inscription des déclarations de culpabilité,

trial judge agreed to re-open the trial to allow the accused to call additional evidence said to provide an alibi defence. Specifically, the evidence was submitted to show that the accused was at work when the sexual abuse was said to have taken place. The trial judge upheld the four convictions. He found that inconsistencies in the complainant's evidence were about details peripheral to the sexual acts in question. He commented that some inconsistencies are to be expected in a case involving such a great number of incidents said to have occurred several times a week over a period of several years. He commented further that the complainant's young age at the relevant time, and the fact that the memories were bottled up for a long period, explained her confusion. He concluded that "the complainant was a credible witness, not deliberately trying to mislead the court" (B.C.S.C., No. X065184-4, January 17, 2005, at para. 18). The trial judge found that the complainant's evidence was contradicted on some points by other witnesses' testimony, but that it was not an attempt to mislead or construct evidence. The "alibi" evidence did not change his view on the complainant's credibility. Rejecting the evidence of the accused, the trial judge found that he was not a credible witness "in general", and that he was prone to exaggeration.

[5] Although the accused did not raise insufficiency of reasons as a ground of his appeal from conviction, the Court of Appeal, *per* Thackray J.A., concluded that the appeal should be allowed on that basis.

[6] Thackray J.A. found that the trial judge inadequately dealt with evidence on 4 out of the 14 incidents described at trial. Thackray J.A. extensively examined and reproduced the record relating to these four incidents, finding the evidence to be contradictory. In each case, according to Thackray J.A., the trial judge failed to explain how he overcame the conflicting evidence to find in favour of the complainant's credibility. One of these factual matters (the "green nightie" incident) was not peripheral but was directly related to "the

mais avant la détermination de la peine, le juge du procès a accepté de rouvrir le procès pour permettre à l'accusé de faire entendre un témoin additionnel censé lui fournir un alibi. Plus précisément, cette preuve devait établir que l'accusé était au travail au moment où les abus sexuels auraient été commis. Le juge du procès a confirmé les quatre déclarations de culpabilité. Il a estimé que les incohérences dans le témoignage de la plaignante concernaient des faits accessoires aux actes sexuels. Il a fait observer qu'il fallait s'attendre à quelques incohérences dans les causes portant sur un nombre aussi élevé d'incidents censés s'être produits plusieurs fois par semaine pendant plusieurs années. Il a ajouté que le jeune âge de la plaignante à l'époque pertinente, et le fait qu'elle avait longtemps refoulé ses souvenirs, expliquaient sa confusion. Il a conclu que [TRADUCTION] « la plaignante était un témoin crédible qui ne tentait pas de tromper délibérément la cour » (C.S.C.-B., n° X065184-4, 17 janvier 2005, par. 18). Le juge du procès a conclu que le témoignage de la plaignante était contredit à certains égards par d'autres témoignages, mais qu'il ne s'agissait pas d'une tentative d'induire la cour en erreur ou de créer une preuve de toutes pièces. La « preuve d'alibi » n'a pas changé son opinion concernant la crédibilité de la plaignante. En écartant le témoignage de l'accusé, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas un témoin crédible [TRADUCTION] « de façon générale », et qu'il était porté à l'exagération.

[5] Même si l'accusé n'a pas soulevé l'insuffisance des motifs comme moyen d'appel de ses déclarations de culpabilité, la Cour d'appel, sous la plume du juge Thackray, a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel pour ce motif.

[6] Le juge Thackray a conclu que le juge du procès n'avait pas traité correctement la preuve se rapportant à 4 des 14 incidents décrits au procès. Il a examiné de long en large les éléments du dossier ayant trait à ces quatre épisodes, les a reproduits, et a conclu que la preuve était contradictoire. Dans chaque cas, selon le juge Thackray, le juge du procès avait omis d'expliquer comment il avait surmonté ces contradictions pour conclure à la crédibilité de la plaignante. Un de ces éléments factuels (l'incident de la [TRADUCTION] « chemise de nuit



core issue” — presumably, whether the sexual act alleged had in fact occurred. The defence had been based in part on the allegation of complainant concoction. Thackray J.A. said that the trial judge misunderstood the issue as being whether the complainant was trying to mislead the court, whereas the real issue was her credibility regardless of how honestly she gave her testimony. Where the other witnesses gave contradictory testimony, said Thackray J.A., the judge should have commented on their credibility. Thackray J.A. concluded that the insufficiency of the trial judge’s reasons constituted an error of law, and that, given the inconsistencies and perceived gaps in the evidence, the Crown’s case was not overwhelming in the sense that the error was irrelevant.

## II. Analysis

[7] This case involved a fresh evidence issue that potentially skewed the process of rendering the decision. After giving reasons for the convictions, the trial judge allowed the accused’s application to re-open the trial and to call additional evidence that was argued to provide an alibi defence. Upon hearing the fresh evidence, the trial judge issued a second verdict confirming the earlier convictions. The second set of reasons primarily dealt with the fresh evidence, whereas the first set of reasons addressed the other evidence in considerable detail. The bifurcation of the trial judge’s reasons into two separate, overlapping deliberations on the trial issues complicates the analysis of how he dealt with the critical issues at trial. However, it is not fatal, provided the reasons, considered as a whole, are functionally sufficient in the sense described in *R.E.M.* Be that as it may, I would add that, although it is not contested here, the trial judge’s re-opening of the trial after having already entered a guilty verdict is highly unusual and not the desirable way to proceed.

verte ») était non pas accessoire mais directement lié à la [TRADUCTION] « question fondamentale en litige » — vraisemblablement, celle de savoir si l’acte sexuel allégué s’était effectivement produit. La défense était fondée en partie sur une allégation d’invention de la part de la plaignante. Selon le juge Thackray, le juge du procès avait estimé à tort que la question en litige était celle de savoir si la plaignante tentait d’induire la cour en erreur, alors que la véritable question en litige était sa crédibilité, indépendamment de sa sincérité lors de son témoignage. Dans les cas où le témoignage des autres témoins était contradictoire, a-t-il affirmé, le juge aurait dû formuler des observations sur leur crédibilité. Le juge Thackray a conclu que l’insuffisance des motifs du juge du procès constituait une erreur de droit et que, compte tenu de ses incohérences et de ses lacunes apparentes, la preuve du ministère public n’était pas accablante au point où cette erreur n’avait aucune importance.

## II. Analyse

[7] L’affaire soulevait une question concernant une nouvelle preuve susceptible d’avoir faussé le processus de prise de décision. Après avoir exposé les motifs justifiant les déclarations de culpabilité, le juge du procès a fait droit à la demande de l’accusé visant à rouvrir le procès et à faire entendre un témoin additionnel censé lui fournir un alibi. Après avoir entendu le nouveau témoignage, le juge du procès a prononcé un second verdict confirmant les déclarations de culpabilité antérieures. Son second exposé des motifs portait principalement sur le nouvel élément de preuve, tandis que le premier traitait des autres éléments de preuve de façon très détaillée. Le fractionnement des motifs du juge du procès en deux analyses distinctes qui se chevauchent sur les questions en litige complique l’examen de la façon dont il a traité les questions fondamentales en litige au procès. Toutefois, cela n’est pas fatal si les motifs, considérés globalement, sont suffisants sur le plan fonctionnel au sens de l’arrêt *R.E.M.* Quoi qu’il en soit, j’ajouterais que, même si la décision du juge de première instance de rouvrir le procès après avoir déjà inscrit un verdict de culpabilité n’est pas contestée, cette façon de procéder est très inhabituelle et n’est pas souhaitable.

[8] As explained in *R.E.M.*, a trial judge's reasons serve three main functions — to explain the decision to the parties, to provide public accountability and to permit effective appellate review. These functions are fulfilled if the reasons for judgment explain the basis for the decision reached. The question is not whether a different verdict could have been reached on the evidence. Nor is the question whether the reasons detail every step of the reasoning process or refer to every piece of evidence or argument led by counsel. The task for the appellate court is simply to ensure that, read in the context of the entire record, the trial judge's reasons demonstrate that he or she was alive to and resolved the central issues before the court.

[9] In the trial judge's first set of reasons, he recounted in part what he called the "extremely detailed" evidence given by the complainant. He then acknowledged the accused's argument that the complainant's evidence was contradictory and inconsistent, but went on to note that several specific allegations were not challenged on cross-examination. He also explained his view that most inconsistencies were ancillary or peripheral to the fundamental question of whether the sexual abuse happened and that, in any case, the inconsistencies were excusable, given the high volume of incidents and the young age of the complainant when they occurred. The trial judge considered in detail certain inconsistencies in the evidence regarding the complainant's disclosure to her family members about the abuse. He concluded that he was not left with a reasonable doubt on any of the four charges.

[10] In his second set of reasons, the trial judge began by stating his task of determining whether a reasonable doubt had been raised. He then characterized the fresh evidence not as alibi evidence, but as evidence as to whether the accused had the opportunity to commit the offences, or, in other words, whether he had access to the complainant over the years in question. The trial judge remarked, at para. 8:

[8] Comme la Cour l'explique dans l'affaire *R.E.M.*, les motifs du juge du procès remplissent trois fonctions principales — expliquer la décision aux parties, rendre compte devant le public et permettre un véritable examen en appel. Ces fonctions sont remplies si les motifs du jugement expliquent le fondement de la décision rendue. La question n'est ni de savoir si la preuve aurait pu conduire à un verdict différent ni de savoir si les motifs décrivent de façon détaillée chaque étape du raisonnement ou mentionnent chaque élément de preuve ou argument présenté par les avocats. La cour d'appel doit uniquement s'assurer que les motifs du juge du procès, considérés dans le contexte de l'ensemble du dossier, démontrent qu'il avait conscience des questions fondamentales en litige et qu'il les a résolues.

[9] Dans son premier exposé des motifs, le juge du procès a relaté en partie le témoignage, selon lui, [TRADUCTION] « extrêmement détaillé » de la plaignante. Il s'est ensuite rendu à l'argument de l'accusé voulant que ce témoignage comporte des contradictions et des incohérences, mais il a ajouté que plusieurs allégations précises n'avaient pas été contestées lors du contre-interrogatoire. Il s'est également dit d'avis que la plupart des incohérences étaient secondaires ou accessoires à la question fondamentale de savoir si les abus sexuels avaient eu lieu et que, de toute façon, ces incohérences étaient excusables, compte tenu du nombre élevé d'incidents et du jeune âge de la plaignante au moment où ils s'étaient produits. Le juge du procès a examiné en détail certaines incohérences du témoignage au sujet de la révélation des abus par la plaignante aux membres de sa famille. Il a conclu qu'il ne subsistait aucun doute raisonnable dans son esprit quant à l'une ou l'autre des quatre accusations.

[10] Dans son deuxième exposé des motifs, le juge du procès a d'abord affirmé que sa tâche consistait à déterminer si un doute raisonnable avait été soulevé. Il a ensuite qualifié la nouvelle preuve non pas de preuve d'alibi, mais de preuve indiquant si l'accusé avait eu la possibilité de commettre les infractions ou, autrement dit, s'il avait pu s'approcher de la plaignante au cours des années en question. Le juge du procès a fait remarquer ceci, au par. 8 :

It is cogent evidence. It is evidence that must be weighed with the whole of the evidence in respect of the credibility of the complainant who gave evidence that, when the accused was living in her home, sexual abuse was occurring almost on a daily basis and certainly on most days of the week.

[11] Upon summarizing the fresh evidence led by the defence, the trial judge concluded that the accused's work schedule left substantial opportunity for him to access the complainant during his time off. In light of the fresh evidence, he found the complainant's evidence as to the frequency and duration of the incidents unreliable. However, he also found that the frailties in the complainant's evidence were explicable as the natural distortion that occurs when events from childhood are recounted at an older age. He found, moreover, that the frequency and duration of the incidents were secondary to the main issue as to whether the abuse in fact took place. The trial judge dealt with some discrepancies in the complainant's evidence as to the time a particular incident occurred, and concluded that the time was ancillary to the issue of whether the event actually happened. He concluded that in general the accused was not credible and was prone to exaggeration. The trial judge also found the accused's offer of a motive for why the complainant might fabricate her allegations "defie[d] all logic". He concluded, for the second time, that no reasonable doubt had been raised as to whether the accused had committed the four offences.

[12] The Court of Appeal agreed that much of the complainant's testimony was consistent and uncontradicted, and that several of the inconsistencies and contradictions that did exist were "not of great moment" (para. 22). Its fundamental objection to the trial judge's reasons for judgment was that they failed to explain why errors in details of the complainant's evidence did not undermine her credibility. The Court of Appeal stated, at para. 46:

[TRANSCRIPTION] C'est une preuve convaincante. C'est une preuve qui doit être appréciée au regard de l'ensemble de la preuve relative à la crédibilité de la plaignante qui a témoigné que, lorsque l'accusé vivait chez elle, les abus sexuels s'étaient produits, sinon tous les jours, presque tous les jours de la semaine.

[11] Après avoir résumé la nouvelle preuve présentée par la défense, le juge du procès a conclu que l'horaire de travail de l'accusé lui laissait amplement la possibilité de s'approcher de la plaignante en dehors de ses heures de travail. À la lumière du nouvel élément de preuve, il a conclu que le témoignage de la plaignante quant à la fréquence et à la durée des incidents n'était pas digne de foi. Par contre, il a également conclu que les faiblesses de ce témoignage étaient explicables vu la distorsion naturelle qui se produit lorsqu'une personne, devenue adulte, relate des événements survenus durant son enfance. Il a en outre conclu que la fréquence et la durée des incidents étaient accessoires à la question principale en litige qui consistait à savoir si les abus s'étaient effectivement produits. Le juge du procès a examiné certaines contradictions dans le témoignage de la plaignante quant à l'heure à laquelle un incident en particulier s'était produit, et a conclu que l'heure était accessoire à la question de savoir si l'incident s'était vraiment produit. Il a conclu que, de façon générale, l'accusé n'était pas crédible et était enclin à l'exagération. Le juge du procès a également conclu que le mobile avancé par l'accusé pour expliquer pourquoi la plaignante pouvait avoir inventé ses allégations [TRANSCRIPTION] « défi[ait] toute logique ». Il a conclu, pour la deuxième fois, qu'aucun doute raisonnable n'avait été soulevé quant à savoir si l'accusé avait commis les quatre infractions.

[12] La Cour d'appel a convenu que le témoignage de la plaignante était, en grande partie, cohérent et non contredit, et que plusieurs des incohérences et des contradictions qui existaient bel et bien n'étaient pas [TRANSCRIPTION] « terriblement importantes » (par. 22). Son objection fondamentale aux motifs du juge de première instance tenait à ce qu'ils n'expliquaient pas pourquoi les erreurs relatives à des détails dans le témoignage de la plaignante ne minaient pas sa crédibilité. La Cour d'appel a affirmé ceci, au par. 46 :

The issue was not whether the complainant was deliberately trying to mislead the court. The complainant's testimony that the judge found to be incorrect had to be weighed by the judge in assessing her credibility even if it was honestly given. The evidence was found to be incorrect, but no analysis was given as to how the critical errors could be subsumed into the conclusion that being non-deliberate they did not undermine her credibility. Simply put, the judge's reasons do not give any insight into how the judge overcame the improbabilities in the complainant's testimony. [Emphasis added.]

[13] In demanding that the trial judge relate each of the errors in the complainant's evidence to his ultimate finding that in general she was a credible witness, the Court of Appeal overlooked the central question — did the reasons disclose the basis for the convictions, when considered in light of the issues at trial and the record as a whole? In my view, the answer to this question is affirmative.

[14] The trial judge had to determine whether the evidence as a whole proved the allegations beyond a reasonable doubt. This issue turned largely on the trial judge's findings with respect to the credibility of the complainant and the accused. It is clear from the trial judge's reasons for judgment that his verdict resulted from his acceptance of the complainant's evidence as to whether the incidents occurred, from his rejection of the accused's defence of lack of opportunity from his finding that the accused was not a credible witness and that the evidence as a whole did not leave him with a reasonable doubt. It is also clear that the trial judge found the frailties in the complainant's evidence to be an understandable result of trying to remember events that happened in childhood and were, in any case, related to peripheral, not core, issues.

[15] The trial judge explained his view of why any errors in the complainant's testimony did not undermine her credibility as to the central issue of whether the offences were committed; he said that much of the testimony was unchallenged, that the inconsistencies and contradictions in her testimony

[TRADUCTION] La question n'était pas de savoir si la plaignante tentait délibérément de tromper la cour. Même s'il avait été fourni avec sincérité, le témoignage de la plaignante, qui était inexact du point de vue du juge, devait être pris en compte dans l'appréciation de sa crédibilité. Le témoignage a été déclaré inexact, mais aucune analyse n'a été faite quant à savoir comment les erreurs importantes ont pu être subsumées sous la conclusion qu'elles ne minaient pas sa crédibilité parce qu'elles n'étaient pas délibérées. En termes simples, les motifs du juge du procès ne disent rien sur la façon dont il a surmonté les invraisemblances contenues dans le témoignage de la plaignante. [Je souligne.]

[13] En exigeant que le juge du procès relie chacune des erreurs dans le témoignage de la plaignante à sa conclusion ultime qu'elle était un témoin crédible en général, la Cour d'appel est passée à côté de la question fondamentale : les motifs, considérés à la lumière des questions en litige au procès et du dossier dans son ensemble, révèlent-ils le fondement des déclarations de culpabilité? À mon avis, la réponse à cette question est affirmative.

[14] Le juge du procès devait déterminer si l'ensemble de la preuve prouvait les allégations hors de tout doute raisonnable. Cette question reposait largement sur ses conclusions quant à la crédibilité de la plaignante et de l'accusé. Or, il ressort clairement des motifs du juge du procès que son verdict découlait de son acceptation du témoignage de la plaignante quant à savoir si les incidents s'étaient produits, de son rejet de la défense d'absence de possibilité de l'accusé, de sa conclusion selon laquelle l'accusé n'était pas un témoin crédible et du fait que l'ensemble de la preuve ne laissait aucun doute raisonnable dans son esprit. Il est également clair que, pour le juge du procès, les faiblesses du témoignage de la plaignante étaient le résultat compréhensible de sa tentative de se rappeler des événements survenus durant son enfance et que, de toute façon, elles se rapportaient à des questions accessoires, et non fondamentales.

[15] Le juge du procès a expliqué pourquoi, à son avis, les erreurs contenues dans le témoignage de la plaignante ne minaient pas sa crédibilité quant à la question fondamentale de savoir si les infractions avaient été commises. Il a affirmé qu'une grande partie de ce témoignage n'était pas contestée, que

were related to peripheral matters and that frailties in her testimony were attributable to the difficulty of recalling childhood events. It is thus reasonable to infer from the reasons that, despite any errors in the complainant's testimony, there remained a body of credible evidence capable of proving the offences beyond a reasonable doubt. The trial judge's reasons thus explain the basis for the verdict reached. In meeting this standard, the trial judge's reasons fulfilled their purposes. That being so, the Court of Appeal was not entitled to substitute its own view of the complainant's credibility (specifically, its concerns about her credibility being capable of raising a reasonable doubt) in the guise of impugning the sufficiency of the reasons.

### III. Conclusion

[16] I conclude that the basis for convicting the accused in this case is intelligible from the trial judge's reasons for judgment. Therefore, I would allow the appeal and restore the trial judge's verdict of guilty on all charges.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

les incohérences et les contradictions qu'il contenait se rapportaient à des questions accessoires et que ses faiblesses étaient attribuables à la difficulté de se souvenir d'événements survenus durant l'enfance. Il est donc raisonnable d'inférer des motifs que, malgré les erreurs qu'il contenait, le témoignage de la plaignante demeurerait une preuve crédible pouvant établir hors de tout doute raisonnable que les infractions avaient été commises. Les motifs du juge du procès expliquent donc les fondements du verdict rendu en l'espèce. En satisfaisant à ce critère, les motifs remplissent leurs fonctions. Cela étant, la Cour d'appel n'avait pas le droit d'imposer sa propre appréciation de la crédibilité de la plaignante (plus précisément, ses interrogations quant à la possibilité que la crédibilité de la plaignante soulève un doute raisonnable) sous le couvert de l'insuffisance des motifs.

### III. Conclusion

[16] Je conclus que les motifs du juge du procès permettent de comprendre le fondement de la déclaration de culpabilité de l'accusé. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict de culpabilité prononcé par le juge du procès à l'égard de toutes les accusations.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**F.H. Appellant**

v.

**Ian Hugh McDougall Respondent**

- and -

**F.H. Appellant**

v.

**The Order of the Oblates of Mary  
Immaculate in the Province of British  
Columbia Respondent**

- and -

**F.H. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
Canada as represented by the Minister  
of Indian Affairs and Northern  
Development Respondent****INDEXED AS: F.H. v. MCDOUGALL****Neutral citation: 2008 SCC 53.**

File No.: 32085.

2008: May 15; 2008: October 2.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish,  
Abella, Charron and Rothstein JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA***Evidence — Standard of proof — Allegations of  
sexual assault in a civil case — Inconsistencies in com-  
plainant's testimony — Whether Court of Appeal erred  
in holding trial judge to standard of proof higher than  
balance of probabilities.***F.H. Appellant**

c.

**Ian Hugh McDougall Intimé**

- et -

**F.H. Appellant**

c.

**The Order of the Oblates of Mary  
Immaculate in the Province of British  
Columbia Intimé**

- et -

**F.H. Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada, représentée par le ministre  
des Affaires indiennes et du Nord  
canadien Intimée****RÉPERTORIÉ : F.H. c. MCDOUGALL****Référence neutre : 2008 CSC 53.**

N° du greffe : 32085.

2008 : 15 mai; 2008 : 2 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE***Preuve — Norme de preuve — Allégations d'agression  
sexuelle formulées dans une instance civile — Contra-  
dictions dans le témoignage du demandeur — La Cour  
d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la juge du procès  
aurait dû appliquer une norme de preuve plus stricte que  
celle de la prépondérance des probabilités?*

*Evidence — Corroborative evidence — Allegations of sexual assault in a civil case — Whether victim must provide independent corroborating evidence.*

*Appeals — Standard of review — Applicable standard of appellate review on questions of fact and credibility.*

From 1966 to 1974, H was a resident of the Sechelt Indian Residential School in British Columbia, an institution operated by the Oblates of Mary Immaculate and funded by the Canadian government. M was an Oblate Brother at the school and also the junior and intermediate boys' supervisor from 1965 to 1969. H claimed to have been sexually assaulted by M in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. These assaults were alleged to have occurred when the children were lined up and brought, one by one, into the washroom to be inspected by the supervisors for cleanliness. H told no one about the assaults until 2000, when he confided in his wife. He then commenced this action against the respondents. Despite inconsistencies in his testimony as to the frequency and gravity of the sexual assaults, the trial judge found that H was a credible witness and concluded that he had been anally raped by M on four occasions during the 1968-69 school year. In addition, she found that M had physically assaulted H by strapping him on numerous occasions. A majority of the Court of Appeal overturned the decision with respect to the sexual assaults on the grounds that the trial judge had failed to consider the serious inconsistencies in H's testimony in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard of proof that was "commensurate with the allegation", and had failed to scrutinize the evidence in the manner required.

*Held:* The appeal should be allowed and the trial judge's decision restored.

There is only one standard of proof in a civil case and that is proof on a balance of probabilities. Although there has been some suggestion in the case law that the criminal burden applies or that there is a shifting standard of proof, where, as here, criminal or morally blameworthy conduct is alleged, in Canada, there are no degrees of probability within that civil standard. If a trial judge expressly states the correct standard of proof, or does not express one at all, it will be presumed that the correct standard was applied unless it can be demonstrated that an incorrect standard was applied. Further, the appellate court must ensure that it does not substitute its own view of the facts with that of the trial judge in determining whether the correct standard was

*Preuve — Corroboration — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Le témoignage de la victime doit-il faire l'objet d'une corroboration indépendante?*

*Appels — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable en appel aux questions de fait et de crédibilité.*

De 1966 à 1974, H a été pensionnaire au Pensionnat indien de Sechelt, en Colombie-Britannique, un établissement dirigé par les Oblats de Marie Immaculée et financé par l'État canadien. Frère oblat au pensionnat, M a été surveillant des garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermédiaire de 1965 à 1969. H a prétendu qu'à l'âge d'environ 10 ans, M l'avait agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Selon son témoignage, les enfants formaient des rangs et étaient emmenés à tour de rôle dans les toilettes pour que le surveillant s'assure de leur propreté : c'est alors qu'ils étaient agressés sexuellement. H n'a révélé les agressions subies qu'en 2000, se confiant alors à son épouse. Il a ensuite intenté son action contre les intimés. Malgré les contradictions de son témoignage quant à la fréquence et à la gravité des agressions sexuelles, la juge du procès a conclu à sa crédibilité en tant que témoin et déterminé que M l'avait sodomisé quatre fois pendant l'année scolaire 1968-1969. Elle a par ailleurs conclu que M avait agressé H physiquement en le frappant avec une lanterne en cuir à de nombreuses occasions. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé sa décision quant aux agressions sexuelles au motif qu'elle avait omis de prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de H pour déterminer si les agressions sexuelles avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation » et qu'elle n'avait pas examiné la preuve aussi attentivement qu'elle l'aurait dû.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

Dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence ait donné à penser que la norme pénale ou une norme variable s'applique lorsque, comme en l'espèce, un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué, au Canada, la norme de preuve civile ne comporte pas de degrés de probabilité. Lorsque le juge du procès énonce expressément la bonne norme de preuve ou qu'il ne renvoie à aucune, il est présumé avoir appliqué la bonne, sauf preuve du contraire. Aussi, lorsqu'elle détermine si la bonne norme a été appliquée, la cour d'appel doit veiller à ne pas substituer sa propre interprétation des faits à celle du juge du procès. Dans toute instance civile, le

applied. In every civil case, a judge should be mindful of, and, depending on the circumstances, may take into account, the seriousness of the allegations or consequences or inherent improbabilities, but these considerations do not alter the standard of proof. One legal rule applies in all cases and that is that the evidence must be scrutinized with care by the trial judge in deciding whether it is more likely than not that an alleged event has occurred. Further, the evidence must always be clear, convincing and cogent in order to satisfy the balance of probabilities test. In serious cases such as this one, where there is little other evidence than that of the plaintiff and the defendant, and the alleged events took place long ago, the judge is required to make a decision, even though this may be difficult. Appellate courts must accept that if a responsible trial judge finds for the plaintiff, the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test. In this case, the Court of Appeal erred in holding the trial judge to a higher standard of proof. This is sufficient to decide the appeal. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

In finding that the trial judge failed to scrutinize H's evidence in the manner required by law, in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances, the Court of Appeal also incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge. Assessing credibility is clearly in the bailiwick of the trial judge for which he or she must be accorded a heightened degree of deference. Where proof is on a balance of probabilities, there is no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge must not consider the plaintiff's evidence in isolation, but should consider the totality of the evidence in the case, and assess the impact of any inconsistencies on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case. It is apparent from her reasons that the trial judge recognized this obligation upon her, and while she did not deal with every inconsistency, she did address in a general way the arguments put forward by the defence. Despite significant inconsistencies in his testimony concerning the frequency and severity of the sexual assaults, and the differences between his trial evidence and answers on previous occasions, the trial judge found that H was nevertheless a credible witness. Where a trial judge demonstrates that he or she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court. Here, the Court of Appeal

juge doit avoir présentes à l'esprit — et, selon les circonstances, il peut les prendre en compte — la gravité des allégations ou de leurs conséquences, ou encore, l'improbabilité intrinsèque, mais ces considérations ne modifient pas la norme de preuve. Une seule règle de droit vaut dans tous les cas : le juge du procès doit examiner attentivement la preuve pour décider si, selon toute vraisemblance, l'événement allégué a eu lieu. En outre, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, lorsque la preuve consiste essentiellement dans les témoignages du demandeur et du défendeur, et que les faits allégués se sont produits longtemps auparavant, aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, la cour d'appel doit tenir pour acquis que la preuve était suffisamment claire et convaincante pour qu'il conclue au respect du critère de la prépondérance des probabilités. En l'espèce, la Cour d'appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

En concluant que la juge du procès avait omis d'examiner le témoignage de H aussi attentivement qu'elle l'aurait dû légalement, à la lumière des contradictions du témoignage et de l'absence d'élément circonstanciel le corroborant, la Cour d'appel a également substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès. Il incombe clairement au juge du procès d'apprécier la crédibilité d'un témoin, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Lorsque la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, il n'y a pas de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve et déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige. Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu cette obligation, et bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense. Malgré les contradictions importantes du témoignage de H sur la fréquence et la gravité des agressions sexuelles, ainsi que les divergences entre son témoignage au procès et les réponses données précédemment, la juge du procès a estimé que H était un témoin digne de foi. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin



identified no such error. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

In addition, while it is helpful and strengthens the evidence of the party relying on it, as a matter of law, in cases of oath against oath, there is no requirement that a sexual assault victim must provide independent corroborating evidence. Such evidence may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Also, incidents of sexual assault normally occur in private. Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration. In civil cases in which there is conflicting testimony, the judge must decide whether a fact occurred on a balance of probabilities, and provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result on an important issue because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on an important issue. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that are altogether denied by the defendant, as in this case. Here, the Court of Appeal was correct in finding that the trial judge did not ignore M's evidence or marginalize him, but simply believed H on essential matters rather than M. [77] [80-81] [86] [96]

Finally, an unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at, but that does not make the reasons inadequate. Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been. The Court of Appeal found that the trial judge's reasons showed why she arrived at her conclusion that H had been sexually assaulted by M. Its conclusion that the trial judge's reasons were adequate should not be disturbed. [100-101]

#### Cases Cited

**Applied:** *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320;

était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas relevé pareille erreur. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

Par ailleurs, même si la corroboration indépendante est utile et étoffe la preuve offerte, elle ne s'impose pas légalement lorsque, dans une affaire d'agression sexuelle, c'est la parole de la victime contre celle du défendeur. Il est possible qu'il ne puisse y avoir de corroboration, surtout lorsque les faits allégués se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé. Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Dans une affaire d'agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu'il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, le juge doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration. Au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S'il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d'une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l'autre partie. Croire une partie suppose alors explicitement ou non que l'on ne croit pas l'autre sur le point important en litige. C'est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, le demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge du procès n'avait pas ignoré le témoignage de M ni marginalisé ce dernier, mais qu'elle avait simplement cru H plutôt que M sur des points importants. [77] [80-81] [86] [96]

Enfin, la partie qui n'a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s'il ne l'a pas crue. Il faut reconnaître qu'il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l'origine de sa décision, mais ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Les motifs ne sont pas non plus insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être. La Cour d'appel a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que H avait été agressé sexuellement par M. Les motifs de la juge du procès étaient suffisants et ils ne doivent pas être modifiés. [100-101]

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Hanes c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *R. c. Lifchus*, [1997]

*H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34; *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51; **referred to**: *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274.  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(1).

#### Authors Cited

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. "Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 455.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Rowles and Ryan JJ.) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) v. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, allowing the appeal against Gill J.'s decision in the case of sexual assault but dismissing the appeal from her finding of physical assault, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. v. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Appeal allowed.

3 R.C.S. 320; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34; *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51; **arrêts mentionnés**: *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30; *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 139(1).  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(4)(1).  
*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125.

#### Doctrine citée

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. « Balancing Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 455.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Rowles et Ryan) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) c. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, accueillant l'appel contre la décision de la juge Gill quant à l'allégation d'agression sexuelle, mais le rejetant quant à l'allégation d'agression physique, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. c. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Pourvoi accueilli.

*Allan Donovan, Karim Ramji and Niki Sharma*, for the appellant.

*Bronson Toy*, for the respondent Ian Hugh McDougall.

*F. Mark Rowan*, for the respondent The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia.

*Peter Southey and Christine Mohr*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The Supreme Court of British Columbia found in a civil action that the respondent, Ian Hugh McDougall, a supervisor at the Sechelt Indian Residential School, had sexually assaulted the appellant, F.H., while he was a student during the 1968-69 school year. A majority of the British Columbia Court of Appeal allowed the respondent's appeal in part, and reversed the decision of the trial judge. I would allow the appeal to this Court and restore the judgment of the trial judge.

#### I. Facts

[2] The Sechelt Indian Residential School was established in 1904 in British Columbia. It was funded by the Canadian government and operated by the Oblates of Mary Immaculate. F.H. was a resident student at the school from September 1966 to March 1967 and again from September 1968 to June 1974. Ian Hugh McDougall was an Oblate Brother until 1970 and was the junior and intermediate boys' supervisor at the school from 1965 to 1969.

[3] The school building had three stories. Dormitories for junior and senior boys were located on the top floor. A supervisors' washroom was also located on the top floor and was accessible through a washroom for the boys. The intermediate boys' dormitory was on the second floor. McDougall had a room in the corner of that dormitory.

*Allan Donovan, Karim Ramji et Niki Sharma*, pour l'appelant.

*Bronson Toy*, pour l'intimé Ian Hugh McDougall.

*F. Mark Rowan*, pour l'intimé The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia.

*Peter Southey et Christine Mohr*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans le cadre d'une poursuite au civil, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que pendant l'année scolaire 1968-1969, l'intimé Ian Hugh McDougall, surveillant au Pensionnat indien de Sechelt, avait agressé sexuellement l'appelant, F.H., un ancien élève de l'établissement. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont accueilli en partie l'appel de l'intimé et infirmé la décision de la juge du procès. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

#### I. Faits

[2] Le Pensionnat indien de Sechelt a vu le jour en Colombie-Britannique en 1904. Son financement était assuré par l'État canadien, et sa direction, par les Oblats de Marie Immaculée. F.H. y a séjourné de septembre 1966 à mars 1967, ainsi que de septembre 1968 à juin 1974. Frère Oblat jusqu'en 1970, Ian Hugh McDougall y a été surveillant des garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermédiaire de 1965 à 1969.

[3] L'établissement comptait trois étages. Les dortoirs des garçons les plus jeunes et des plus âgés étaient situés à l'étage supérieur. Les toilettes des surveillants se trouvaient également à l'étage supérieur et on pouvait y avoir accès par les toilettes des pensionnaires. Le dortoir des garçons d'âge intermédiaire était situé au deuxième étage, et la chambre de M. McDougall s'y trouvait dans un angle.

[4] F.H. claims to have been sexually assaulted by McDougall in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. At trial, he testified that McDougall sexually abused him on four occasions. The trial judge set out his evidence of these incidents at paras. 34-38 of her reasons:

As to the first occasion, F.H. had been in the dormitory with others. The defendant asked four boys to go upstairs to the main washroom where they were to wait before going to the supervisors' washroom for an examination. F.H. was the last to go into the washroom to be examined. When he went in, he was asked to remove his pyjamas and while facing the defendant, he was checked from head to toe. His penis was fondled. The defendant then turned him around, asked him to bend over and put his finger in his anus. He removed his clothing, grabbed F.H. around the waist, pulled him onto his lap and raped him. The defendant had put the cover of the toilet down and was using it as a seat. After the defendant ejaculated, he told the plaintiff to put on his pyjamas and leave the room.

F.H. was shocked. He did not cry or scream, nor did he say anything. When he went to the main communal washroom, he could see that he was bleeding. The next morning, he noticed blood in his pyjamas. He went downstairs to the boys' washroom and changed. The bloody pyjamas were rinsed and placed in his locker.

The second incident was approximately two weeks after the first. F.H. was in the dormitory getting ready for bed when the defendant asked him to go to the supervisors' washroom so he could do an examination. There were no other boys present. F.H. was asked to remove his pyjamas and again, he was raped. He went to the communal washroom to clean himself up. In the morning, he realized that his pyjamas were bloody. As it was laundry day, he threw his pyjamas in the laundry bin with the sheets.

The third incident occurred approximately one month later. F.H. testified that once again he was asked to go to the supervisors' washroom, remove his pyjamas and turn around. Again, the defendant grabbed him by the waist and raped him. He was bleeding, but could not recall whether there was blood on his pyjamas.

The fourth incident occurred approximately one month after the third. As he was getting ready for bed, the defendant grabbed him by the shoulder and took

[4] F.H. prétend qu'à l'âge d'environ 10 ans, M. McDougall l'a agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Au procès, il a dit avoir subi quatre agressions. La juge du procès relate son témoignage aux par. 34-38 de ses motifs :

[TRADUCTION] La première fois, F.H. se trouvait dans le dortoir avec d'autres garçons. Le défendeur a demandé à quatre d'entre eux de se rendre aux toilettes principales à l'étage supérieur et d'attendre avant d'aller dans les toilettes des surveillants pour un examen. F.H. a été le dernier à s'y présenter. Le défendeur lui a demandé de retirer son pyjama et, alors que F.H. était de face, il l'a examiné des pieds à la tête. Il a caressé son pénis. Le défendeur l'a ensuite retourné, lui a demandé de se pencher et a inséré son doigt dans son anus. Le défendeur a enlevé ses vêtements, a empoigné F.H. par la taille, l'a mis sur ses genoux et l'a violé. Il avait rabattu le couvercle de la toilette, sur lequel il s'était assis. Après avoir éjaculé, il a dit au demandeur de remettre son pyjama et de quitter la pièce.

F.H. était sous le choc. Il n'a ni pleuré ni crié; il est demeuré silencieux. Lorsqu'il s'est rendu aux toilettes communes principales, il a constaté qu'il saignait. Le lendemain matin, il a remarqué la présence de sang dans son pyjama. Il est descendu aux toilettes des garçons et il s'est changé. Il a rincé son pyjama et l'a rangé dans son casier.

La deuxième agression s'est produite environ deux semaines plus tard. F.H. se trouvait dans le dortoir et se préparait à aller au lit lorsque le défendeur lui a dit de se rendre aux toilettes des surveillants pour un examen. Aucun autre garçon n'était présent. Il a demandé à F.H. d'enlever son pyjama, puis il l'a encore une fois violé. F.H. s'est rendu aux toilettes communes pour se laver. Le lendemain matin, il a constaté que son pyjama était taché de sang. Comme c'était jour de lessive, il a déposé son pyjama dans le panier à linge avec les draps.

La troisième agression a eu lieu environ un mois plus tard. Dans son témoignage, F.H. a dit qu'on lui avait une fois de plus demandé d'aller dans les toilettes des surveillants, d'enlever son pyjama et de se retourner. Encore une fois, le défendeur l'avait empoigné par la taille et l'avait violé. Il avait saigné, mais il ne se souvient pas s'il y avait des taches de sang sur son pyjama.

La quatrième agression est survenue environ un mois après la troisième. Alors que F.H. se préparait à aller au lit, le défendeur l'a saisi par les épaules et l'a emmené à

him upstairs to the supervisors' washroom. Another rape occurred.

[2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. did not tell anyone about the assaults until approximately the year 2000. He and his wife were having marital difficulties. She had learned of his extra-marital affair. He testified that because of the problems in his marriage he felt he had to tell his wife about his childhood experience. At his wife's recommendation, he sought counselling.

[6] F.H. commenced his action against the respondents on December 7, 2000, approximately 31 years after the alleged sexual assaults. In British Columbia there is no limitation period applicable to a cause of action based on sexual assault and the action may be brought at any time (see *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(1)).

## II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] F.H.'s action was joined with the action of R.C., another former resident of the school who made similar claims against the same parties. The parties agreed to have a trial on the following discrete issues of fact:

- (1) Was either plaintiff physically or sexually abused while he attended the school?
- (2) If the plaintiff was abused
  - (a) by whom was he abused?
  - (b) when did the abuse occur? and
  - (c) what are the particulars of the abuse?

[8] The trial judge, Gill J., began her reasons by noting that the answer to the questions agreed to by the parties depended on findings as to credibility and reliability. Few issues of law were raised. She referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, in

l'étage supérieur dans les toilettes des surveillants. Un autre viol a été commis.

([2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. n'a révélé les agressions subies que vers l'année 2000. Il vivait à ce moment des difficultés conjugales après que son épouse eut appris son infidélité. Il a témoigné qu'il avait alors ressenti le besoin de confier ce qu'il avait vécu enfant. Sur les conseils de son épouse, il a consulté une thérapeute.

[6] F.H. a intenté son action contre les intimés le 7 décembre 2000, soit environ 31 ans après les agressions sexuelles alléguées. En Colombie-Britannique, aucun délai de prescription ne s'applique à la poursuite pour agression sexuelle, et celle-ci peut être intentée à tout moment (voir la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, al. 3(4)(1)).

## II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] L'action de F.H. et celle de R.C., un autre ancien pensionnaire ayant formulé des allégations apparentées contre les mêmes parties, ont été réunies. Les parties ont convenu que l'instruction porterait sur les questions de fait suivantes :

### [TRADUCTION]

- (1) L'un ou l'autre des demandeurs a-t-il été agressé physiquement ou sexuellement alors qu'il était pensionnaire?
- (2) Dans l'affirmative,
  - a) qui l'a agressé,
  - b) à quel moment et
  - c) dans quelles circonstances?

[8] Après avoir présidé le procès, la juge Gill a d'abord fait remarquer dans ses motifs que la réponse à ces questions dépendait de la crédibilité attribuée aux témoignages. Peu de questions de droit étaient en cause. Elle a cité la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J.

which the court stated that in cases involving serious allegations and grave consequences, the civil standard of proof that is “commensurate with the occasion” applied (para. 4).

[9] The trial judge then went on to review the testimony of each plaintiff, McDougall and others who worked at the school or were former students. McDougall denied the allegations of sexual abuse and testified that he could not recall ever strapping F.H. He also denied ever conducting physical examinations of the boys and gave evidence that boys were not taken into the supervisors’ washroom.

[10] In determining whether F.H. was sexually assaulted, the trial judge dealt with the arguments of the defence that F.H.’s evidence was neither reliable nor credible. Gill J. rejected the defence’s position that F.H.’s inability to respond to certain questions should lead to an adverse conclusion regarding the reliability of his evidence. She found F.H.’s testimony credible while acknowledging that the commission of the assaults in the manner described by F.H. would have carried with it a risk of detection. Gill J. also rejected the contention of defence counsel that F.H.’s motive to lie must weigh heavily against his credibility. Rather she agreed with counsel for F.H. that the circumstances surrounding his disclosure were not suggestive of concoction.

[11] The trial judge pointed out areas of consistency and inconsistency between F.H.’s testimony and that of the other students at the school. She also noted that there were significant discrepancies in the evidence given by F.H. as to the frequency of the abuse. At trial, F.H. said there were four incidents. On previous occasions, he said the abuse occurred every two weeks or ten days. Despite these inconsistencies, the trial judge concluded F.H. was a credible witness and stated that his evidence about “the nature of the assaults, the location and the times they occurred” had been consistent (para. 112). She concluded that F.H. had been sexually abused by McDougall, the sexual assaults

No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, établissant que dans un cas d’allégations graves aux conséquences sérieuses, il y avait lieu d’appliquer la norme de preuve civile qui est [TRADUCTION] « proportionnée aux circonstances » (par. 4).

[9] La juge du procès a ensuite considéré le témoignage de chacun des demandeurs, celui de M. McDougall et ceux d’autres personnes ayant travaillé au pensionnat ou y ayant séjourné. M. McDougall a nié les allégations d’agression sexuelle et dit ne pas se rappeler avoir même frappé F.H. une seule fois avec une lanière en cuir. Il a aussi nié avoir jamais procédé à des examens corporels et il a déclaré que les garçons n’étaient pas emmenés dans les toilettes des surveillants.

[10] Pour déterminer si F.H. avait été agressé sexuellement, la juge Gill a soupesé la prétention de la défense selon laquelle le témoignage de F.H. n’était ni fiable ni crédible. Elle a rejeté la thèse voulant que le tribunal doive conclure à la non-fiabilité du témoignage de F.H. en raison de l’incapacité de ce dernier de répondre à certaines questions. Elle a tenu le témoignage de F.H. pour digne de foi tout en reconnaissant que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle a par ailleurs rejeté la prétention de la défense selon laquelle l’intérêt de F.H. à mentir minait grandement sa crédibilité. Elle a plutôt convenu avec le demandeur que les circonstances de la révélation des agressions ne suggéraient pas la fabrication.

[11] La juge a relevé les éléments de concordance et de divergence entre les témoignages de F.H. et ceux des autres pensionnaires. Elle a aussi noté des contradictions importantes dans le témoignage de F.H. sur la fréquence des agressions. Au procès, F.H. avait fait état de quatre agressions, alors qu’il avait dit auparavant qu’elles avaient eu lieu toutes les deux semaines ou tous les dix jours. La juge a néanmoins conclu à sa crédibilité en tant que témoin et à la constance de son témoignage concernant [TRADUCTION] « la nature des agressions ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites » (par. 112). À son avis, il y avait eu agressions sexuelles, M. McDougall ayant sodomisé F.H.

being four incidents of anal intercourse committed during the 1968-69 school year.

[12] In relation to the issue of physical abuse, the trial judge limited herself to deciding whether the plaintiffs had proved that they were strapped while at school. To answer this question, the trial judge reviewed the evidence of McDougall and the testimony of another Brother employed at the school as well as the testimony of several of F.H.'s fellow students. She concluded that strapping was a common form of discipline and that it was not used only in response to serious infractions. She concluded that F.H. was strapped by McDougall an undetermined number of times while at the school.

[13] With respect to the claims made by R.C., the trial judge found that he had not proven that he had been sexually assaulted, but found that he had been strapped by a person other than McDougall.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] The decision of the Court of Appeal was delivered by Rowles J.A., with Southin J.A. concurring. Ryan J.A. dissented.

(1) Reasons of Rowles J.A.

[15] Rowles J.A. concluded that McDougall's appeal from that part of the order finding that he had sexually assaulted F.H. should be allowed; however his appeal from that part of the order finding that he had strapped F.H. should be dismissed.

[16] Rowles J.A. found that it was obvious that the trial judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made, i.e. proof that is "commensurate with the occasion". However, in her view, the trial judge was bound to consider the serious inconsistencies in the evidence of F.H. in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard "commensurate with the allegation". She found that the trial judge did

à quatre reprises pendant l'année scolaire 1968-1969.

[12] Pour ce qui est des sévices physiques, la juge du procès s'est seulement demandé si les demandeurs avaient prouvé les coups infligés avec une lanière en cuir pendant leur séjour au pensionnat. Elle a considéré le témoignage de M. McDougall, celui d'un autre frère employé au pensionnat, ainsi que ceux d'autres anciens pensionnaires. Elle a conclu qu'il s'agissait d'un châtement courant au pensionnat, qu'il n'était pas réservé aux auteurs de manquements graves et que M. McDougall l'avait infligé à F.H. un nombre indéterminé de fois.

[13] En ce qui concerne R.C., la juge du procès a conclu qu'il n'avait pas prouvé les agressions sexuelles alléguées et qu'une autre personne que M. McDougall l'avait frappé avec une lanière en cuir.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] La décision de la Cour d'appel a été rendue par la juge Rowles, avec l'appui de la juge Southin, la juge Ryan inscrivant sa dissidence.

(1) Motifs de la juge Rowles

[15] La juge Rowles a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel interjeté par M. McDougall quant à la conclusion qu'il avait agressé sexuellement F.H., mais non quant à celle qu'il l'avait frappé avec une lanière en cuir.

[16] Selon elle, la juge du procès connaissait manifestement la jurisprudence sur la norme de preuve applicable dans une affaire d'allégations d'actes moralement répréhensibles, à savoir une norme « proportionnée aux circonstances ». Toutefois, à son avis, elle aurait dû prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de F.H. pour déterminer si les agressions sexuelles alléguées avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation ». Elle a conclu que la juge du procès n'avait pas examiné la

not scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law.

[17] In allowing the appeal in respect of the sexual assaults alleged by F.H., Rowles J.A. was of the opinion that in view of the state of the evidence on that issue, no practical purpose would be served by ordering a new trial.

(2) Concurring Reasons of Southin J.A.

[18] In her concurring reasons, Southin J.A. discussed the “troubling aspect” of the case — “how, in a civil case, is the evidence to be evaluated when it is oath against oath, and what is the relationship of the evaluation of the evidence to the burden of proof?” (para. 84).

[19] Southin J.A. held that it was of central importance that the gravity of the allegations be forefront in the trier of fact’s approach to the evidence. It was not enough, in her view, to choose the testimony of the plaintiff over that of the defendant. Instead, “[t]o choose one over the other . . . requires . . . an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff” (para. 106). Moreover, Southin J.A. found that Cory J.’s rejection in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, of the “either/or” approach to evaluating evidence of the Crown and the accused as to the conduct of the accused in criminal cases also applied to civil cases.

[20] In the end, she could not find in the trial judge’s reasons a “legally acceptable articulated reason for accepting the plaintiff’s evidence and rejecting the defendants’ evidence” (para. 112).

(3) Dissenting Reasons of Ryan J.A.

[21] While sharing the concerns of the majority about “the perils of assigning liability in cases where the events have occurred so long ago”, Ryan J.A. disagreed with the conclusion that the trial judge did not apply the proper standard of proof to her assessment of the evidence (para. 115).

preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit.

[17] En accueillant l’appel quant aux agressions sexuelles alléguées, la juge Rowles a estimé qu’il n’était pas utile d’ordonner la tenue d’un nouveau procès étant donné la teneur de la preuve offerte à cet égard.

(2) Motifs concordants de la juge Southin

[18] Dans ses motifs concordants, la juge Southin se penche sur l’[TRADUCTION] « aspect préoccupant » de l’affaire : « dans une instance civile, comment doit-on apprécier la preuve constituée de témoignages opposés et quelle relation doit s’établir entre l’appréciation de la preuve et le fardeau de la preuve? » (par. 84).

[19] Selon la juge Southin, il importait au plus haut point que le juge appelé à apprécier la preuve demeure conscient de la gravité des allégations. Il ne suffisait pas de préférer le témoignage du demandeur à celui du défendeur, car [TRADUCTION] « préférer [ce] témoignage à [l’]autre [. . .] exige [. . .] qu’un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie » (par. 106). De plus, elle a statué que dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, la conclusion du juge Cory selon laquelle il n’y avait pas d’obligation de choisir entre la preuve de la poursuite et celle de l’accusé s’appliquait également en matière civile.

[20] Finalement, elle n’a pas relevé dans les motifs de la juge du procès [TRADUCTION] « de motif convaincant et valable en droit d’ajouter foi au témoignage du demandeur et d’écarter ceux des défendeurs » (par. 112).

(3) Motifs dissidents de la juge Ryan

[21] Même si elle partage les préoccupations des juges majoritaires concernant [TRADUCTION] « le risque d’imputer une responsabilité pour des faits survenus il y a aussi longtemps », la juge Ryan se refuse à conclure que la juge du procès n’a pas appliqué la bonne norme de preuve (par. 115).



[22] Ryan J.A. noted that the trial judge set out the test — a standard of proof commensurate with the occasion — early in her reasons. “Having set out the proper test, we must assume that she properly applied it, unless her reasons demonstrate otherwise” (para. 116).

[23] In the view of Ryan J.A., alleging that the trial judge misapplied the standard of proof to her assessment of the evidence was to say that the trial judge erred in her findings of fact. To overturn the trial judge’s findings of fact, the appellate court must find that the trial judge made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence or drew unreasonable conclusions from it.

[24] Ryan J.A. was of the view that the trial judge had made no such error. The trial judge had acknowledged the most troubling aspect of F.H.’s testimony — that it was not consistent with earlier descriptions of the abuse — and decided that at its core, the testimony was consistent and truthful. The inconsistencies were not overlooked by the trial judge.

[25] Having found no error in the reasons for judgment, Ryan J.A. was of the view that the Court of Appeal should have deferred to the conclusions of the trial judge. Accordingly, she would have dismissed the appeal.

### III. Analysis

#### A. *The Standard of Proof*

##### (1) Canadian Jurisprudence

[26] Much has been written as judges have attempted to reconcile the tension between the civil standard of proof on a balance of probabilities and cases in which allegations made against a defendant are particularly grave. Such cases include allegations of fraud, professional misconduct, and criminal conduct, particularly sexual assault against minors. As explained by L. R. Rothstein, R. A. Centa and E. Adams, in “Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard

[22] Elle signale qu’au début de ses motifs, la juge du procès énonce le critère applicable, celui de la norme de preuve proportionnée aux circonstances : [TRADUCTION] « une fois le bon critère établi, il faut supposer qu’elle l’a correctement appliqué, à moins que ses motifs n’indiquent le contraire » (par. 116).

[23] Selon elle, prétendre que la juge du procès a mal appliqué la norme aux faits mis en preuve revient à dire qu’elle a tiré des conclusions de fait erronées. Or, pour infirmer des conclusions de fait, une cour d’appel doit constater qu’une erreur manifeste a été commise, qu’un élément de preuve déterminant ou pertinent n’a pas été pris en compte ou que des conclusions déraisonnables ont été tirées de la preuve.

[24] La juge Ryan estime que la juge du procès n’a pas commis de telles erreurs. Cette dernière a reconnu l’aspect le plus préoccupant du témoignage de F.H. — sa divergence avec les descriptions antérieures des agressions — et elle a conclu que, pour l’essentiel, le témoignage était constant et digne de foi. Elle n’a donc pas fait abstraction des contradictions.

[25] À défaut d’erreur entachant les motifs de la décision contestée, la juge Ryan a conclu que la Cour d’appel aurait dû respecter les conclusions de la juge du procès. Elle était donc d’avis de rejeter l’appel.

### III. Analyse

#### A. *La norme de preuve*

##### (1) La jurisprudence canadienne

[26] Les efforts des tribunaux pour résoudre les difficultés que pose l’application de la norme de preuve civile de la prépondérance des probabilités dans une affaire où les faits reprochés au défendeur sont particulièrement graves — comme la fraude, la faute professionnelle ou le comportement criminel, en particulier l’agression sexuelle d’un mineur — ont suscité de nombreux commentaires. Comme l’expliquent L. R. Rothstein, R. A. Centa et E. Adams dans leur article intitulé « Balancing

of Proof” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 455, at p. 456:

These types of allegations are considered unique because they carry a moral stigma that will continue to have an impact on the individual after the completion of the case.

[27] Courts in British Columbia have tended to follow the approach of Lord Denning in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.). Lord Denning was of the view that within the civil standard of proof on a balance of probabilities “there may be degrees of probability within that standard” (p. 459), depending upon the subject matter. He stated:

It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion. [p. 459]

[28] In the present case the trial judge referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, at para. 154, in which Neilson J. stated:

The court is justified in imposing a higher degree of probability which is “commensurate with the occasion”: . . . .

[29] In the constitutional context, Dickson C.J. adopted the *Bater* approach in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In his view a “very high degree of probability” required that the evidence be cogent and persuasive and make clear the consequences of the decision one way or the other. He wrote at p. 138:

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, “commensurate with the occasion”. Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 455, p. 456 :

[TRADUCTION] Les allégations de cette nature sont jugées uniques parce qu’elles continuent de frapper l’intéressé d’un opprobre moral même après le dénouement de l’instance.

[27] Les tribunaux de la Colombie-Britannique se sont généralement rangés à l’avis exprimé par lord Denning dans l’arrêt *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à savoir que la norme civile de la prépondérance des probabilités [TRADUCTION] « peut comporter des degrés de probabilité » (p. 459), selon l’objet du litige. Voici ce qu’il a dit :

[TRADUCTION] [Une cour civile] n’adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu’elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances. [p. 459]

[28] En l’espèce, la juge du procès a cité les propos suivants de la juge Neilson dans la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, par. 154 :

[TRADUCTION] La cour est justifiée d’exiger un degré de probabilité plus élevé qui soit « proportionné aux circonstances » : . . . .

[29] Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur une question d’ordre constitutionnel, le juge en chef Dickson s’est rallié à l’approche formulée dans l’arrêt *Bater*. À son avis, un « degré très élevé de probabilité » exigeait que la preuve soit forte et persuasive et qu’elle fasse ressortir nettement les conséquences de la décision quelle qu’elle soit (p. 138) :

Compte tenu du fait que l’article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l’expression de lord Denning, « proportionné aux circonstances ». Lorsqu’une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d’une analyse en vertu de l’article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d’une décision d’imposer ou de ne pas imposer la restriction.

[30] However, a “shifting standard” of probability has not been universally accepted. In *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, Laskin C.J. rejected a “shifting standard”. Rather, to take account of the seriousness of the allegation, he was of the view that a trial judge should scrutinize the evidence with “greater care”. At pp. 169-71 he stated:

Where there is an allegation of conduct that is morally blameworthy or that could have a criminal or penal aspect and the allegation is made in civil litigation, the relevant burden of proof remains proof on a balance of probabilities. . . .

. . . There is necessarily a matter of judgment involved in weighing evidence that goes to the burden of proof, and a trial judge is justified in scrutinizing evidence with greater care if there are serious allegations to be established by the proof that is offered. . . .

I do not regard such an approach (the *Bater* approach) as a departure from a standard of proof based on a balance of probabilities nor as supporting a shifting standard. The question in all civil cases is what evidence with what weight that is accorded to it will move the court to conclude that proof on a balance of probabilities has been established.

[31] In Ontario Professional Discipline cases, the balance of probabilities requires that proof be “clear and convincing and based upon cogent evidence” (see *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 53).

## (2) Recent United Kingdom Jurisprudence

[32] In the United Kingdom some decisions have indicated that depending upon the seriousness of the matters involved, even in civil cases, the criminal standard of proof should apply. In *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, Lord Steyn said at para. 37:

. . . I agree that, given the seriousness of matters involved, at least some reference to the heightened civil

[30] Une « norme variable » de probabilité n’a toutefois pas fait l’unanimité. Dans l’arrêt *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, le juge en chef Laskin l’a en effet écartée. À son avis, pour tenir compte de la gravité de l’allégation, le juge du procès devait plutôt examiner la preuve « plus attentivement » (p. 169-171) :

Chaque fois qu’il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l’allégation se présente dans le cadre d’un litige civil, le fardeau de la preuve qui s’applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités. . . .

. . . L’appréciation des éléments de preuve se rapportant au fardeau de la preuve implique nécessairement une question de jugement, et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si la preuve offerte doit établir des allégations sérieuses. . . .

Je n’estime pas que ce point de vue [celui de l’arrêt *Bater*] s’écarte du principe d’une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités ni qu’il appuie une norme variable. La question dans toutes les affaires civiles est de savoir quelle preuve il faut apporter et quel poids lui accorder pour que la cour conclue qu’on a fait la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

[31] Suivant les décisions ontariennes rendues en matière de discipline professionnelle, la norme de la prépondérance des probabilités exige que la preuve soit [TRADUCTION] « claire et persuasive et qu’elle se fonde sur des éléments solides » (voir *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 53).

## (2) La jurisprudence britannique récente

[32] Au Royaume-Uni, il appert de certaines décisions que, selon la gravité des questions en jeu, la norme de preuve pénale s’applique même dans une affaire civile. Dans l’arrêt *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, lord Steyn s’exprime comme suit au par. 37 :

[TRADUCTION] . . . je conviens qu’en raison de la gravité des questions en jeu, il serait normalement nécessaire

standard would usually be necessary: *In re H (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, per Lord Nicholls of Birkenhead. For essentially practical reasons, the Recorder of Manchester decided to apply the criminal standard. The Court of Appeal said that would usually be the right course to adopt. Lord Bingham of Cornhill has observed that the heightened civil standard and the criminal standard are virtually indistinguishable. I do not disagree with any of these views. But in my view pragmatism dictates that the task of magistrates should be made more straightforward by ruling that they must in all cases under section 1 apply the criminal standard.

[33] Yet another consideration, that of “inherent probability or improbability of an event” was discussed by Lord Nicholls in *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), at p. 586:

... the inherent probability or improbability of an event is itself a matter to be taken into account when weighing the probabilities and deciding whether, on balance, the event occurred. The more improbable the event, the stronger must be the evidence that it did occur before, on the balance of probability, its occurrence will be established.

[34] Most recently in *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, a June 11, 2008 decision, the U.K. House of Lords again canvassed the issue of standard of proof. Subsequent to the hearing of the appeal, Mr. Southey, counsel for the Attorney General of Canada, with no objection from other counsel, brought this case to the attention of the Court.

[35] Lord Hoffmann addressed the “confusion” in the United Kingdom courts over this issue. He stated at para. 5:

Some confusion has however been caused by dicta which suggest that the standard of proof may vary with the gravity of the misconduct alleged or even the seriousness of the consequences for the person concerned. The cases in which such statements have been made fall into three categories. First, there are cases in which the court has for one purpose classified the proceedings as civil (for example, for the purposes of article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) but nevertheless thought that, because of the serious consequences of the

de faire appel, dans une certaine mesure, à la norme de preuve civile plus stricte : *In re H (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, lord Nicholls of Birkenhead. Essentiellement pour des raisons d'ordre pratique, le recorder de Manchester a décidé d'appliquer la norme pénale. La Cour d'appel a indiqué que ce choix est opportun dans la plupart des cas. Lord Bingham of Cornhill a fait remarquer que la norme civile plus stricte est presque identique à la norme appliquée au pénal. Je ne rejette aucun de ces points de vue. Mais à mon avis, le pragmatisme commande de faciliter la tâche des tribunaux en leur enjoignant d'appliquer la norme pénale dans toute affaire relative à l'article premier.

[33] Dans l'arrêt *In re H. (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), lord Nicholls aborde un autre aspect, celui de [TRADUCTION] « la probabilité ou [de] l'improbabilité intrinsèque d'un événement » (p. 586) :

[TRADUCTION] ... la probabilité ou l'improbabilité intrinsèque d'un événement est un élément à prendre en compte pour soupeser les probabilités et décider si, tout bien considéré, l'événement a eu lieu. Plus l'événement est improbable, plus la preuve offerte doit être forte pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités.

[34] Plus récemment, dans l'arrêt *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, rendu le 11 juin 2008, la Chambre des lords s'est de nouveau penchée sur la question de la norme de preuve. Après l'audition du présent pourvoi, l'avocat du procureur général du Canada, M<sup>e</sup> Southey, a porté cet arrêt à l'attention de notre Cour sans que les avocats des autres parties ne s'y opposent.

[35] Lord Hoffmann y fait état de la « confusion » qui règne au sein des tribunaux britanniques sur le sujet (par. 5) :

[TRADUCTION] Une certaine confusion a toutefois été créée par des décisions donnant à penser que la norme de preuve peut varier selon la gravité de la faute alléguée, voire celle des conséquences pour l'intéressé. Ces décisions appartiennent à trois catégories. Dans la première, le tribunal qualifie l'affaire de civile à une fin donnée (p. ex., pour l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales), mais il estime néanmoins, vu la gravité des conséquences de l'instance, que la norme de preuve pénale ou l'équivalent devrait s'appliquer. Dans

proceedings, the criminal standard of proof or something like it should be applied. Secondly, there are cases in which it has been observed that when some event is inherently improbable, strong evidence may be needed to persuade a tribunal that it more probably happened than not. Thirdly, there are cases in which judges are simply confused about whether they are talking about the standard of proof or about the role of inherent probabilities in deciding whether the burden of proving a fact to a given standard has been discharged.

[36] The unanimous conclusion of the House of Lords was that there is only one civil standard of proof. At para. 13, Lord Hoffmann states:

I think that the time has come to say, once and for all, that there is only one civil standard of proof and that is proof that the fact in issue more probably occurred than not.

However, Lord Hoffmann did not disapprove of application of the criminal standard depending upon the issue involved. Following his very clear statement that there is only one civil standard of proof, he somewhat enigmatically wrote, still in para. 13:

I do not intend to disapprove any of the cases in what I have called the first category, but I agree with the observation of Lord Steyn in *McCann's* case, at p. 812, that clarity would be greatly enhanced if the courts said simply that although the proceedings were civil, the nature of the particular issue involved made it appropriate to apply the criminal standard.

[37] Lord Hoffmann went on to express the view that taking account of inherent probabilities was not a rule of law. At para. 15 he stated:

I wish to lay some stress upon the words I have italicised [“to whatever extent is appropriate in the particular case”]. Lord Nicholls [*In re H*] was not laying down any rule of law. There is only one rule of law, namely that the occurrence of the fact in issue must be proved to have been more probable than not. Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

[38] *In re B* is a child case under the United Kingdom *Children Act 1989*. While her comments on standard of proof are confined to the 1989 Act, Baroness Hale explained that neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the

la deuxième catégorie, le tribunal opine que lorsqu'un événement est intrinsèquement improbable, de solides éléments de preuve peuvent être nécessaires pour le convaincre qu'il est plus probable que l'événement se soit produit que le contraire. Dans la troisième catégorie, le juge confond simplement la norme de preuve et le rôle de la probabilité intrinsèque pour décider si une partie s'est acquittée ou non du fardeau de la preuve au regard de la norme applicable.

[36] La Chambre des lords a conclu à l'unanimité à l'existence d'une seule norme de preuve en matière civile. Lord Hoffmann dit au par. 13 :

[TRADUCTION] Je pense que le temps est venu d'affirmer une fois pour toutes qu'il n'y a en matière civile qu'une seule norme de preuve : il doit être plus probable que le fait allégué s'est produit que le contraire.

Or, lord Hoffmann n'a pas désapprouvé l'application de la norme pénale selon la question en jeu. Après avoir très clairement énoncé qu'une seule norme de preuve s'appliquait en matière civile, il poursuit au par. 13 en tenant des propos plutôt énigmatiques :

[TRADUCTION] Je n'entends pas désapprouver l'une ou l'autre des décisions comprises dans la première catégorie, mais je conviens avec lord Steyn dans *McCann's*, p. 812 que ce serait beaucoup plus clair si les tribunaux disaient simplement que, même s'il s'agit d'une instance civile, vu la nature de la question en jeu, il est indiqué d'appliquer la norme pénale.

[37] Lord Hoffmann ajoute que la prise en compte de la probabilité intrinsèque ne constitue pas une règle de droit (par. 15) :

[TRADUCTION] J'insiste sur les mots que j'ai mis en italiques [« dans la mesure où cela est indiqué dans les circonstances »]. Lord Nicholls [dans *In re H*] n'a pas énoncé une règle de droit. Il n'existe qu'une seule règle de droit : il faut prouver qu'il est plus probable que le fait a eu lieu que le contraire. Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

[38] L'arrêt *In re B* a été rendu sous le régime de la *Children Act 1989* du Royaume-Uni. Bien que ses observations sur la norme de preuve applicable ne valent que pour cette loi, la baronne Hale explique que ni la gravité de l'allégation ni celle

consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. At paras. 70-72, she stated:

My Lords, for that reason I would go further and announce loud and clear that the standard of proof in finding the facts necessary to establish the threshold under section 31(2) or the welfare considerations in section I of the 1989 Act is the simple balance of probabilities, neither more nor less. Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies.

As to the seriousness of the consequences, they are serious either way. A child may find her relationship with her family seriously disrupted; or she may find herself still at risk of suffering serious harm. A parent may find his relationship with his child seriously disrupted; or he may find himself still at liberty to maltreat this or other children in the future.

As to the seriousness of the allegation, there is no logical or necessary connection between seriousness and probability. Some seriously harmful behaviour, such as murder, is sufficiently rare to be inherently improbable in most circumstances. Even then there are circumstances, such as a body with its throat cut and no weapon to hand, where it is not at all improbable. Other seriously harmful behaviour, such as alcohol or drug abuse, is regrettably all too common and not at all improbable.

### (3) Summary of Various Approaches

[39] I summarize the various approaches in civil cases where criminal or morally blameworthy conduct is alleged as I understand them:

- (1) The criminal standard of proof applies in civil cases depending upon the seriousness of the allegation;
- (2) An intermediate standard of proof between the civil standard and the criminal standard commensurate with the occasion applies to civil cases;
- (3) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the evidence must be scrutinized with greater care where the allegation is serious;

des conséquences possibles ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. Voici ce qu'elle dit aux par. 70-72 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, pour cette raison, j'irais plus loin et je clamerais haut et fort que la norme de preuve applicable pour établir les faits nécessaires au respect du critère du par. 31(2) ou à l'application des considérations liées au bien-être de l'article premier de la loi de 1989 est simplement la prépondérance des probabilités, ni plus ni moins. Ni la gravité de l'allégation, ni celle des conséquences ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. La probabilité intrinsèque ne doit être prise en compte, s'il y a lieu, que pour découvrir la vérité.

Pour ce qui est des conséquences, elles sont toujours sérieuses quelle que soit l'issue de l'instance. L'enfant peut voir sa relation avec sa famille sérieusement compromise ou s'exposer encore à un préjudice important. À l'inverse, le père ou la mère peut voir sa relation avec l'enfant sérieusement compromise ou avoir encore la possibilité de maltraiter cet enfant ou un autre.

Pour ce qui est de la gravité de l'allégation, il n'y a pas de lien logique ou nécessaire entre gravité et probabilité. Le comportement gravement préjudiciable — comme le meurtre — est suffisamment rare pour être la plupart du temps intrinsèquement improbable. Malgré cela, lorsque, par exemple, on découvre un corps à la gorge tranchée, mais aucune arme à proximité, le meurtre est loin d'être improbable. D'autres comportements gravement préjudiciables, comme l'alcoolisme ou la toxicomanie, sont malheureusement trop répandus et loin d'être improbables.

### (3) Résumé des différentes approches

[39] Voici en résumé quelles sont selon moi les différentes approches possibles dans une affaire civile où un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué :

- (1) La norme de preuve pénale s'applique selon la gravité de l'allégation.
- (2) Une norme de preuve intermédiaire se situant entre la civile et la pénale, proportionnée aux circonstances, s'applique.
- (3) Lorsque l'allégation est grave, la norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit faire l'objet d'un examen plus attentif.

(4) No heightened standard of proof applies in civil cases, but evidence must be clear, convincing and cogent; and

(5) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the more improbable the event, the stronger the evidence is needed to meet the balance of probabilities test.

(4) The Approach Canadian Courts Should Now Adopt

[40] Like the House of Lords, I think it is time to say, once and for all in Canada, that there is only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities. Of course, context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences. However, these considerations do not change the standard of proof. I am of the respectful opinion that the alternatives I have listed above should be rejected for the reasons that follow.

[41] Since *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at pp. 158-64, it has been clear that the criminal standard is not to be applied to civil cases in Canada. The criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is linked to the presumption of innocence in criminal trials. The burden of proof always remains with the prosecution. As explained by Cory J. in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27:

First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit. If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt

(4) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit être claire et convaincante.

(5) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais plus l'événement est improbable, plus la preuve doit être solide pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités.

(4) L'approche qui devrait désormais être celle des cours de justice canadiennes

[40] Comme l'a fait la Chambre des lords, notre Cour devrait selon moi affirmer une fois pour toutes qu'il n'existe au Canada, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Le contexte constitue évidemment un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences. Toutefois, ces considérations ne modifient en rien la norme de preuve. À mon humble avis, pour les motifs qui suivent, il faut écarter les approches énumérées précédemment.

[41] L'arrêt *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, p. 158-164, a clairement établi que la norme pénale ne s'applique pas en matière civile au Canada. La preuve hors de tout doute raisonnable exigée en matière criminelle est liée à la présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé dans un procès pénal. Le fardeau de la preuve incombe toujours à la poursuite. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27 :

Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a une importance vitale puisqu'elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux : la présomption d'innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l'un à l'autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. Si la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut

that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

[42] By contrast, in civil cases, there is no presumption of innocence. As explained by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 154:

Since society is indifferent to whether the plaintiff or the defendant wins a particular civil suit, it is unnecessary to protect against an erroneous result by requiring a standard of proof higher than a balance of probabilities.

It is true that there may be serious consequences to a finding of liability in a civil case that continue past the end of the case. However, the civil case does not involve the government's power to penalize or take away the liberty of the individual.

[43] An intermediate standard of proof presents practical problems. As expressed by Rothstein, Centa and Adams, at pp. 466-67:

As well, suggesting that the standard of proof is "higher" than the "mere balance of probabilities" inevitably leads one to inquire: what percentage of probability must be met? This is unhelpful because while the concept of "51 percent probability," or "more likely than not" can be understood by decisionmakers, the concept of 60 percent or 70 percent probability cannot.

[44] Put another way, it would seem incongruous for a judge to conclude that it was more likely than not that an event occurred, but not sufficiently likely to some unspecified standard and therefore that it did not occur. As Lord Hoffmann explained in *In re B* at para. 2:

If a legal rule requires a fact to be proved (a "fact in issue"), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values are zero and one. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other

rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé.

[42] À l'opposé, dans une affaire civile, nulle présomption d'innocence ne s'applique. L'explication en est donnée dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 154 :

[TRADUCTION] Comme il importe peu à la société que le demandeur ou le défendeur ait gain de cause dans une instance civile, il n'y a pas lieu de prévenir un jugement erroné en appliquant une norme de preuve plus stricte que celle de la prépondérance des probabilités.

Il est vrai qu'une conclusion de responsabilité tirée dans une affaire civile peut avoir des conséquences sérieuses qui continuent de se faire sentir après l'instance. Mais il demeure qu'une affaire civile ne fait pas intervenir le pouvoir de l'État de punir une personne ou de la priver de sa liberté.

[43] Le recours à une norme de preuve intermédiaire présente des difficultés d'ordre pratique. Comme le disent Rothstein, Centa et Adams (p. 466-467) :

[TRADUCTION] De même, laisser entendre que la norme de preuve applicable est « plus stricte » que la « simple prépondérance des probabilités » soulève nécessairement la question du pourcentage de probabilité à établir? Ce qui n'est d'aucune utilité, car le décideur pourra se représenter une probabilité de « 51 p. 100 » ou une « probabilité plus grande », mais non une probabilité de 60 p. 100 ou de 70 p. 100.

[44] Autrement dit, il semblerait incongru qu'un juge conclue qu'il est probable, mais pas assez probable suivant une norme non précisée, qu'un événement ait eu lieu et, par conséquent, que cet événement ne s'est pas produit. Comme l'explique lord Hoffmann dans l'arrêt *In re B*, par. 2 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une règle de droit exige la preuve d'un fait (le « fait en litige »), le juge ou le jury doit déterminer si le fait s'est ou non produit. Il ne saurait conclure qu'il a pu se produire. Le droit est un système binaire, les seules valeurs possibles étant zéro et un. Ou bien le fait s'est produit, ou bien il ne s'est pas produit. Lorsqu'un doute subsiste, la règle selon laquelle



carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of zero is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of one is returned and the fact is treated as having happened.

In my view, the only practical way in which to reach a factual conclusion in a civil case is to decide whether it is more likely than not that the event occurred.

[45] To suggest that depending upon the seriousness, the evidence in the civil case must be scrutinized with greater care implies that in less serious cases the evidence need not be scrutinized with such care. I think it is inappropriate to say that there are legally recognized different levels of scrutiny of the evidence depending upon the seriousness of the case. There is only one legal rule and that is that in all cases, evidence must be scrutinized with care by the trial judge.

[46] Similarly, evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent to satisfy the balance of probabilities test. But again, there is no objective standard to measure sufficiency. In serious cases, like the present, judges may be faced with evidence of events that are alleged to have occurred many years before, where there is little other evidence than that of the plaintiff and defendant. As difficult as the task may be, the judge must make a decision. If a responsible judge finds for the plaintiff, it must be accepted that the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test.

[47] Finally there may be cases in which there is an inherent improbability that an event occurred. Inherent improbability will always depend upon the circumstances. As Baroness Hale stated in *In re B*, at para. 72:

Consider the famous example of the animal seen in Regent's Park. If it is seen outside the zoo on a stretch of greensward regularly used for walking dogs, then of course it is more likely to be a dog than a lion. If it is

le fardeau de la preuve incombe à l'une ou l'autre des parties permet de trancher. Lorsque la partie à laquelle incombe la preuve ne s'acquitte pas de son obligation, la valeur est de zéro et le fait est réputé ne pas avoir eu lieu. Lorsqu'elle s'en acquitte, la valeur est de un, et le fait est réputé s'être produit.

À mon avis, la seule façon possible d'arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l'événement a eu lieu.

[45] Laisser entendre que lorsqu'une allégation formulée dans une affaire civile est grave, la preuve offerte doit être examinée plus attentivement suppose que l'examen peut être moins rigoureux dans le cas d'une allégation moins grave. Je crois qu'il est erroné de dire que notre régime juridique admet différents degrés d'examen de la preuve selon la gravité de l'affaire. Il n'existe qu'une seule règle de droit : le juge du procès doit examiner la preuve attentivement.

[46] De même, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Mais, je le répète, aucune norme objective ne permet de déterminer qu'elle l'est suffisamment. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, le juge peut être appelé à apprécier la preuve de faits qui se seraient produits de nombreuses années auparavant, une preuve constituée essentiellement des témoignages du demandeur et du défendeur. Aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, il faut tenir pour acquis que la preuve était à ses yeux suffisamment claire et convaincante pour conclure au respect du critère de la prépondérance des probabilités.

[47] Enfin, il peut arriver que le fait soit intrinsèquement improbable. L'improbabilité intrinsèque dépend toujours des circonstances. Comme le dit la baronne Hale dans l'arrêt *In re B*, par. 72 :

[TRADUCTION] Prenons l'exemple bien connu de l'animal aperçu dans Regent's Park. S'il est vu à l'extérieur du zoo, dans un lieu où l'on promène habituellement son chien, alors il est plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un

seen in the zoo next to the lions' enclosure when the door is open, then it may well be more likely to be a lion than a dog.

[48] Some alleged events may be highly improbable. Others less so. There can be no rule as to when and to what extent inherent improbability must be taken into account by a trial judge. As Lord Hoffmann observed at para. 15 of *In re B*:

Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

It will be for the trial judge to decide to what extent, if any, the circumstances suggest that an allegation is inherently improbable and where appropriate, that may be taken into account in the assessment of whether the evidence establishes that it is more likely than not that the event occurred. However, there can be no rule of law imposing such a formula.

#### (5) Conclusion on Standard of Proof

[49] In the result, I would reaffirm that in civil cases there is only one standard of proof and that is proof on a balance of probabilities. In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred.

[50] I turn now to the issues particular to this case.

#### B. *The Concerns of the Court of Appeal Respecting Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[51] The level of scrutiny required in cases of sexual assault was central to the analysis of the Court of Appeal. According to Rowles J.A. at para. 72, one of the issues was "whether the trial judge, in light of the standard of proof that had to be applied in a case such as this, failed to consider

chien que d'un lion. S'il est vu à l'intérieur du zoo, près de l'enclos des lions, dont la porte est ouverte, il se peut fort bien qu'il soit plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un lion que d'un chien.

[48] Un fait allégué peut être très improbable, un autre moins. Il ne saurait y avoir de règle permettant de déterminer dans quelles circonstances et jusqu'à quel point le juge du procès doit tenir compte de l'improbabilité intrinsèque. Dans l'arrêt *In re B*, lord Hoffmann fait remarquer ce qui suit (par. 15) :

[TRADUCTION] Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

Il revient au juge du procès de décider dans quelle mesure, le cas échéant, les circonstances donnent à penser que le fait allégué est intrinsèquement improbable et, s'il l'estime indiqué, il peut en tenir compte pour déterminer si la preuve établit que, selon toute vraisemblance, l'événement s'est produit. Or, aucune règle de droit ne saurait le lui imposer.

#### (5) Conclusion sur la norme de preuve

[49] En conséquence, je suis d'avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu.

[50] Je passe maintenant aux questions particulières que soulève le présent pourvoi.

#### B. *Les préoccupations de la Cour d'appel concernant les contradictions relevées dans le témoignage de F.H.*

[51] La rigueur de l'examen qui s'impose dans une affaire d'agression sexuelle est au cœur de l'analyse de la Cour d'appel. Selon la juge Rowles, celle-ci devait notamment déterminer [TRADUCTION] « si la juge du procès, compte tenu de la norme de preuve applicable dans une affaire de cette nature,

the problems or troublesome aspects of [F.H.]’s evidence”. The “troublesome aspects” of F.H.’s evidence related to, amongst others, inconsistencies as to the frequency of the alleged sexual assaults as between F.H.’s evidence on discovery and at trial, as well as to an inconsistency between the original statement of claim alleging attempted anal intercourse and the evidence given at trial of actual penetration.

[52] In the absence of support from the surrounding circumstances, when considering the evidence of F.H. on its own, the majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge had failed to consider whether the facts had been proven “to the standard commensurate with the allegation” and had failed to “scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law” (para. 79).

[53] As I have explained, there is only one civil standard of proof — proof on a balance of probabilities. Although understandable in view of the state of the jurisprudence at the time of its decision, the Court of Appeal was in error in holding the trial judge to a higher standard. While that conclusion is sufficient to decide this appeal, nonetheless, I think it is important for future guidance to make some further comments on the approach of the majority of the Court of Appeal.

[54] Rowles J.A. was correct that failure by a trial judge to apply the correct standard of proof in assessing evidence would constitute an error of law. The question is how such failure may be apparent in the reasons of a trial judge. Obviously in the remote example of a trial judge expressly stating an incorrect standard of proof, it will be presumed that the incorrect standard was applied. Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied:

Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out.

(*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, *per* McLachlin J. (as she then was))

a omis de prendre en compte les lacunes du témoignage de [F.H.] ou ses aspects préoccupants » (par. 72). Ces « aspects préoccupants » englobaient les déclarations contradictoires de F.H. à l’interrogatoire préalable et au procès concernant la fréquence des agressions sexuelles alléguées, de même que la divergence entre l’allégation initiale de tentative de relation anale et l’affirmation au procès qu’il y avait eu pénétration.

[52] Vu l’absence d’un élément circonstanciel étayant le témoignage de F.H., les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que la juge du procès avait omis de se demander si les faits avaient été prouvés [TRADUCTION] « selon la norme proportionnée à l’allégation » et qu’elle n’avait pas « examiné la preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit » (par. 79).

[53] Je le répète, une seule norme de preuve s’applique en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence du moment puisse expliquer sa décision, la Cour d’appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi, mais j’estime important pour l’avenir de faire quelques observations supplémentaires sur le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d’appel.

[54] La juge Rowles a eu raison de conclure que l’omission d’un juge de première instance d’appliquer la bonne norme de preuve constitue une erreur de droit. La question est de savoir dans quelle mesure une telle omission peut ressortir des motifs du juge. Évidemment, dans le cas improbable où le juge du procès formule expressément une norme de preuve incorrecte, il est présumé l’avoir appliquée. Lorsqu’il énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne :

Les juges du procès sont censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours.

(*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef))

Whether the correct standard was expressly stated or not, the presumption of correct application will apply unless it can be demonstrated by the analysis conducted that the incorrect standard was applied. However, in determining whether the correct standard has indeed been applied, an appellate court must take care not to substitute its own view of the facts for that of the trial judge.

[55] An appellate court is only permitted to interfere with factual findings when “the trial judge [has] shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 4 (emphasis deleted), *per* Fish J.). Rowles J.A. correctly acknowledged as much (para. 27). She also recognized that where there is some evidence to support an inference drawn by the trial judge, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. Indeed, she quoted the now well-known words to this effect in the judgment of Iacobucci and Major JJ. in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 27 of her reasons (para. 22 of *Housen*).

[56] Rowles J.A. was satisfied that the trial judge was aware of the standard of proof that had heretofore been applied in cases of moral blameworthiness. At para. 35 of her reasons she stated:

From her reasons it is obvious that the judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made.

That should have satisfied the Court of Appeal that the trial judge understood and applied the standard of proof they thought to be applicable to this case.

### C. *The Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[57] At para. 5 of her reasons, the trial judge had regard for the judgment of Rowles J.A. in *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, at paras. 28-29, dealing with the reliability and credibility of witnesses in the case of inconsistencies and an absence of

Que la norme applicable ait été précisée ou non, on présume qu’elle a été appliquée, sauf lorsque l’analyse révèle le contraire. Toutefois, lorsqu’elle détermine si la bonne norme a effectivement été appliquée, la cour d’appel doit prendre garde de ne pas substituer son interprétation des faits à celle du juge du procès.

[55] La cour d’appel ne peut infirmer une conclusion de fait que « lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 4 (soulignement omis), le juge Fish). La juge Rowles le reconnaît à juste titre (par. 27). Elle ajoute que lorsque le juge du procès s’appuie sur quelque élément de preuve pour tirer une conclusion, la cour d’appel peut difficilement conclure à l’existence d’une erreur manifeste et dominante. D’ailleurs, toujours au par. 27, elle renvoie à l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 22, et aux propos maintes fois cités depuis qu’y tiennent à ce sujet les juges Iacobucci et Major.

[56] La juge Rowles était convaincue que la juge du procès savait quelle norme de preuve avait été appliquée jusqu’alors aux allégations d’actes moralement répréhensibles. Elle dit au par. 35 :

[TRADUCTION] Il appert de ses motifs que la juge était au fait de la jurisprudence sur la norme de preuve applicable à des allégations d’actes moralement répréhensibles.

Cela aurait dû convaincre la Cour d’appel que la juge du procès avait compris et appliqué la norme de preuve qu’elles tenaient pour applicable en l’espèce.

### C. *Les contradictions du témoignage de F.H.*

[57] Au paragraphe 5 de ses motifs, la juge du procès tient compte du jugement de la juge Rowles dans l’affaire *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, par. 28-29, portant sur la crédibilité d’un témoignage qui est entaché de contradictions et que la

supporting evidence. Although *R.W.B.* was a criminal case, I, like the trial judge, think the words of Rowles J.A. are apt for the purposes of this case:

In this case there were a number of inconsistencies in the complainant's own evidence and a number of inconsistencies between the complainant's evidence and the testimony of other witnesses. While it is true that minor inconsistencies may not diminish the credibility of a witness unduly, a series of inconsistencies may become quite significant and cause the trier of fact to have a reasonable doubt about the reliability of the witness' evidence. There is no rule as to when, in the face of inconsistency, such doubt may arise but at the least the trier of fact should look to the totality of the inconsistencies in order to assess whether the witness' evidence is reliable. This is particularly so when there is no supporting evidence on the central issue, which was the case here. [para. 29]

[58] As Rowles J.A. found in the context of the criminal standard of proof, where proof is on a balance of probabilities there is likewise no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge should not consider the plaintiff's evidence in isolation, but must look at the totality of the evidence to assess the impact of the inconsistencies in that evidence on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case.

[59] It is apparent from her reasons that the trial judge recognized the obligation upon her to have regard for the inconsistencies in the evidence of F.H. and to consider them in light of the totality of the evidence to the extent that was possible. While she did not deal with every inconsistency, as she explained at para. 100, she did address in a general way the arguments put forward by the defence.

[60] The trial judge specifically dealt with some of what the Court of Appeal identified as the troublesome aspects of F.H.'s evidence. For example, Rowles J.A. stated at para. 77 that F.H.'s evidence with respect to inspections in the supervisors' washroom was not consistent with the testimony of other witnesses:

preuve n'étaye pas par ailleurs. Même si la juge Rowles se prononçait dans le contexte pénal, à l'instar de la juge du procès, j'estime que ses remarques sont pertinentes dans le cas présent :

[TRADUCTION] En l'espèce, il existait un certain nombre de contradictions dans le témoignage de la plaignante de même qu'entre son témoignage et celui d'autres témoins. Bien que de légères contradictions n'entachent pas indûment la crédibilité d'un témoin, une suite de contradictions peut constituer un facteur non négligeable et semer un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la crédibilité du témoignage. Aucune règle ne permet de déterminer dans quels cas des contradictions susciteront un tel doute, mais le juge des faits doit à tout le moins les examiner dans leur ensemble pour déterminer si le témoignage en question est digne de foi. C'est particulièrement vrai en l'absence de corroboration sur la principale question en litige, comme c'était le cas en l'espèce. [par. 29]

[58] Comme l'a estimé la juge Rowles à l'égard de la norme de preuve pénale, lorsque la norme applicable est la prépondérance des probabilités, il n'y a pas non plus de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige.

[59] Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu son obligation de tenir compte des contradictions du témoignage de F.H. et de les confronter avec l'ensemble de la preuve dans la mesure du possible. Bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense, ce qu'elle explique au par. 100.

[60] La juge du procès se penche expressément sur certains aspects du témoignage de F.H. tenus pour préoccupants par la Cour d'appel. À titre d'exemple, la juge Rowles dit au par. 77 que le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants contredisait celui d'autres témoins :

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to the respondent's recollection of events. In fact, the defence evidence was to the opposite effect, that is, the boys did not line up outside the staff washroom for any reason or at any time.

[61] However, Gill J. dealt with the washroom inspections as well as the inconsistent recollection of the witnesses regarding these inspections. She also made a finding of fact that inspections were performed and were routine at the school. At para. 106 of her reasons she stated:

It was argued that the evidence of F.H. was not consistent with the evidence of others. No inspections were done in the supervisors' washroom or in the way that F.H. described. I agree that no other witness described inspections being done in the supervisors' washroom. However, evidence about inspections was given by defence witnesses. I have already referred to the evidence of Mr. Paul. I accept that inspections were done in the manner he described. The boys were sometimes inspected on shower days and supervisors regularly checked to ensure that they had washed themselves thoroughly. Admittedly, Mr. Paul did not say that the defendant had conducted such examinations, but he described the inspections as a routine of the school. In fact, Mr. Paul's evidence is not consistent with the evidence of the defendant, who stated that the only examination of the boys was for head lice and it was done by the nurse.

[62] In this passage of her reasons, the trial judge dealt with the inconsistency between the evidence of F.H. and other witnesses. She also considered McDougall's testimony in light of other evidence given by witnesses for the defence. From the evidence of Mr. Paul she concluded that examinations were routinely carried out. She found that Mr. Paul's evidence about examinations was not consistent with that of McDougall who had testified that examinations were only for head lice and were carried out by the nurse. The necessary inference is that she found McDougall not to be credible on this issue.

[63] The majority of the Court of Appeal was also concerned with the testimony of F.H., that each time he was sexually assaulted by McDougall,

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de l'intimé. En fait, la preuve offerte par la défense établissait le contraire, c'est-à-dire que les garçons n'avaient jamais fait la file à l'extérieur des toilettes des surveillants pour quelque raison que ce soit.

[61] Or, la juge Gill traite des inspections dans les toilettes et du fait que les souvenirs des témoins à leur sujet sont contradictoires. Elle tire aussi la conclusion de fait que des inspections avaient lieu périodiquement au pensionnat. Voici ce qu'elle dit au par. 106 :

[TRADUCTION] On a soutenu que le témoignage de F.H. ne concordait pas avec celui d'autres témoins. Aucune inspection n'avait lieu dans les toilettes des surveillants ou de la façon indiquée par F.H. Je conviens qu'aucun autre témoin n'a fait état d'inspections effectuées dans les toilettes des surveillants; toutefois, des témoins de la défense ont confirmé l'existence d'inspections. J'ai déjà fait référence au témoignage de M. Paul. Je conclus que des inspections ont été effectuées de la manière qu'il a décrite. Les garçons subissaient parfois un examen le jour de la douche et les surveillants s'assuraient régulièrement que les garçons s'étaient bien lavés. Certes, M. Paul n'a pas affirmé que le défendeur avait effectué de tels examens, mais il a dit que ceux-ci étaient courants. En fait, le témoignage de M. Paul ne corrobore pas celui du défendeur selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière.

[62] Dans ce passage de ses motifs, la juge du procès relève la divergence entre le témoignage de F.H. et ceux des autres témoins. Elle examine aussi le témoignage de M. McDougall à la lumière de ceux des autres témoins de la défense. Elle conclut du témoignage de M. Paul que des inspections avaient lieu couramment. Elle constate que son témoignage n'est pas compatible avec celui de M. McDougall selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière. Il s'ensuit nécessairement qu'à son avis, le témoignage de M. McDougall n'était pas digne de foi sur ce point.

[63] Les juges majoritaires de la Cour d'appel se disent également préoccupés par le témoignage de F.H. selon lequel chaque fois qu'il avait été agressé

he would go upstairs from his dorm to the supervisors' washroom. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. stated:

However, [F.H.] was a junior boy rather than an intermediate one at the relevant time and his dorm would have been on the top floor. Based on the evidence of where the boys slept, [McDougall] could not have taken [F.H.] "upstairs" from his dorm.

Counsel for F.H. points out that in his evidence at trial, F.H. testified that he was an intermediate boy when the sexual assaults occurred and that as an intermediate boy he would have to go upstairs to the supervisors' washroom. Although there was contradictory evidence, there was evidence upon which F.H. could have been believed.

[64] It is true that Gill J. did not deal with F.H.'s inconsistency as to the frequency of the inspections inside the supervisors' washroom as identified by Rowles J.A. at para. 75:

The respondent also told Ms. Stone that the young boys regularly lined up outside the staff washroom, which they referred to as the "examination room", every second week in order to be examined. At trial he testified this lining up only happened the first time he was sexually assaulted. Again, this is a substantial change in the respondent's recounting of events.

Nor did Gill J. specifically address the change in the allegations of attempted anal intercourse and genital fondling in the original statement of claim and the evidence of F.H. at trial of actual penetration. Rowles J.A. stated at para. 76:

The respondent's original statement of claim only alleged attempted anal intercourse and genital fondling. There was no allegation about the appellant actually inserting his finger in F.H.'s anus or having forced anal intercourse. The respondent's evidence at trial was of actual penetration. As the trial judge found, the respondent acknowledged that he had reviewed the statement of claim, including the paragraphs which particularized the alleged assaults, and that he was aware of the difference between actually doing something and attempting to do something.

sexuellement par M. McDougall, il s'était rendu aux toilettes des surveillants situées à l'étage supérieur de son dortoir. La juge Rowles dit ce qui suit au par. 77 :

[TRADUCTION] Or, [F.H.] faisait alors partie des plus jeunes garçons et non de ceux d'âge intermédiaire, de sorte que son dortoir aurait dû se situer à l'étage supérieur. Vu la preuve relative au lieu où dormaient les garçons, [M. McDougall] ne pouvait pas « faire monter » [F.H.].

L'avocat de l'appelant fait observer qu'au procès, F.H. a déclaré qu'il faisait partie des garçons d'âge intermédiaire lors des agressions sexuelles et que, par conséquent, il devait monter pour se rendre aux toilettes des surveillants. Malgré les contradictions, des éléments de preuve permettaient d'ajouter foi au témoignage de F.H.

[64] Il est vrai que la juge Gill ne traite pas de l'incohérence du témoignage de F.H. concernant la fréquence des inspections dans les toilettes des surveillants, contrairement à la juge Rowles qui la relève au par. 75 :

[TRADUCTION] L'intimé a aussi dit à M<sup>me</sup> Stone que, toutes les deux semaines, les jeunes garçons se plaçaient à l'extérieur des toilettes des surveillants, qu'ils appelaient la « salle d'examen », pour y être examinés. Au procès, il a témoigné que la mise en rang n'avait eu lieu que lors de la première agression sexuelle. Encore une fois, il s'agit d'une modification importante de sa relation des événements.

La juge Gill ne mentionne pas expressément le fait que les allégations de tentative de relation anale et d'attouchement des organes génitaux figurant dans la déclaration initiale différaient du témoignage de F.H. au procès selon lequel il y avait eu pénétration. La juge Rowles dit au par. 76 :

[TRADUCTION] Dans sa déclaration initiale, l'intimé alléguait seulement la tentative de relation anale et l'attouchement des organes génitaux, nullement que l'appelant avait inséré son doigt dans son anus ou qu'il l'avait contraint à une relation anale. Au procès, il a affirmé qu'il y avait eu pénétration. Comme l'a dit la juge du procès, l'intimé a reconnu avoir lu la déclaration, y compris les paragraphes détaillant les agressions alléguées, et qu'il était conscient de la différence entre faire quelque chose et tenter de faire quelque chose.

[65] However, at paras. 46 and 48 of her reasons, Gill J. had recounted these inconsistencies as raised in cross-examination. Her reasons indicate she was aware of the inconsistencies.

[66] As for the inconsistency relating to the frequency of the sexual assaults, Rowles J.A. stated at para. 73:

At his examination for discovery the respondent said that the sexual assaults took place “weekly”, “frequently”, and “every ten days or so” over the entire time he was at the School. The respondent admitted at trial that he had said on discovery that he had told the counsellor, Ms. Nellie Stone, that the sexual assaults by the appellant had taken place over the entire time he was at the School, while he was between the ages of eight and fourteen years. At trial, the respondent testified that the sexual assaults occurred on only four occasions over a period of two-and-a-half months. [Emphasis added.]

[67] Counsel for F.H. points out that F.H.’s evidence was that he was subjected to physical and sexual abuse while he was at the residential school perpetrated by more than one person, that the question to which he was responding mixed both sexual and physical abuse and that the majority of the Court of Appeal wrongly narrowed F.H.’s statement only to assaults perpetrated by McDougall. Counsel says that F.H. was commenting on all of the physical and sexual abuse he experienced at the school which involved more than McDougall and took place over his six years of attendance.

[68] The Court of Appeal appears to have interpreted his evidence on discovery that he was sexually assaulted by McDougall over the entire time he was at the school, while in his evidence at trial it was only four times over two and a half months. Although the evidence is not without doubt, it is open to be interpreted in the way counsel for F.H. asserts and that there was no inconsistency between F.H.’s evidence on discovery and at trial.

[69] As to the frequency of the alleged sexual assaults by McDougall, the trial judge did not

[65] Or, aux paragraphes 46 et 48 de ses motifs, la juge Gill a fait état de ces contradictions soulevées en contre-interrogatoire. Il s’ensuit donc qu’elle en était consciente.

[66] En ce qui concerne les divergences relatives à la fréquence des agressions sexuelles, la juge Rowles dit ce qui suit au par. 73 :

[TRADUCTION] À l’interrogatoire préalable, l’intimé a déclaré que les agressions sexuelles s’étaient produites « chaque semaine », « fréquemment » et « environ tous les dix jours » pendant toute la durée de son séjour au pensionnat. Au procès, il a reconnu avoir déclaré à l’interrogatoire préalable qu’il avait dit à sa thérapeute, M<sup>me</sup> Nellie Stone, que les agressions sexuelles perpétrées par l’appellant avaient eu lieu pendant toute la durée de son séjour au pensionnat, de l’âge de huit à quatorze ans. Or, au procès, il a précisé que les agressions sexuelles ne s’étaient produites qu’à quatre occasions sur une période de deux mois et demi. [Je souligne.]

[67] L’avocat de F.H. fait remarquer que son client a témoigné que plus d’une personne l’avaient agressé physiquement et sexuellement pendant son séjour au pensionnat, que la question à laquelle il a répondu portait à la fois sur les agressions sexuelles et les sévices physiques et que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont considéré à tort que sa déclaration ne visait que les agressions perpétrées par M. McDougall. Il fait valoir que les propos de F.H. s’appliquaient à toutes les agressions physiques et sexuelles subies au cours des six années de son séjour au pensionnat, et pas seulement à celles commises par M. McDougall.

[68] La Cour d’appel semble conclure que F.H. a témoigné à l’interrogatoire préalable que M. McDougall l’avait agressé sexuellement pendant toute la période qu’il avait été pensionnaire, alors qu’il a dit au procès qu’il y avait eu quatre agressions sur une période de deux mois et demi. Bien que le témoignage ne soit pas sans soulever de doute, il est possible de l’interpréter de la manière prônée par l’avocat de F.H. et de conclure à l’absence de contradiction entre le témoignage à l’interrogatoire préalable et celui offert au procès.

[69] En ce qui concerne la fréquence des agressions sexuelles qu’aurait perpétrées M. McDougall,



ignore inconsistencies in the evidence of F.H. In spite of the inconsistencies, she found him to be credible. At para. 112 of her reasons, she stated:

There are, however, some inconsistencies in the evidence of F.H. As the defence has also argued, his evidence about the frequency of the abuse has not been consistent and there are differences between what he admittedly told Ms. Stone, what he said at his examination for discovery and his evidence at trial. At trial, he said there were four incidents. On previous occasions, he said that this occurred every two weeks or ten days. That is a difference of significance. However, his evidence about the nature of the assaults, the location and the times they occurred has been consistent. Despite differences about frequency, it is my view that F.H. was a credible witness.

[70] The trial judge was not obliged to find that F.H. was not credible or that his evidence at trial was unreliable because of inconsistency between his trial evidence and the evidence he gave on prior occasions. Where a trial judge demonstrates that she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court.

[71] All of this is not to say that the concerns expressed by Rowles J.A. were unfounded. There are troubling aspects of F.H.'s evidence. However, the trial judge was not oblivious to the inconsistencies in his evidence. The events occurred more than 30 years before the trial. Where the trial judge refers to the inconsistencies and deals expressly with a number of them, it must be assumed that she took them into account in assessing the balance of probabilities. Notwithstanding its own misgivings, it was not for the Court of Appeal to second guess the trial judge in the absence of finding a palpable and overriding error.

[72] With respect, I cannot interpret the reasons of the majority of the Court of Appeal other than that it disagreed with the trial judge's credibility assessment of F.H. in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances. Assessing credibility

la juge du procès tient compte des contradictions dans le témoignage de F.H. mais elle ajoute tout de même foi à celui-ci (par. 112) :

[TRANSLATION] Des contradictions entachent toutefois le témoignage de F.H. Comme l'a aussi fait valoir la défense, son témoignage sur la fréquence des agressions n'a pas été invariable et il y a des différences entre ce qu'il a reconnu avoir dit à M<sup>me</sup> Stone, son témoignage en interrogatoire préalable et ce qu'il a affirmé au procès. Pendant le procès, il a déclaré qu'il y avait eu quatre agressions. Auparavant, il avait affirmé que les agressions se produisaient toutes les deux semaines ou tous les dix jours. C'est là une différence importante. Toutefois, son témoignage concernant la nature des agressions, ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites n'a pas varié. Malgré les divergences quant à la fréquence des agressions, je suis d'avis que F.H. était un témoin digne de foi.

[70] La juge du procès n'avait pas à conclure à la non-crédibilité de F.H. ou à la non-fiabilité de son témoignage au procès parce que celui-ci contredisait ses déclarations antérieures. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel.

[71] Il ne s'ensuit pas que les préoccupations de la juge Rowles n'étaient pas fondées. Certains éléments du témoignage de F.H. soulèvent des questions. Or, la juge du procès était consciente des contradictions du témoignage. Les événements sont survenus plus de 30 ans auparavant. Comme la juge du procès renvoie aux contradictions et considère expressément certaines d'entre elles, il faut présumer qu'elle en a tenu compte pour établir la prépondérance des probabilités. Malgré ses réserves, il n'appartenait pas à la Cour d'appel de revenir sur la décision de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

[72] En toute déférence, je ne peux voir dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel qu'un désaccord avec l'appréciation de la crédibilité de F.H. par la juge du procès à la lumière des contradictions et de l'absence d'élément circonstanciel corroborant le témoignage. Il incombe

is clearly in the bailiwick of the trial judge and thus heightened deference must be accorded to the trial judge on matters of credibility. As explained by Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.

[73] As stated above, an appellate court is only permitted to intervene when “the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L.*, at para. 4 (emphasis deleted)). The Court of Appeal made no such finding. With respect, in finding that the trial judge failed to scrutinize F.H.’s evidence in the manner required by law, it incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge.

#### D. *Palpable and Overriding Error*

[74] Notwithstanding that the Court of Appeal made no finding of palpable and overriding error, the Attorney General of Canada submits that the trial judge did indeed make such an error. This argument is based entirely on the inconsistencies in the evidence of F.H. The Attorney General says that in light of these inconsistencies, the trial judge was clearly wrong in finding F.H. credible.

[75] I do not minimize the inconsistencies in F.H.’s testimony. They are certainly relevant to an assessment of his credibility. Nonetheless, the trial judge was convinced, despite the inconsistencies, that F.H. was credible and that the four sexual assaults alleged to have been committed by McDougall did occur. From her reasons, it appears that the trial judge’s decision on the credibility of the witnesses was made in the context of the evidence as a whole.

clairement au juge du procès d’apprécier la crédibilité, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Comme l’ont expliqué les juges Bastarache et Abella dans l’arrêt *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l’enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l’observation et de l’audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C’est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l’arrêt *H.L.* — qu’il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[73] Je le répète, une cour d’appel ne peut intervenir que « lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L.*, par. 4 (soulignement omis)). La Cour d’appel n’a pas opiné en ce sens. En toute déférence, en concluant que la juge du procès avait omis d’examiner le témoignage de F.H. aussi attentivement qu’elle l’aurait dû légalement, la Cour d’appel a substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès.

#### D. *Erreur manifeste et dominante*

[74] Bien que la Cour d’appel n’ait pas relevé d’erreur manifeste et dominante, le procureur général du Canada soutient que la juge du procès en a de fait commis une. Sa prétention s’appuie entièrement sur les contradictions du témoignage de F.H. Selon lui, au vu de ces contradictions, la juge du procès aurait clairement eu tort de conclure que F.H. était digne de foi.

[75] Je ne veux pas minimiser les contradictions du témoignage de F.H. Elles sont certainement pertinentes pour l’appréciation de sa crédibilité. Or, malgré ces contradictions, la juge du procès était convaincue de la fiabilité du témoignage de F.H. et de la perpétration des quatre agressions sexuelles par M. McDougall. Il appert de ses motifs que la conclusion sur la crédibilité des témoins a été tirée au regard de l’ensemble de la preuve. La juge a tenu

She considered the layout of the school and the fact that the manner in which F.H. described the assaults as taking place would have carried with it the risk of detection. She also considered whether F.H.'s evidence about inspections taking place in the supervisors' washroom and the availability of sheets and pyjamas was consistent with evidence of other witnesses. She acknowledged that F.H. had a motive to lie to save his marriage and decided that the circumstances surrounding disclosure were not suggestive of concoction. She also factored into her analysis the demeanor of F.H.: that "[he] was not a witness who gave detailed answers, often responding simply with a yes or no, nor did he volunteer much information" (para. 110), and that "[w]hen [he] testified, he displayed no emotion but it was clear that he had few, if any, good memories of the school" (para. 113).

[76] In the end, believing the testimony of one witness and not the other is a matter of judgment. In light of the inconsistencies in F.H.'s testimony with respect to the frequency of the sexual assaults, it is easy to see how another trial judge may not have found F.H. to be a credible witness. However, Gill J. found him to be credible. It is important to bear in mind that the evidence in this case was of matters occurring over 30 years earlier when F.H. was approximately 10 years of age. As a matter of policy, the British Columbia legislature has eliminated the limitation period for claims of sexual assault. This was a policy choice for that legislative assembly. Nonetheless, it must be recognized that the task of trial judges assessing evidence in such cases is very difficult indeed. However, that does not open the door to an appellate court, being removed from the testimony and not seeing the witnesses, to reassess the credibility of the witnesses.

#### E. Corroboration

[77] The reasons of the majority of the Court of Appeal may be read as requiring, as a matter of law, that in cases of oath against oath in the context of sexual assault allegations, that a sexual assault victim must provide some independent

compte de l'aménagement du pensionnat et du fait que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle s'est également demandé si le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants et l'accès aux draps et aux pyjamas concordait avec celui d'autres témoins. Elle a reconnu que F.H. avait intérêt à mentir pour préserver son mariage, mais elle a statué que les circonstances de la révélation ne suggéraient pas la fabrication. Dans son analyse, la juge du procès a aussi pris en considération l'attitude de F.H., à savoir qu'[TRADUCTION] « [il] ne s'agissait pas d'un témoin offrant des réponses détaillées, qu'il répondait souvent par un simple oui ou non, sans devancer les questions » (par. 110) et que « [p]endant son témoignage, il n'a manifesté aucune émotion, mais il était clair qu'il avait peu de bons souvenirs du pensionnat, voire aucun » (par. 113).

[76] En fin de compte, ajouter foi à un témoignage et non à un autre est affaire de jugement. Vu les contradictions du témoignage de F.H. au sujet de la fréquence des agressions sexuelles, on conçoit aisément qu'un autre juge n'aurait peut-être pas conclu que F.H. était un témoin digne de foi. Cependant, la juge Gill l'a trouvé crédible. Il importe de se rappeler que le témoignage portait sur des événements survenus plus de 30 ans auparavant et qu'à l'époque F.H. avait environ 10 ans. Pour des raisons de principe, le législateur de la Colombie-Britannique a cessé d'assujettir à un délai de prescription la poursuite pour agression sexuelle. Il lui était loisible de le faire. Néanmoins, il faut reconnaître que la tâche du juge du procès appelé à apprécier la preuve dans une affaire de cette nature est particulièrement ardue. Mais une cour d'appel qui n'a pas entendu les témoignages ni observé les témoins n'a pas pour autant le droit de réévaluer la fiabilité de ceux-ci.

#### E. Corroboration

[77] Les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel peuvent être interprétés comme établissant qu'une corroboration indépendante s'impose légalement lorsque, dans une affaire où une agression sexuelle est alléguée, c'est la parole de la victime

corroborating evidence. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. observed:

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to [F.H.]'s recollection of events.

At para. 79 she stated:

No support for [F.H.]'s testimony could be drawn from the surrounding circumstances.

[78] In her concurring reasons at para. 106, Southin J.A. stated:

To choose one over the other in cases of oath against oath requires, in my opinion, an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff.

[79] The impression these passages may leave is that there is a legal requirement of corroboration in civil cases in which sexual assault is alleged. In an abundance of caution and to provide guidance for the future, I make the following comments.

[80] Corroborative evidence is always helpful and does strengthen the evidence of the party relying on it as I believe Rowles J.A. was implying in her comments. However, it is not a legal requirement and indeed may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Incidents of sexual assault normally occur in private.

[81] Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Modern criminal law has rejected the previous common law and later statutory requirement that allegations of sexual assault be corroborated in order to lead to a conviction (see *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1), mandating the need for corroboration and its subsequent amendments removing this requirement (*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125),

contre celle du défendeur. La juge Rowles fait observer au par. 77 :

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de [F.H.].

Elle ajoute (par. 79) :

[TRADUCTION] Aucun élément circonstanciel ne corrobore le témoignage de [F.H.].

[78] La juge Southin affirme pour sa part (par. 106, motifs concordants) :

[TRADUCTION] Préférer un témoignage à un autre exige, à mon avis, qu'un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie.

[79] Ces extraits peuvent donner à penser qu'il existe en matière civile une exigence juridique de corroboration dès lorsqu'une agression sexuelle est alléguée. Par surcroît de prudence et afin d'offrir des repères pour l'avenir, j'ajoute les remarques suivantes.

[80] Un élément de corroboration est toujours utile et étoffe la preuve offerte. C'est à mon avis ce que voulait dire la juge Rowles. Or, il ne s'agit pas d'une exigence juridique, car il est possible qu'un tel élément n'existe pas, surtout lorsque les faits se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé.

[81] Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Le droit criminel moderne a écarté l'exigence, d'abord établie par la common law puis par la loi, qu'une allégation d'agression sexuelle soit corroborée pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité (voir *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 139(1), prévoyant la nécessité d'une corroboration et ses modifications subséquentes supprimant cette exigence (*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives*

as well as the current *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274, stipulating that no corroboration is required for convictions in sexual assault cases). Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration.

F. *Is W. (D.) Applicable in Civil Cases in Which Credibility Is in Issue?*

[82] At paras. 107, 108 and 110 of her reasons, Southin J.A. stated:

It is not enough for the judge to say that I find the plaintiff credible and since he is credible the defendant must be lying.

What I have said so far is, to me, no more than an application to civil cases of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (S.C.C.).

. . .

I see no logical reason why the rejection of “either/or” in criminal cases is not applicable in civil cases where the allegation is of crime, albeit that the burden of proof on the proponent is not beyond reasonable doubt but on a balance of probabilities.

[83] *W. (D.)* was a decision by this Court in which Cory J., at p. 758, established a three-step charge to the jury to help the jury assess conflicting evidence between the victim and the accused in cases of criminal prosecutions of sexual assaults:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are

à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125), ainsi que la version actuelle du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274, portant que la corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer une personne coupable d'agression sexuelle). Dans une affaire d'agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu'il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, il doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration.

F. *L'arrêt W. (D.) s'applique-t-il au civil en matière de crédibilité?*

[82] La juge Southin dit ce qui suit aux par. 107, 108 et 110 :

[TRADUCTION] Le juge ne peut se contenter de dire qu'il trouve le demandeur crédible et, de ce fait, que le défendeur ment nécessairement.

Jusqu'ici mes motifs ne font qu'appliquer l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (C.S.C.), au contexte civil.

. . .

Je ne vois aucun motif rationnel de ne pas rejeter l'alternative en matière civile, tout comme en matière pénale, lorsque l'acte reproché constitue un acte criminel, même si la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, et non celle de l'absence de tout doute raisonnable.

[83] Dans l'arrêt *W. (D.)*, par la voix du juge Cory, notre Cour a établi un exposé à trois volets afin d'aider le jury à évaluer les témoignages contradictoires de la victime et de l'accusé dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle (p. 758) :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquiescement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquiescement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez,

convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

[84] These charges to the jury are not sacrosanct but were merely put in place as guideposts to the meaning of reasonable doubt, as recently explained by Binnie J. in *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30, at paras. 9 and 13:

Essentially, *W. (D.)* simply unpacks for the benefit of the lay jury what reasonable doubt means in the context of evaluating conflicting testimonial accounts. It alerts the jury to the “credibility contest” error. It teaches that trial judges are required to impress on the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

. . .

. . . In *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, Major J. for the majority pointed out that in any case where credibility is important “[t]he question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events” (para. 19). The main point is that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt.

[85] The *W. (D.)* steps were developed as an aid to the determination of reasonable doubt in the criminal law context where a jury is faced with conflicting testimonial accounts. Lack of credibility on the part of an accused is not proof of guilt beyond a reasonable doubt.

[86] However, in civil cases in which there is conflicting testimony, the judge is deciding whether a fact occurred on a balance of probabilities. In such cases, provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on the important issue in the case. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that

vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l’accusé.

[84] Cet exposé au jury n’est pas sacré. Il offre simplement des repères pour l’application du doute raisonnable, comme l’a récemment expliqué le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30, par. 9 et 13 :

Essentiellement, l’arrêt *W. (D.)* explique tout simplement au bénéfice des jurés profanes en quoi consiste un doute raisonnable dans le contexte de l’évaluation de témoignages contradictoires. Il attire l’attention des jurés sur l’erreur consistant à procéder à un « concours de crédibilité ». Il explique que les juges de première instance sont tenus de bien faire comprendre aux jurés que le ministère public n’est jamais dispensé du fardeau de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable.

. . .

. . . Dans *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, le juge Major qui s’exprimait au nom des juges de la majorité a souligné que, dans toutes les causes où la question de la crédibilité revêt de l’importance, « [c]e qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements » (par. 19). L’essentiel c’est que le manque de crédibilité de l’accusé n’équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[85] La démarche proposée dans l’arrêt *W. (D.)* a été conçue pour aider le jury aux prises avec des témoignages contradictoires dans une affaire criminelle à déterminer s’il existe un doute raisonnable. La non-crédibilité de l’accusé ne prouve pas sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[86] Toutefois, au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S’il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d’une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l’autre partie. Aussi, croire une partie suppose explicitement ou non que l’on ne croit pas l’autre sur le point important en litige. C’est particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, le

are altogether denied by the defendant as in this case. *W. (D.)* is not an appropriate tool for evaluating evidence on the balance of probabilities in civil cases.

*G. Did the Trial Judge Ignore the Evidence of McDougall?*

[87] In an argument related to *W. (D.)*, the Attorney General of Canada says, at para. 44 of its factum, that “[s]imply believing the testimony of one witness, without assessing the evidence of the other witness, marginalizes that other witness” since he has no way of knowing whether he was disbelieved or simply ignored.

[88] The Attorney General bases his argument on the well-known passage in *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (B.C.C.A.), which concludes at p. 357:

... a Court of Appeal must be satisfied that the trial Judge’s finding of credibility is based not on one element only to the exclusion of others, but is based on all the elements by which it can be tested in the particular case.

[89] Thus, the Attorney General contends, at para. 47 of its factum, that:

In a civil proceeding alleging a sexual assault, if the trier of fact accepts the plaintiff’s evidence and simply ignores the defendant’s evidence, that conclusion would breach the requirement described in *Faryna*, that every element of the evidence must be considered.

[90] I agree that it would be an error for the trial judge to ignore the evidence of the defendant and simply concentrate on the evidence submitted by the plaintiff. But that is not the case here.

[91] The trial judge described the testimony given by McDougall with respect to his vocational beliefs, his subsequent marriage, his role at the school, the routine at the school, the laundry procedure and his denials as to having sexually assaulted either R.C. or F.H. She also dealt with the defence arguments

demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La démarche préconisée dans l’arrêt *W. (D.)* ne convient pas pour évaluer la preuve au regard de la prépondérance des probabilités dans une instance civile.

*G. La juge du procès a-t-elle ignoré le témoignage de M. McDougall?*

[87] Dans sa plaidoirie relative à l’arrêt *W. (D.)*, le procureur général du Canada indique au par. 44 de son mémoire que [TRADUCTION] « [I]e simple fait de croire un témoin, sans apprécier le témoignage de l’autre témoin, a pour effet de marginaliser cet autre témoin » puisqu’il n’a aucun moyen de savoir si le juge ne l’a pas cru ou s’il a simplement ignoré son témoignage.

[88] La thèse du procureur général repose sur un extrait souvent cité de l’arrêt *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (C.A.C.-B.), p. 357. La Cour d’appel y conclut :

[TRADUCTION] ... une cour d’appel doit être convaincue que la conclusion sur la crédibilité tirée en première instance repose non pas sur un seul élément de preuve, à l’exclusion de tout autre, mais bien sur l’ensemble des éléments permettant d’apprécier la crédibilité dans le cas considéré.

[89] Le procureur général soutient donc au par. 47 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans une instance civile où une agression sexuelle est alléguée, le juge des faits qui ajoute foi au témoignage du demandeur et ignore simplement celui du défendeur ne satisfait pas à l’exigence, établie dans l’arrêt *Faryna*, que chacun des éléments de la preuve soit examiné.

[90] Je conviens que le juge du procès qui considère le seul témoignage du demandeur, à l’exclusion de celui du défendeur, commet une erreur. Or, ce n’est pas ce qui s’est passé en l’espèce.

[91] La juge du procès a relaté le témoignage de M. McDougall concernant sa foi et sa vocation, son mariage subséquent, sa fonction au pensionnat, la vie quotidienne dans l’établissement, l’entretien des vêtements et de la literie et sa dénégation des allégations d’agression sexuelle formulées par

with respect to the credibility and reliability of the testimony of R.C. and F.H. regarding the sexual assaults. Indeed, she found that R.C. did not prove he was sexually assaulted by McDougall.

[92] In determining whether McDougall had ever strapped R.C. or F.H., she summarized McDougall's evidence as follows at para. 131:

As stated, it was the defendant's evidence that during his years at the school, he administered the strap to only five or six intermediate boys. He did so as punishment for behaviour such as fighting or swearing. It was always to the hand and was always done in the dorm. He denied the evidence of Mr. Jeffries that he had frequently disciplined him for the reasons Mr. Jeffries described. He denied going to his grandmother's home or mocking him about wanting to visit his grandmother. He denied the evidence of F.H.

[93] She also highlighted a contradiction in McDougall's testimony at para. 135:

It is also my view that the defendant minimized his use of the strap as a form of discipline. Further, while he testified that no child was ever strapped in his room, when testifying about one specific incident, he said that he brought the boy "upstairs to my room and I administered the strap three times to his right hand".

Although McDougall later "corrected himself" to say that he had strapped the boy in the dorm and not in his room, it was open to the trial judge to believe his first statement and not his "correction".

[94] And as earlier discussed, at para. 106 of her reasons, she pointed out inconsistency between the evidence of McDougall and one of the defence witnesses, Mr. Paul, on the issue of routine physical inspections of the students.

[95] At para. 66 of her reasons for the majority of the Court of Appeal, Rowles J.A. stated:

R.C. et F.H. Elle s'est également penchée sur les prétentions de la défense au sujet de la crédibilité des témoignages de R.C. et de F.H. concernant les agressions sexuelles. Elle a d'ailleurs conclu que R.C. n'avait pas prouvé que M. McDougall l'avait agressé sexuellement.

[92] Pour déterminer si M. McDougall avait jamais frappé R.C. ou F.H. avec une lanière en cuir, elle a résumé son témoignage comme suit (par. 131) :

[TRADUCTION] Ainsi, selon le témoignage du défendeur, pendant les années qu'il a passées au pensionnat, il n'aurait frappé avec une lanière en cuir que cinq ou six garçons d'âge intermédiaire. Il l'aurait fait parce qu'ils s'étaient battus ou qu'ils avaient blasphémé. Il visait toujours les mains et la correction était toujours administrée dans le dortoir. Il a rejeté le témoignage de M. Jeffries selon lequel il l'avait fréquemment puni pour les motifs précisés par M. Jeffries. Il a nié être allé chez la grand-mère de M. Jeffries ou s'être moqué de lui parce qu'il voulait rendre visite à sa grand-mère. Il a nié les allégations de F.H.

[93] Elle a par ailleurs relevé une contradiction dans le témoignage de M. McDougall (par. 135) :

[TRADUCTION] Je suis aussi d'avis que le défendeur a minimisé son recours à la lanière en cuir pour corriger les pensionnaires. Par ailleurs, bien qu'il ait déclaré n'avoir jamais infligé ce châtiment dans sa chambre, lorsqu'il a témoigné sur un incident en particulier, il a dit avoir « fait monté le garçon dans [sa] chambre et l'avoir frappé à la main droite trois fois avec une lanière en cuir ».

M. McDougall avait ensuite rectifié les faits : il avait dit avoir frappé le garçon dans le dortoir, et non dans sa chambre. Or, il était loisible à la juge du procès d'ajouter foi à la première version plutôt qu'à la seconde.

[94] Et, je le rappelle, la juge du procès relève au par. 106 la divergence entre les propos de M. McDougall et ceux d'un témoin de la défense, M. Paul, au sujet des inspections corporelles périodiques des garçons.

[95] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Rowles indique ce qui suit (par. 66) :



From the reasons the trial judge gave for finding that the appellant had strapped the respondent, one can infer that the judge did not accept the appellant's evidence on that issue. Disbelief of a witness's evidence on one issue may well taint the witness's evidence on other issues but an unfavourable credibility finding against a witness does not, of itself, constitute evidence that can be used to prove a fact in issue.

[96] I agree with Rowles J.A. However, the trial judge's unfavourable credibility findings with respect to McDougall's strapping evidence together with her belief in Paul's evidence in preference to that of McDougall with respect to routine physical inspections, indicates that she did not ignore McDougall's evidence or marginalize him. She simply believed F.H. on essential matters rather than McDougall.

#### H. *Were the Reasons of the Trial Judge Adequate?*

[97] The Attorney General alleges that the reasons of the trial judge are inadequate. The same argument was not accepted by the Court of Appeal. At para. 61, Rowles J.A. stated:

Generally speaking, if a judge's reasons reveal the path the judge took to reach a conclusion on the matter in dispute, the reasons are adequate for the purposes of appellate review. To succeed in an argument that the trial judge did not give adequate reasons, an appellant does not have to demonstrate that there is a flaw in the reasoning that led to the result. In this case, the judge's reasons are adequate to show how she arrived at her conclusion that the respondent had been sexually assaulted.

Where the Court of Appeal expresses itself as being satisfied that it can discern why the trial judge arrived at her conclusion, a party faces a serious obstacle to convince this Court that the reasons are nonetheless inadequate.

[98] The meaning of adequacy of reasons is explained in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. In *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34, Binnie J. summarized the duty to give adequate reasons:

[TRADUCTION] On peut inférer des motifs qu'elle invoque pour conclure que l'appelant a frappé l'intimé avec une lanière en cuir que la juge du procès n'a pas ajouté foi au témoignage de l'appelant sur ce point. Le fait de ne pas croire un témoin sur un point peut bien ternir son témoignage sur un autre sujet, mais une conclusion sur la crédibilité qui est défavorable à un témoin ne saurait à elle seule établir un fait en litige.

[96] Je suis d'accord avec la juge Rowles. Toutefois, les conclusions défavorables tirées par la juge du procès sur la crédibilité du témoignage de M. McDougall au sujet du recours à la lanière en cuir et le fait qu'elle a ajouté foi au témoignage de M. Paul plutôt qu'à celui de M. McDougall au sujet des inspections corporelles périodiques montrent qu'elle n'a pas ignoré le témoignage de M. McDougall et qu'elle ne l'a pas marginalisé. Elle a simplement cru F.H. plutôt que M. McDougall sur des points importants.

#### H. *Les motifs de la juge du procès étaient-ils suffisants?*

[97] Le procureur général soutient que les motifs de la juge du procès ne sont pas suffisants. La Cour d'appel a rejeté cette prétention (par. 61, la juge Rowles) :

[TRADUCTION] De façon générale, lorsque le juge précise le raisonnement à l'issue duquel il a tiré sa conclusion sur la question en litige, ses motifs sont suffisants aux fins d'un examen en appel. Pour qu'ils soient jugés insuffisants, point n'est besoin d'établir qu'un vice entache le raisonnement ayant mené à la conclusion. En l'espèce, les motifs de la juge permettent de comprendre comment elle est arrivée à la conclusion que l'intimé avait été agressé sexuellement.

Dans la mesure où la Cour d'appel dit pouvoir discerner les raisons pour lesquelles la juge du procès a tiré sa conclusion, la partie qui souhaite convaincre notre Cour que les motifs sont néanmoins insuffisants doit surmonter un obstacle de taille.

[98] Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, notre Cour explique la notion de suffisance des motifs. Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34, le juge Binnie résume comme suit la teneur de l'obligation de motiver une décision :

- |   |   |
|---|---|
| (1) To justify and explain the result;                                  | (1) justifier et expliquer le résultat;                                   |
| (2) To tell the losing party why he or she lost;                        | (2) indiquer à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu; |
| (3) To provide for informed consideration of the grounds of appeal; and | (3) permettre un examen éclairé des moyens d'appel;                       |
| (4) To satisfy the public that justice has been done.                   | (4) convaincre le public que justice a été rendue.                        |

[99] However, an appeal court cannot intervene merely because it believes the trial judge did a poor job of expressing herself. Nor, is a failure to give adequate reasons a free standing basis for appeal. At para. 20 of *Walker*, Binnie J. states:

Equally, however, *Sheppard* holds that “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue. . . . The duty to give reasons “should be given a functional and purposeful interpretation” and the failure to live up to the duty does not provide “a free-standing right of appeal” or “in itself confe[r] entitlement to appellate intervention” (para. 53).

[100] An unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at (see *Gagnon*). But that does not make the reasons inadequate. In *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51, released at the same time as this decision, McLachlin C.J. has explained that credibility findings may involve factors that are difficult to verbalize:

While it is useful for a judge to attempt to articulate the reasons for believing a witness and disbelieving another in general or on a particular point, the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize. Furthermore, embellishing why a particular witness’s evidence is rejected may involve the judge in saying

[99] Cependant, une cour d’appel n’est pas admise à intervenir au seul motif que le juge du procès s’est mal exprimé. L’omission de fournir des motifs suffisants ne constitue pas non plus un motif d’appel distinct. Au par. 20 de l’arrêt *Walker*, le juge Binnie dit ce qui suit :

L’arrêt *Sheppard* établit toutefois que « [l]a cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé » (par. 26). Les motifs sont suffisants s’ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l’abstrait, mais d’après la réponse qu’ils apportent aux éléments essentiels du litige. [ . . . ] L’obligation de fournir des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l’objet » et l’inobservation de cette obligation n’a pas pour effet de créer « un droit d’appel distinct » ou de conférer « en soi le droit à l’intervention d’une cour d’appel » (par. 53).

[100] La partie qui n’a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s’il ne l’a pas crue. Il faut reconnaître qu’il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l’origine de sa décision (voir l’arrêt *Gagnon*). Ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Dans l’arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51, rendu concurremment avec la présente décision, la juge en chef McLachlin explique que les conclusions relatives à la crédibilité peuvent faire intervenir des éléments difficiles à exprimer :

Bien qu’il soit utile que le juge tente d’exposer clairement les motifs qui l’ont amené à croire un témoin plutôt qu’un autre, en général ou sur un point en particulier, il demeure que cet exercice n’est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer. De plus, pour expliquer en détail pourquoi un témoignage a été écarté, il se peut

unflattering things about the witness; judges may wish to spare the accused who takes the stand to deny the crime, for example, the indignity of not only rejecting his evidence in convicting him, but adding negative comments about his demeanor. In short, assessing credibility is a difficult and delicate matter that does not always lend itself to precise and complete verbalization. [para. 49]

Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been.

[101] Rowles J.A. found that the reasons of the trial judge showed why she arrived at her conclusion that F.H. had been sexually assaulted by McDougall. I agree with her that the reasons of the trial judge were adequate.

#### IV. Conclusion

[102] I am of the respectful opinion that the majority of the Court of Appeal erred in reversing the decision of the trial judge. The appeal should be allowed with costs. The decision of the Court of Appeal of British Columbia should be set aside and the decision of the trial judge restored.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Ian Hugh McDougall: Forstrom Jackson, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

que le juge doit tenir des propos peu flatteurs sur le témoin. Or, le juge voudra peut-être épargner à l'accusé, qui a témoigné pour nier le crime, la honte de subir des commentaires négatifs sur son comportement, en plus de celle de voir son témoignage écarté et d'être déclaré coupable. Bref, l'appréciation de la crédibilité est un exercice difficile et délicat qui ne se prête pas toujours à une énonciation complète et précise. [par. 49]

De même, les motifs ne sont pas insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être.

[101] La juge Rowles a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que F.H. avait été agressé sexuellement par M. McDougall. Je conviens avec elle que les motifs de la juge du procès étaient suffisants.

#### IV. Conclusion

[102] En toute déférence, je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort d'annuler la décision de la juge du procès. Le pourvoi est accueilli avec dépens. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulée, et celle de la juge du procès rétablie.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé Ian Hugh McDougall : Forstrom Jackson, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

**RBC Dominion Securities Inc. Appellant**

v.

**Merrill Lynch Canada Inc., James Michaud, Don Delamont, Reginald Bellomo, James Swift, John Evin, Dave Neilson, Victor Kravski, Christine Clarke, Alan Duffy, Connie Dodgson, Norma Juozaitis, Alison Van Nest Klein, Barbara Daniel and Holly Hale Respondents**

**INDEXED AS: RBC DOMINION SECURITIES INC. v. MERRILL LYNCH CANADA INC.**

**Neutral citation: 2008 SCC 54.**

File No.: 31904.

2008: April 25; 2008: October 9.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Employment law — Employment contract — Breach of implied terms — Branch manager orchestrating transfer of his branch's employees to competitor's branch — Mass exit occurring without notice — Action for damages for breach of implied terms of employment contract against branch employees and branch manager — Whether breach — Assessment of damages.*

In a move which D, the Cranbrook RBC branch manager, helped to coordinate, virtually all the investment advisors at that branch left without notice for the branch of its competitor, Merrill Lynch. RBC sued D and its other employees who left, claiming compensatory, punitive and exemplary damages. It also sued Merrill Lynch and its manager. The Supreme Court of British Columbia held that (1) the former employees breached the implied terms of their employment contracts requiring reasonable notice and prohibiting unfair competition with RBC; and, (2) D had breached his contractual duty by coordinating the departure and by failing to inform RBC management. D and the other investment advisors were not found to be fiduciary employees. The trial judge not only assessed damages against both

**RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. Appelante**

c.

**Merrill Lynch Canada Inc., James Michaud, Don Delamont, Reginald Bellomo, James Swift, John Evin, Dave Neilson, Victor Kravski, Christine Clarke, Alan Duffy, Connie Dodgson, Norma Juozaitis, Alison Van Nest Klein, Barbara Daniel et Holly Hale Intimés**

**RÉPERTORIÉ : RBC DOMINION VALEURS MOBILIÈRES INC. c. MERRILL LYNCH CANADA INC.**

**Référence neutre : 2008 CSC 54.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31904.

2008 : 25 avril; 2008 : 9 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit de l'emploi — Contrat de travail — Manquement aux conditions implicites — Directeur de succursale organisant le transfert des employés de sa succursale à la succursale du concurrent — Départ massif sans préavis — Action en dommages-intérêts contre les employés et le directeur de la succursale pour manquement aux conditions implicites du contrat de travail — Y a-t-il eu manquement? — Évaluation des dommages-intérêts.*

Dans une opération que D, le directeur de la succursale de RBC à Cranbrook, a aidé à coordonner, la quasi-totalité des conseillers en placements de cette succursale ont quitté leur emploi sans préavis pour se joindre à la succursale de la concurrente Merrill Lynch. RBC a poursuivi D et ses autres employés démissionnaires, réclamant des dommages-intérêts compensatoires, punitifs et exemplaires. RBC a également poursuivi Merrill Lynch et son directeur. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué (1) que les anciens employés avaient violé les conditions implicites de leurs contrats de travail les obligeant de donner un préavis raisonnable et leur interdisant de faire une concurrence déloyale à RBC; (2) que D avait manqué à son obligation contractuelle en coordonnant le départ des employés et en omettant d'en informer la

D and the employees for RBC losses but also found Merrill Lynch jointly and severally liable for the award as it had induced the employees' breach of their implied duty not to compete unfairly. The majority of the Court of Appeal varied some of these damages. At issue were whether the Court of Appeal properly overturned the award of damages against the former RBC employees and Merrill Lynch and its manager for losses caused over a five-year period and whether it properly set aside the award against D on the finding of breach of a contractual duty of good faith.

*Held* (Abella J. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The trial judge's award should be reinstated with the exception of the damages the trial judge found payable by the investment advisors for losses due to unfair competition based on their actions during the reasonable notice period.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: Damages arising in respect of a breach of contract should be such as arise either naturally, or as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of a breach. In organizing the mass exit, D breached his contractual duty of good faith, for an implied term of his employment contract was the retention of RBC employees who were under his supervision. The damages for that breach were the amount of loss it caused to RBC. [10] [13]

Generally, an employee who has terminated employment is not prevented from competing with his or her employer during the notice period, and the employer is confined to damages for failure to give reasonable notice. A departing employee might be liable for specific wrongs, however, such as improper use of confidential information during the notice period. The award of damages on the basis that the employees continued to be under a general duty not to compete was wrong in law. Further, given the global loss of profits award made against D, it would be inappropriate to award additional damages against the investment advisors for loss of profits

direction de RBC. La juge de première instance a conclu que D et les autres conseillers en placements n'étaient pas des employés ayant une obligation fiduciaire. Elle a non seulement évalué les dommages-intérêts auxquels elle a condamné D et les autres employés pour les pertes causées à RBC, elle a aussi tenu Merrill Lynch solidairement responsable du paiement de ces dommages-intérêts pour avoir incité les employés à manquer à leur obligation implicite de ne pas se livrer à une concurrence déloyale. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont modifié certains de ces dommages-intérêts. Le litige porte sur la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison d'écarter la réparation à laquelle ont été condamnés les anciens employés de RBC ainsi que Merrill Lynch et son directeur au titre de la perte de profits sur une période de cinq ans et de savoir si la Cour d'appel a eu raison d'annuler la réparation à laquelle D a été condamné pour manquement à une obligation contractuelle d'agir de bonne foi.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. La réparation ordonnée par la juge de première instance est rétablie, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts auxquels ont été condamnés les conseillers en placements pour les pertes attribuables à la concurrence déloyale en raison de leur conduite pendant la période de préavis raisonnable.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : La réparation à laquelle donne droit la rupture du contrat doit être soit celle qui découle naturellement de cette rupture, soit celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, à la conclusion du contrat, comme conséquence probable de la rupture. En organisant le départ massif, D a manqué à son obligation contractuelle d'agir de bonne foi puisque son contrat de travail lui demandait implicitement de retenir les employés de RBC qu'il supervisait. Les dommages-intérêts relatifs à ce manquement représentent le montant de la perte que ce manquement a fait subir à RBC. [10] [13]

On n'interdit généralement pas à l'employé démissionnaire de faire concurrence à son ancien employeur pendant la période de préavis et l'employeur ne peut réclamer des dommages-intérêts qu'en raison du défaut de l'employé de donner un avis raisonnable. L'ex-employé peut toutefois être tenu responsable de certaines fautes, comme l'utilisation irrégulière de renseignements confidentiels pendant la période de préavis. Il était erroné en droit d'accorder des dommages-intérêts fondés sur le maintien d'une obligation générale des employés de ne pas faire concurrence à leur employeur. De plus, étant donné que D a été condamné à verser un montant global

based on improper use of confidential information. [18] [20-21]

*Per* Abella J. (dissenting in part): D, a part-time branch manager at RBC in Cranbrook, was asked by M, a friend and former colleague now at Merrill Lynch, to help facilitate the recruitment of RBC investment advisors to competitor Merrill Lynch. In so doing, D did not breach an implied duty of good faith in his employment contract. Significantly, there was no restrictive, non-competition clause in D's employment contract, and he was found by the trial judge not to be a fiduciary employee. Yet the trial judge nonetheless imposed a fiduciary-like, elevated duty of good faith. This has the effect of creating a new legal category of "quasi-fiduciary" employee, causing inevitable uncertainty for employees who, until now, had the legal right to change employment without fear of financial liability. Breach of the employee's implied duty of good faith has traditionally only given rise to damages where there was competition during employment or improper use of confidential information. Imposing an enforceable obligation on D to protect RBC's interests by actively attempting to retain investment advisors within the company, therefore, represents a novel reformulation and extension of how courts have interpreted and applied a non-fiduciary employee's implied duty of good faith. Employees are not indentured servants. In the absence of a fiduciary relationship or non-competition clause, they are legally free to leave and enter into competition with former employers, either individually or in a group. [33] [42] [46] [48-49] [53-55] [62]

A necessary corollary of an employee's lawful right to compete following employment is the right to plan for future employment opportunities while still employed. D was free to leave RBC and to discuss his intentions with his co-workers. They, in turn, were free to be influenced by him. There was, as a result, no breach of D's duty of good faith to RBC, either in the fact of his own departure, or in his facilitating the departure of the other investment advisors. Even assuming a breach of the duty of good faith took place, the damages were excessive based on contractual breach principles. Awarding damages against D for a period of five years contradicts the reasonable expectations of the parties, especially given the highly competitive and mobile

en réparation pour perte de profits, il serait inoppor-  
tun de condamner les conseillers en placements à des  
dommages-intérêts additionnels pour perte de profits en  
raison de l'utilisation abusive de renseignements confi-  
dentiels. [18] [20-21]

*La* juge Abella (dissidente en partie) : M, un ami et  
ancien collègue à l'emploi de Merrill Lynch, a demandé  
à D, directeur à temps partiel de la succursale de RBC  
à Cranbrook, de faciliter le recrutement, par le concu-  
rent Merrill Lynch, des conseillers en placements de  
RBC. En ce faisant, D n'a pas manqué à une obligation  
implicite dans son contrat de travail d'agir de bonne foi.  
Fait important, le contrat de travail de D ne comportait  
aucune clause restrictive ou de non-concurrence, et la  
juge de première instance a conclu qu'il n'était pas un  
employé ayant qualité de fiduciaire. Néanmoins, elle  
lui a tout de même imposé une obligation plus lourde  
d'agir de bonne foi. Cela a pour effet de créer en droit  
une nouvelle catégorie d'employés « liés par une obliga-  
tion quasi-fiduciaire », ce qui cause une incertitude iné-  
vitable aux employés qui, jusqu'à maintenant, avaient le  
droit de changer d'emploi sans craindre d'être tenus res-  
ponsables financièrement. Dans le passé, le manquement  
par l'employé à son obligation implicite d'agir de bonne  
foi n'a donné lieu au paiement de dommages-intérêts  
que s'il a fait concurrence à son employeur pendant qu'il  
était à son emploi ou s'il a utilisé à mauvais escient des  
informations confidentielles. Imposer à D une obligation  
exécutoire de protéger les intérêts de RBC en cherchant  
activement à retenir les conseillers en placements au sein  
de celle-ci revient à reformuler et à élargir la façon dont  
les tribunaux ont interprété et appliqué l'obligation impli-  
cite d'agir de bonne foi des employés n'ayant pas qualité  
de fiduciaires. Les employés ne sont pas des serveurs  
sous contrat. En l'absence de relation de nature fiduciaire  
ou de clause de non-concurrence, ils ont le droit de quit-  
ter leur employeur individuellement ou en groupe et de  
lui faire concurrence par la suite. [33] [42] [46] [48-49]  
[53-55] [62]

Le droit de l'employé qui a quitté son emploi de faire  
concurrence à son ancien employeur a pour corollaire  
nécessaire le droit d'établir, pendant qu'il est encore  
employé, des plans en vue de possibilités d'emploi futur.  
D était libre de quitter RBC et de faire part de ses inten-  
tions à ses collègues de travail. Ces derniers étaient libres  
à leur tour de se laisser influencer par lui. Par son propre  
départ, ou en facilitant le départ des autres conseillers  
en placements, D n'a donc pas manqué à son obligation  
d'agir de bonne foi envers RBC. Même en supposant  
qu'il y a eu manquement à l'obligation d'agir de bonne  
foi, les dommages-intérêts étaient excessifs eu égard aux  
principes applicables en matière de rupture de contrat.  
Il est contraire aux attentes raisonnables des parties de

nature of employment relationships in this industry. [57] [62-63] [65]

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

By Abella J. (dissenting in part)

*Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *CRC-Evans Canada Ltd. v. Pettifer* (1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294; *Alnor Services Ltd. v. Sawyer* (1990), 31 C.C.E.L. 34; *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler*, [1986] 1 All E.R. 617; *Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin* (1999), 170 D.L.R. (4th) 69; *Imperial Sheet Metal Ltd. v. Landry* (2007), 315 N.B.R. (2d) 328, 2007 NBCA 51; *Elsley v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Research Capital Corp. v. Yorkton Securities Inc.* (2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957; *Restauronics Services Ltd. v. Forster* (2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA 130; *Kusy's Electric Ltd. v. Sullivan* (2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB 397; *Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) v. Porter*, [2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843; *Monarch Messenger Services Ltd. v. Houlding* (1984), 56 A.R. 147; *Golden Images Management Ltd. v. Champers Enterprises Ltd.*, [2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Westcan Bulk Transport Ltd. v. Stewart* (2005), 373 A.R. 236, 2005 ABQB 97; *Leith v. Rosen Fuels Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 184; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30; *Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44; *Ernst & Young v. Stuart*, [1993] 6 W.W.R. 245.

### Authors Cited

Ball, Stacey Reginald. *Canadian Employment Law*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated July 2008).

Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Echlin, Randall Scott, and Christine M. Thomlinson. *For Better or For Worse: A Practical Guide to Canadian Employment Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 2003.

condamner D à des dommages-intérêts pour une période de cinq ans compte tenu en particulier de la grande mobilité des employés et de la nature hautement compétitive de l'emploi dans cette industrie. [57] [62-63] [65]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt mentionné :** *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

*Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *CRC-Evans Canada Ltd. c. Pettifer* (1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294; *Alnor Services Ltd. c. Sawyer* (1990), 31 C.C.E.L. 34; *Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler*, [1986] 1 All E.R. 617; *Barton Insurance Brokers Ltd. c. Irwin* (1999), 170 D.L.R. (4th) 69; *Imperial Sheet Metal Ltd. c. Landry* (2007), 315 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 328, 2007 NBCA 51; *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Research Capital Corp. c. Yorkton Securities Inc.* (2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957; *Restauronics Services Ltd. c. Forster* (2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA 130; *Kusy's Electric Ltd. c. Sullivan* (2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB 397; *Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) c. Porter*, [2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843; *Monarch Messenger Services Ltd. c. Houlding* (1984), 56 A.R. 147; *Golden Images Management Ltd. c. Champers Enterprises Ltd.*, [2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Westcan Bulk Transport Ltd. c. Stewart* (2005), 373 A.R. 236, 2005 ABQB 97; *Leith c. Rosen Fuels Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 184; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30; *Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44; *Ernst & Young c. Stuart*, [1993] 6 W.W.R. 245.

### Doctrine citée

Ball, Stacey Reginald. *Canadian Employment Law*, vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated July 2008).

Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies : The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Echlin, Randall Scott, and Christine M. Thomlinson. *For Better or For Worse : A Practical Guide to Canadian Employment Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Aurora Professional Press, 2003.

England, Geoffrey. *Employment Law in Canada*, vol. 2, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated May 2007, release 11).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Southin and Rowles JJ.A.) (2007), 25 B.L.R. (4th) 211, 275 D.L.R. (4th) 385, [2007] 3 W.W.R. 383, 235 B.C.A.C. 126, 388 W.A.C. 126, 63 B.C.L.R. (4th) 3, 55 C.C.E.L. (3d) 240, 2007 CLLC ¶210-006, [2007] B.C.J. No. 48 (QL), 2007 CarswellBC 46, 2007 BCCA 22, overturning in part the decision of Holmes J. with respect to liability (2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 55 C.C.E.L. (3d) 179, [2003] B.C.J. No. 2700 (QL), 2003 CarswellBC 2923, 2003 BCSC 1773, and varying the decision with respect to damages (2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 36 B.C.L.R. (4th) 138, 55 C.C.E.L. (3d) 208, [2004] B.C.J. No. 2337 (QL), 2004 CarswellBC 2631, 2004 BCSC 1464, and dismissing the cross-appeal. Appeal allowed in part, Abella J. dissenting in part.

*Michael E. Royce, Risa M. Kirshblum and Catherine Powell*, for the appellant.

*Terrence J. O'Sullivan, M. Paul Michell and Stein K. Gudmundseth*, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### 1. Introduction

[1] The appellant RBC Dominion Securities Inc. ("RBC") and the respondent Merrill Lynch Canada Inc. are competitors in the investment brokerage business. Each had offices in the small city of Cranbrook, British Columbia. In November 2000, virtually all the investment advisors at RBC, in a move coordinated by the branch manager, Don Delamont, left RBC and went to Merrill Lynch. As a result of the departure only two very junior investment advisors whom Merrill Lynch had not sought to recruit and two administrative staff members remained at the branch. No advance notice was

England, Geoffrey. *Employment Law in Canada*, vol. 2, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated May 2007, release 11).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Southin et Rowles) (2007), 25 B.L.R. (4th) 211, 275 D.L.R. (4th) 385, [2007] 3 W.W.R. 383, 235 B.C.A.C. 126, 388 W.A.C. 126, 63 B.C.L.R. (4th) 3, 55 C.C.E.L. (3d) 240, 2007 CLLC ¶210-006, [2007] B.C.J. No. 48 (QL), 2007 CarswellBC 46, 2007 BCCA 22, qui a infirmé en partie la décision de la juge Holmes relativement à la responsabilité (2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 55 C.C.E.L. (3d) 179, [2003] B.C.J. No. 2700 (QL), 2003 CarswellBC 2923, 2003 BCSC 1773, et modifié sa décision relative aux dommages-intérêts (2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 36 B.C.L.R. (4th) 138, 55 C.C.E.L. (3d) 208, [2004] B.C.J. No. 2337 (QL), 2004 CarswellBC 2631, 2004 BCSC 1464, et qui a rejeté le pourvoi incident. Pourvoi accueilli en partie, la juge Abella est dissidente en partie.

*Michael E. Royce, Risa M. Kirshblum et Catherine Powell*, pour l'appelante.

*Terrence J. O'Sullivan, M. Paul Michell et Stein K. Gudmundseth*, pour les intimés.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### 1. Introduction

[1] L'appelante RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. (« RBC ») et l'intimée Merrill Lynch Canada Inc. sont des concurrentes dans le domaine du courtage en placements. Toutes deux avaient des bureaux dans la petite ville de Cranbrook, en Colombie-Britannique. En novembre 2000, la quasi-totalité des conseillers en placements de RBC ont quitté RBC pour se joindre à Merrill Lynch dans une opération coordonnée par le directeur de la succursale, Don Delamont. À la suite de ce départ, la succursale ne comptait plus que deux conseillers en placements novices que Merrill



given to RBC. In the weeks preceding the employees' departure, RBC's client records had been surreptitiously copied and transferred to Merrill Lynch. RBC's office was effectively hollowed out and all but collapsed.

[2] RBC sued Merrill Lynch and its former employees claiming compensatory, punitive and exemplary damages. It raised the following causes of action:

- Against its former employees: breach of fiduciary duty, breach of implied contractual term not to compete unfairly upon leaving RBC's employ, breach of implied contractual term to give reasonable notice of termination, and an action for misuse of confidential information.
- Against Merrill Lynch and its manager James Michaud: breach of duty in tort for inducing RBC staff to terminate their contracts of employment without notice and to breach their contractual obligation not to compete unfairly.
- Against all the respondents: actions in tort for conspiracy and conversion, the latter related to the removal of documents known to be the property of RBC.

[3] The Supreme Court of British Columbia allowed the RBC action ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 2003 BCSC 1773). Holmes J. dismissed the claims for conspiracy and found that no fiduciary duties were owed by the former employees.

[4] Holmes J. held that the former employees breached the implied terms of their employment contracts to provide reasonable notice of termination of their employment and not to compete unfairly with RBC. She found that the former employees provided inadequate notice of

Lynch n'avait pas cherché à recruter et deux membres du personnel administratif. Aucun préavis n'a été donné à RBC. Dans les semaines qui ont précédé le départ des employés, des dossiers de clients de RBC ont été subrepticement copiés et transférés à Merrill Lynch. Le bureau de RBC s'est pour ainsi dire vidé de sa substance et a failli s'effondrer.

[2] RBC a poursuivi Merrill Lynch et ses anciens employés, réclamant des dommages-intérêts compensatoires, punitifs et exemplaires. Elle a invoqué les causes d'action suivantes :

- à l'encontre de ses anciens employés : manquement à leur obligation fiduciaire, violation des conditions implicites de leurs contrats qui leur interdisaient de concurrencer de manière déloyale RBC après avoir quitté l'entreprise, violation des conditions implicites de leurs contrats aux termes desquelles ils devaient donner un préavis raisonnable de démission, et utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels;
- à l'encontre de Merrill Lynch et de son directeur James Michaud : leur responsabilité délictuelle pour avoir incité les employés de RBC à mettre fin à leurs contrats d'emploi sans donner de préavis et à violer leur obligation contractuelle de ne pas se livrer à une concurrence déloyale;
- à l'encontre de tous les intimés : leur responsabilité délictuelle pour complot et appropriation, celle-ci se rapportant au retrait de documents qu'on savait appartenir à RBC.

[3] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli l'action de RBC ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 2003 BCSC 1773). La juge Holmes a rejeté les demandes fondées sur le complot et a estimé que les anciens employés n'étaient pas assujettis à une obligation fiduciaire.

[4] La juge Holmes a statué que les anciens employés avaient violé les conditions implicites de leurs contrats de travail selon lesquelles ils étaient tenus de donner un préavis raisonnable de leur départ et devaient s'abstenir de concurrencer de manière déloyale RBC. Elle a conclu qu'ils ont

termination, engaged in concerted and vigorous efforts to move clients to Merrill Lynch before RBC could protect its relationships, and removed confidential client records belonging to RBC several weeks before leaving. She also held the former employees, as well as Merrill Lynch and Michaud, liable in tort for conversion of the RBC confidential client records. Holmes J. further held that branch manager Delamont had breached his contractual duty to perform his employment duties faithfully to RBC by promoting and coordinating the departure, while at the same time failing to inform RBC management of the departure.

[5] In a second segment of the trial ((2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 2004 BCSC 1464), Holmes J. assessed damages for these contractual and tortious wrongs. She made a large award of damages against Delamont arising out of his breach of the implied duty of good faith, having found that this breach resulted in a near-collapse of the Cranbrook branch. Holmes J. additionally made awards against all the investment advisors, including Delamont, for loss of profits during the notice period and future loss of profits due to unfair competition during that period. Merrill Lynch was held jointly and severally liable for the latter award, having induced the employee's breach of their implied duty not to compete unfairly. Additional punitive damages based on the conversion of the client records were awarded at trial and are not in issue in this Court.

[6] The majority of the Court of Appeal reversed some of these damages, Rowles J.A. dissenting in part ((2007), 25 B.L.R. (4th) 211, 2007 BCCA 22). The following chart summarizes the main awards at issue. It is common ground that Merrill Lynch has indemnified or will indemnify the individual defendants for any damages awarded against them.

fourni un préavis de départ inadéquat, ont entrepris de façon active et concertée de transférer des clients à Merrill Lynch avant que RBC puisse protéger ses rapports d'affaires et ont emporté avec eux des dossiers confidentiels de clients de RBC plusieurs semaines avant de quitter leur emploi. Elle a également conclu que les anciens employés ainsi que Merrill Lynch et M. Michaud avaient engagé leur responsabilité délictuelle en s'appropriant des dossiers confidentiels de clients de RBC. La juge Holmes a en outre statué que le directeur de la succursale, M. Delamont, avait manqué à son obligation contractuelle d'exercer avec loyauté les fonctions de son emploi chez RBC en favorisant et en coordonnant le départ des employés, tout en omettant d'en informer la direction de RBC.

[5] Dans la seconde partie du procès ((2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 2004 BCSC 1464), la juge Holmes a évalué les dommages-intérêts relatifs aux fautes de nature contractuelle et délictuelle. Elle a condamné M. Delamont à des dommages-intérêts élevés pour le manquement à son obligation implicite d'agir de bonne foi, après avoir conclu que cette violation avait causé le quasi-effondrement de la succursale de Cranbrook. La juge a en outre condamné tous les conseillers en placements, y compris M. Delamont, à des dommages-intérêts pour la perte de profits pendant la période de préavis et la perte future de profits attribuable à la concurrence déloyale pendant cette période. Merrill Lynch a été tenue solidairement responsable du paiement de ces derniers dommages-intérêts pour avoir incité les employés à manquer à leur obligation implicite de ne pas se livrer à une concurrence déloyale. La cour a également accordé des dommages-intérêts punitifs, qui ne sont pas en litige devant notre Cour, au titre de l'appropriation illicite des dossiers des clients.

[6] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé certaines de ces condamnations à des dommages-intérêts, la juge Rowles étant dissidente en partie ((2007), 25 B.L.R. (4th) 211, 2007 BCCA 22). Le tableau suivant résume les principaux montants des dommages-intérêts en litige. Il est acquis que Merrill Lynch a indemnifié ou indemniser les autres défendeurs pour les dommages-intérêts auxquels ils ont été ou seront condamnés.

	All RBC IA's including Delamont	Delamont (additional)	Merrill Lynch	Michaud
Trial judge	\$40,000 total for failure to give notice of departure (2.5 wks)	\$1,483,239 for loss of profits due to breach of duty of good faith		
	\$225,000 total for loss of profits due to unfair competition		Joint and several liability for \$225,000 unfair competition	Joint and several liability for \$225,000 unfair competition
	\$5,000 each punitive	Additional \$5000 punitive	\$250,000 punitive	\$10,000 punitive
C.A. majority	\$40,000 total for failure to give notice			
	\$5,000 each punitive (cross-appeal dismissed)	Additional \$5,000 punitive (cross-appeal dismissed)	\$250,000 punitive (cross-appeal dismissed)	\$10,000 punitive (cross-appeal dismissed)
C.A. dissent (in part)	As per C.A. majority	As per trial judge	As per C.A. majority	As per C.A. majority

[7] In this Court, the appellant RBC seeks reinstatement of the award of the trial judge. I agree, with the exception of the damages the trial judge found payable by the investment advisors for losses due to unfair competition based on their actions during the 2.5 week notice period. I would therefore

	Tous les c.p. de RBC, y compris M. Delamont	M. Delamont (montants additionnels)	Merrill Lynch	M. Michaud
Juge de première instance	un total de 40 000 \$ pour l'omission de donner un préavis de départ (2,5 sem.)	1 483 239 \$ pour perte de profits en raison d'un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi		
	un total de 225 000 \$ pour la perte de profits attribuable à une concurrence déloyale		responsabilité solidaire pour un montant de 225 000 \$ en raison d'une concurrence déloyale	responsabilité solidaire pour un montant de 225 000 \$ en raison d'une concurrence déloyale
	5 000 \$ chacun à titre punitif	5 000 \$ additionnels à titre punitif	250 000 \$ à titre punitif	10 000 \$ à titre punitif
Juges majoritaires de la C.A.	un total de 40 000 \$ pour l'omission de donner un préavis de départ			
	5 000 \$ chacun à titre punitif (appel incident rejeté)	5 000 \$ additionnels à titre punitif (appel incident rejeté)	250 000 \$ à titre punitif (appel incident rejeté)	10 000 \$ à titre punitif (appel incident rejeté)
Juge dissidente de la C.A. (dissidence partielle)	comme la majorité	comme la juge de première instance	comme la majorité	comme la majorité

[7] L'appelante RBC sollicite de notre Cour le rétablissement du jugement de la juge de première instance. Je suis d'accord avec cette demande, sauf en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts que la juge de première instance a estimé que les conseillers en placements devaient verser

allow the appeal in part, substantially for the reasons of Rowles J.A. in the Court of Appeal.

## 2. The Loss of Profits Award Against Delamont

[8] The trial judge awarded damages in the amount of \$1,483,239 against Delamont for the loss of profits RBC suffered as a result of his failure to perform his duties in good faith, specifically, his orchestration of the departure of virtually all RBC's investment advisors. This award rested on specific findings of fact by the trial judge:

[E]qually part of [Mr. Delamont's] job description was to attempt to retain [investment advisors] within DS, and certainly not to promote or coordinate their departure and the departure of the clients they serviced. [(2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at para. 125]

Mr. Delamont's breach of his duty as branch manager caused the departures from DS, except for those of Mr. Swift and Mr. Kravski. He is liable for DS's loss resulting from the near-collapse of the branch . . . .

. . . .

In summary, Mr. Delamont's breach did much more than provide the mere occasion for the mass departure. His various acts and failures in breach of his duty to DS led directly to the circumstances in which the employees determined to leave. I am satisfied that his breach caused the mass departure and the near collapse of the DS branch, but did not cause the departures of Mr. Swift and Mr. Kravski. [(2004), 50 B.L.R. (3d) 308, at paras. 144 and 48]

The majority of the Court of Appeal overturned this award on the ground that it had not been properly pleaded, and on the further ground that, in any event, the damages claimed were not "proximate" as required by contract law: *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

au titre de la concurrence déloyale en raison des actes qu'ils ont posés pendant la période de préavis de deux semaines et demie. J'accueillerais par conséquent le pourvoi en partie, essentiellement pour les motifs énoncés par la juge Rowles de la Cour d'appel.

## 2. Condamnation de M. Delamont au titre de la perte de profits

[8] La juge de première instance a condamné M. Delamont à des dommages-intérêts de 1 483 239 \$ pour la perte de profits que RBC a subie parce qu'il n'a pas accompli de bonne foi ses fonctions, ayant organisé le départ de la presque totalité des conseillers en placements de RBC. La condamnation à ce titre reposait sur des conclusions de fait précises de la juge de première instance :

[TRADUCTION] [L]a description de ses tâches prévoyait également qu'il [M. Delamont] devait chercher à retenir [les conseillers en placements] au sein de DMV, et certainement pas à favoriser et coordonner leur départ ainsi que la perte des clients qu'ils servaient. [(2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 125]

Le manquement à son obligation en tant que directeur de la succursale a causé le départ des employés de DMV, sauf ceux de M. Swift et M. Kravski. Il est responsable de la perte de DMV résultant du quasi-effondrement de la succursale . . . .

. . . .

En résumé, le manquement de M. Delamont a fait bien plus que fournir une simple occasion de départ massif. Ses divers actes et omissions en violation de son obligation envers DMV sont directement à l'origine des circonstances dans lesquelles les employés ont décidé de partir. Je suis convaincue que ce manquement a causé le départ massif et le quasi-effondrement de la succursale de DMV, mais n'a pas causé les départs de M. Swift et M. Kravski. [(2004), 50 B.L.R. (3d) 308, par. 144 et 48]

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont écarté cette réparation au motif qu'elle n'avait pas été demandée régulièrement dans les actes de procédure et que, quoi qu'il en soit, les dommages-intérêts réclamés n'avaient pas de « lien étroit » comme l'exige le droit des contrats : *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

[9] The respondents argue that the pleadings were inadequate to support the award of \$1,483,239 against Delamont for loss of profits due to the near-collapse of the RBC office. I am satisfied, as were the trial judge and Rowles J.A., that the pleadings supported this award. The further amended Statement of Claim specifically pleaded that

[e]ach branch is managed by a Branch Manager who has responsibility for running the day-to-day operations of the branch, hiring, coaching, counselling and supervising employees . . . [A.R., at p. 223, para. 20]

The trial judge found that Delamont had breached his managerial duty. In any event adopting a purposive approach, courts on pleadings motions inquire into any prejudice the alleged defect may have caused. Here there was none. The allegation that Delamont had organized the defection of RBC's entire staff of investment advisors was understood by the parties to be in issue, as examination on the matter during the trial attests.

[10] Second, the respondents argue that the award does not meet the requirement of proximity for contract damages set out in *Hadley v. Baxendale*. That test provides that damages arising in respect of a breach of contract should be such as arise either naturally, i.e., in the usual course of things, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of a breach. The respondents argue that it was not within contemplation of the parties that Delamont be held liable for losses beyond the applicable notice period.

[11] The trial judge rejected the defendant's arguments on this point, finding that reasonably contemplated losses were not confined to the notice period:

[9] Les intimés font valoir que les actes de procédure ne justifiaient pas la condamnation de M. Delamont à des dommages-intérêts de 1 483 239 \$ pour la perte de profits attribuable au quasi-effondrement du bureau de RBC. À l'instar de la juge de première instance et de la juge d'appel Rowles, je suis convaincue que les actes de procédure étayaient cette condamnation. Dans sa déclaration modifiée, la demanderesse plaidait ce qui suit :

[TRADUCTION] Chaque succursale est gérée par un directeur de succursale chargé de diriger les opérations quotidiennes de la succursale et d'embaucher, de former, de conseiller et de superviser les employés . . . [d.a., p. 223, par. 20]

La juge de première instance a conclu que M. Delamont avait manqué à son devoir de directeur. En tout état de cause, lorsqu'elles sont saisies d'actes de procédures dans le cadre de requêtes, les cours, suivant une approche téléologique, examinent tout préjudice que l'irrégularité invoquée peut avoir causé. En l'espèce, il n'y en avait pas. Les parties savaient que l'allégation suivant laquelle M. Delamont avait organisé la défection de l'ensemble des conseillers en placements à l'emploi de RBC était en litige, comme l'atteste l'interrogatoire tenu à cet égard lors du procès.

[10] Les intimés font ensuite valoir que la réparation accordée ne respecte pas l'exigence du lien étroit entre la rupture de contrat et les dommages-intérêts contractuels énoncée dans *Hadley c. Baxendale*. Selon ce critère, la réparation à laquelle donne droit la rupture du contrat doit être soit celle qui découle naturellement de cette rupture, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, soit celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, à la conclusion du contrat, comme conséquence probable de la rupture. Les intimés plaident que les parties n'envisageaient pas que M. Delamont soit tenu responsables des pertes au-delà de la période de préavis applicable.

[11] La juge de première instance a rejeté les arguments des défendeurs à ce sujet, concluant que les pertes raisonnablement envisagées ne se limitaient pas à la période de préavis :

I do not conclude that the parties to his employment contract contemplated that Mr. Delamont's liability for such a breach would be restricted to losses associated with the period of notice he ought to have given. [(2004), 50 B.L.R. (3d) 308, at para. 55]

[12] It is apparent that the majority of the Court of Appeal applied the proximity test wrongly. Instead of asking whether damages of this sort would have been within the reasonable contemplation of the parties had they put their minds to the potential breach when the contract was entered into, the majority of the Court of Appeal asked whether the *breach* was foreseeable. The majority held that the collapse of the branch was not a foreseeable consequence of Delamont's chosen course of action, because "neither of the parties to this contract would have ever thought about this sort of alleged breach" (para. 106). With respect, this argument conflates the unforeseeability of the consequences with the unforeseeability of the breach. The correct question to ask is whether, had the parties at the time of entering into the contract of employment directed their minds to the possibility that Delamont might orchestrate the departure of substantially all the office's investment advisors, would they have contemplated a loss of profits giving rise to damages. In my view, the trial judge asked the correct legal question and arrived at an appropriate conclusion on the facts. There is no basis for interference on the grounds of *Hadley v. Baxendale*.

[13] Other objections to this award can be quickly dispensed with. The basis of the largest part of the award, as conceived by the trial judge and the dissenting judge in the Court of Appeal, was the breach of Delamont's duty of good faith in the discharge of his employment contract. An implied term of that contract, as he admitted at trial, was to retain the employees of RBC who were under his supervision. In organizing their mass exit, he breached that duty of good faith. The damages for that breach are the amount of loss it caused to RBC. To calculate that loss, the trial judge chose a position intermediate between those advanced by the plaintiff and the defendant. After hearing extensive expert evidence from both sides, she measured the loss on the basis of five years, discounted for

[TRANSDUCTION] Je ne dis pas que les parties à ce contrat de travail ont envisagé que la responsabilité de M. Delamont du fait de cette rupture se limiterait aux pertes liées à la période du préavis qu'il aurait dû donner. [(2004), 50 B.L.R. (3d) 308, par. 55]

[12] Il est clair que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué incorrectement ce critère du lien étroit. Au lieu de se demander si les parties auraient raisonnablement pu envisager, lors de la conclusion du contrat, des dommages-intérêts de cet ordre comme conséquence probable de sa rupture, les juges majoritaires se sont demandé si la *rupture* était prévisible. La majorité a statué que l'effondrement de la succursale n'était pas une conséquence prévisible découlant de la ligne de conduite choisie par M. Delamont parce que [TRANSDUCTION] « aucune des parties à ce contrat n'aurait jamais pensé à la rupture dont fait état l'allégation » (par. 106). Avec égards, cet argument confond l'imprévisibilité des conséquences avec l'imprévisibilité de la rupture du contrat. La question qu'il faut se poser est la suivante : si, lorsqu'elles ont conclu le contrat de travail, les parties avaient pensé à la possibilité que M. Delamont puisse organiser le départ de la quasi-totalité des conseillers en placements, auraient-elles envisagé une perte de profits donnant lieu à des dommages-intérêts? À mon avis, la juge de première instance a correctement posé la question de droit et a tiré des faits une conclusion appropriée. Rien ne justifie une intervention fondée sur l'arrêt *Hadley c. Baxendale*.

[13] On peut écarter rapidement d'autres objections à cette réparation. La majeure partie de la réparation, comme l'ont conçue la juge de première instance et la juge dissidente de la Cour d'appel, découlait du manquement à l'obligation d'agir de bonne foi de M. Delamont dans l'exécution de son contrat de travail. Comme ce dernier l'a admis au procès, ce contrat lui demandait implicitement de retenir les employés de RBC qu'il supervisait. En organisant leur départ massif, il a manqué à cette obligation d'agir de bonne foi. Les dommages-intérêts relatifs à ce manquement représentent le montant de la perte que cette violation a fait subir à RBC. Pour calculer cette perte, la juge de première instance a choisi une position à mi-chemin entre celles préconisées par la demanderesse et

various contingencies. That was reasonable and supported by the evidence.

### 3. The Unfair Competition Award Against the Investment Advisors

[14] The trial judge awarded a total of \$40,000 in damages against the investment advisors, including Delamont, for failure to give reasonable notice of termination of employment. The award was calculated based on the profits that they would have contributed to RBC during the 2.5 week notice period. The Court of Appeal unanimously upheld this award.

[15] In addition, the trial judge awarded a total of \$225,000 against the investment advisors for unfair competition. The trial judge held that during the 2.5 week notice period, the departing employees remained subject to their contractual duties and specifically their general duty of fidelity to RBC, which prevented them from competing with RBC during this period. She found that by competing against RBC during this period, the investment advisors, including Delamont, caused RBC losses that continued after the notice period. Specifically, she found that in the absence of this “unfair” competition, RBC would have retained 25 percent rather than 13.5 percent of its clients. Hence the trial judge made an award against all the investment advisors for 11.5 percent of RBC’s profits over a five-year period. This award was in addition to the \$40,000 award for failure to give reasonable notice.

[16] The appellant asks that this award, which all members of the Court of Appeal found unjustified, be reinstated.

[17] The difference between the trial judge and the Court of Appeal on this issue reflects a

la défenderesse. Après avoir entendu d’abondants témoignages des experts cités par les parties, elle a calculé la perte sur une période de cinq ans, faisant des déductions pour divers imprévus, ce qui était raisonnable et trouvait appui sur la preuve.

### 3. La condamnation des conseillers en placements au titre de la concurrence déloyale

[14] La juge de première instance a condamné les conseillers en placements, y compris M. Delamont, à des dommages-intérêts totaux de 40 000 \$ pour avoir omis de donner un préavis raisonnable de cessation d’emploi. Le montant a été calculé en fonction des profits que RBC aurait pu réaliser pendant les deux semaines et demie du préavis. La Cour d’appel a unanimement confirmé ce montant.

[15] La juge de première instance a en outre condamné les conseillers en placements à des dommages-intérêts totaux de 225 000 \$ au titre de la concurrence déloyale. Elle a statué que les employés démissionnaires continuaient d’être assujettis, pendant la période de préavis de deux semaines et demie, à leurs obligations contractuelles et particulièrement à leur obligation générale de fidélité envers RBC, ce qui les empêchait de lui faire concurrence pendant cette période. Elle a conclu qu’en concurrençant RBC pendant cette période, les conseillers en placements, dont M. Delamont, ont fait subir à RBC des pertes qui ont continué de s’accumuler après la période de préavis. Plus précisément, elle a conclu qu’en l’absence de cette concurrence « déloyale », RBC aurait retenu 25 p. 100 plutôt que 13,5 p. 100 de sa clientèle. Par conséquent, la juge de première instance a condamné tous les conseillers en placements à payer 11,5 p. 100 des profits de RBC pendant une période de cinq ans. Ce montant s’ajoutait aux dommages-intérêts de 40 000 \$ au titre de l’omission de donner un préavis raisonnable.

[16] L’appelante nous demande de rétablir cette réparation, que tous les membres de la Cour d’appel ont trouvé injustifiée.

[17] La divergence entre la juge de première instance et la Cour d’appel à cet égard reflète des

different view of the obligations of employees leaving their employ without notice. The trial judge, as discussed above, took the view that the employees continued to be under a general duty not to compete with their former employer during the notice period. This formed the basis of her award for non-competition damages against them.

[18] The majority of the Court of Appeal, by contrast, held that once the investment advisors left RBC, they were no longer under a duty not to compete with it. The view of the Court of Appeal on the law for the purposes of this issue may be summed up as follows. Generally, an employee who has terminated employment is not prevented from competing with his or her employer during the notice period, and the employer is confined to damages for failure to give reasonable notice (Southin J.A. for the majority). To this general proposition Rowles J.A. may be read as adding the qualification that a departing employee might be liable for specific wrongs such as improper use of confidential information during the notice period. This appears to be consistent with the current law, which restricts post-employment duties to the duty not to misuse confidential information, as well as duties arising out of a fiduciary duty or restrictive covenant: see G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 2, § 11.141. Neither of the latter duties is at issue here.

[19] For the purposes of this case, the law may be accepted as summarized by the preceding paragraph. The contract of employment ends when either the employer or the employee terminates the employment relationship, although residual duties may remain. An employee terminating his or her employment may be liable for failure to give reasonable notice and for breach of specific residual duties. Subject to these duties, the employee is free to compete against the former employer.

opinions différentes en ce qui concerne les obligations des employés quittant leur emploi sans préavis. Comme nous l'avons vu, la juge de première instance a estimé que les employés continuaient d'être assujettis à une obligation générale de ne pas faire concurrence à leur ancien employeur pendant la période de préavis. Il s'agissait du fondement de sa condamnation aux dommages-intérêts au titre de la non-concurrence.

[18] Par contre, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué que les conseillers en placements n'avaient plus d'obligation de ne pas concurrencer RBC dès l'instant où ils ont cessé de travailler pour elle. Le point de vue de la Cour d'appel sur le droit relatif à cette question peut se résumer comme suit. On n'interdit généralement pas à l'employé démissionnaire de faire concurrence à son ancien employeur pendant la période de préavis et l'employeur ne peut réclamer des dommages-intérêts qu'en raison du défaut de l'employé de donner un avis raisonnable (la juge Southin au nom de la majorité). On peut considérer que la juge d'appel Rowles a précisé, par rapport à cette affirmation générale, que l'ex-employé peut être tenu responsable de certaines fautes, comme l'utilisation irrégulière de renseignements confidentiels pendant la période de préavis. Cela semble conforme à l'état actuel du droit, qui limite les obligations postérieures à la période d'emploi à l'obligation de ne pas utiliser abusivement des renseignements confidentiels, ainsi qu'à l'obligation découlant d'une obligation fiduciaire ou d'une clause restrictive : voir G. England, *Employment Law in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, § 11.141. Aucune de ces dernières obligations n'est en cause en l'espèce.

[19] Pour les besoins de la présente affaire, le paragraphe qui précède résume bien l'état actuel du droit. Le contrat d'emploi prend fin lorsque l'employeur ou l'employé met fin au lien d'emploi, bien que des obligations résiduelles puissent subsister. Un employé qui met fin à son emploi peut être tenu à des dommages-intérêts s'il n'a pas donné un préavis raisonnable et s'il n'a pas respecté certaines obligations résiduelles. Sous réserve de ces obligations, l'employé est libre de faire concurrence à son ancien employeur.



[20] To the extent the trial judge awarded damages on the basis that the employees continued to be under general duty not to compete, this award of damages was wrong in law.

[21] The trial judge made additional findings about the RBC employees' use of confidential client records which suggest she might have awarded damages even in the absence of this erroneous holding. The trial judge made findings of fact regarding efforts of the employees to remove confidential information before leaving RBC ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at paras. 24-25). At para. 29 the trial judge made an additional finding that Merrill Lynch used these records to solicit RBC clients between the employees' departure and the return of the records shortly thereafter. In overturning the award Rowles J.A. emphasized that the documents were very quickly returned, which may suggest she viewed the trial judge as implicitly having concluded that no specific loss flowed from the conversion of the records due to the short duration they were held. The trial judge took into account the use of confidential information in making the global loss of profits award against Delamont, and accepted RBC's concession that no damages arose "uniquely" from the conversion of the records. I agree with Rowles J.A. that, having made a global loss of profits award against Delamont, it would be inappropriate to award additional damages against the investment advisors for loss of profits based on improper use of confidential information. It follows that this Court need not entertain the specific issue of the conversion of the documents.

#### 4. Miscellaneous Matters

[22] A number of interesting issues were raised in the course of argument that I do not find it

[20] Dans la mesure où la juge de première instance a accordé des dommages-intérêts fondés sur le maintien d'une obligation générale des employés de ne pas faire concurrence à leur employeur, cette condamnation à des dommages-intérêts était erronée en droit.

[21] La juge de première instance a tiré d'autres conclusions au sujet de l'utilisation, par les employés de RBC, des dossiers confidentiels des clients, et ces conclusions laissent croire qu'elle aurait pu accorder des dommages-intérêts même en l'absence de cette conclusion erronée. Elle a tiré des conclusions de fait concernant les efforts déployés par les employés pour emporter des renseignements confidentiels avant de quitter RBC ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 24-25). Au paragraphe 29, la juge de première instance a conclu en outre que Merrill Lynch a utilisé ces dossiers pour solliciter les clients de RBC après le départ des employés jusqu'à ce que les dossiers soient retournés peu après. En infirmant la réparation accordée du fait de l'utilisation de ces dossiers, la juge Rowles a souligné que les documents ont été retournés très rapidement, ce qui peut laisser croire qu'à son avis, la juge de première instance avait implicitement conclu que l'appropriation des dossiers, du fait de sa courte durée, n'avait entraîné aucune perte spécifique. La juge de première instance a tenu compte de l'utilisation des renseignements confidentiels lorsqu'elle a condamné M. Delamont à verser un montant global en réparation pour perte de profits, et elle a accepté la concession de RBC suivant laquelle l'appropriation des dossiers « à elle seule » ne lui avait causé aucun préjudice. Je suis d'accord avec la juge Rowles pour dire que, dès lors que M. Delamont a été condamné à verser un montant global en réparation pour perte de profits, il serait inopportun de condamner les conseillers en placements à des dommages-intérêts additionnels pour perte de profits en raison de l'utilisation abusive de renseignements confidentiels. Il n'est donc pas nécessaire pour notre Cour d'examiner la question précise de l'appropriation des documents.

#### 4. Questions diverses

[22] J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner un certain nombre de questions intéressantes

necessary to consider. There was some discussion of the nature of the legal duties of managerial and non-managerial employees; the suggestion was that the former might have quasi-fiduciary duties, while the latter would not. The duties found here for all the defendant employees were the implied duties to perform one's employment functions in good faith and to give reasonable notice of termination. The compensatory damages awarded are grounded in these implied duties which were not seriously disputed. It is therefore unnecessary for the purposes of this case to go beyond these duties.

[23] Nor was there any dispute about the period of reasonable notice assigned by the trial judge. In fixing the notice period at 2.5 weeks, the trial judge took into account the effect on RBC of the simultaneous departure of virtually the entire staff of the branch. The trial judge, it may be noted, clearly segregated the different duties that arose in these employment contracts. The duty to give notice of departure led to damages, assessed in relation to the length of the notice period. Other contractual duties, such as the duty of good faith, gave rise to the large award against Delamont for loss of profit. Overlaps in damages arising from the various duties were avoided. Finally, it is not suggested that the awards of punitive damages were in error.

## 5. Conclusion

[24] I would allow the appeal in part. The order of the trial judge is reinstated, with the exception of the unfair competition awards against the investment advisors arising out of conduct during the 2.5 week notice period.

[25] Costs are to follow the event.

soulevées lors de la plaidoirie. Une partie des débats a porté sur la nature des obligations juridiques des employés cadres et non cadres; on a fait valoir que les premiers, contrairement aux derniers, pourraient avoir des obligations quasi-fiduciaires. En l'espèce, on a conclu que les obligations auxquelles étaient assujettis tous les employés défendeurs étaient les obligations implicites de chacun d'exécuter de bonne foi ses fonctions et de donner un préavis raisonnable de la cessation d'emploi. Les dommages-intérêts compensatoires octroyés trouvent appui dans ces obligations implicites, qui n'ont pas été sérieusement contestées. Il n'est par conséquent pas nécessaire aux fins de la présente affaire d'aller au-delà de ces obligations.

[23] La période de préavis raisonnable établie par la juge de première instance n'était pas non plus en litige. En fixant cette période à deux semaines et demie, la juge de première instance a pris en considération l'effet qu'a eu sur RBC le départ simultané de la presque totalité du personnel de la succursale. Je fais remarquer que la juge de première instance a clairement séparé les différentes obligations qui se dégagent de ces contrats de travail. L'obligation de donner un avis de cessation d'emploi a donné lieu à des dommages-intérêts, évalués en fonction de la durée de la période de préavis. D'autres obligations contractuelles, comme l'obligation d'agir de bonne foi, ont donné lieu aux dommages-intérêts élevés auxquels M. Delamont a été condamné au titre de la perte de profits. La juge a pris soin d'éviter les chevauchements des dommages-intérêts découlant de diverses obligations. Enfin, on n'a pas fait valoir que l'octroi de dommages-intérêts punitifs était erroné.

## 5. Conclusion

[24] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. L'ordonnance de la juge de première instance est rétablie, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts auxquels ont été condamnés les conseillers en placements pour concurrence déloyale en raison de leur conduite pendant la période de préavis de deux semaines et demie.

[25] Les dépens suivront l'issue de la cause.

The following are the reasons delivered by

[26] ABELLA J. (dissenting in part) — In the best of all possible worlds, employers and employees would treat each other with mutual respect, consideration and empathy. In the real world, however, as the dispute before us demonstrates, this aspiration is not always realized. The question, then, is at what point does the breakdown of an employment relationship cross the legal line from conduct that is disappointing to conduct that is compensable.

#### Background

[27] RBC Dominion Securities Inc. (“RBC”) and Merrill Lynch Canada Inc. are both investment and securities dealers. When the events giving rise to this litigation took place in 2000, each had a British Columbia branch in Cranbrook and was the other’s main competition there. On November 20, 2000, most of the investment advisors and their assistants in the Cranbrook branch left RBC to work for Merrill Lynch.

[28] The RBC employees were recruited by James Michaud, the regional manager of Merrill Lynch, who had worked for RBC and its predecessor for almost 20 years prior to joining Merrill Lynch in January 2000. At Michaud’s request, Don Delamont, the RBC branch manager and a friend of Michaud’s, arranged a meeting between Michaud and the RBC investment advisors. This meeting eventually led to the investment advisors, including Delamont, leaving RBC and joining Merrill Lynch.

[29] RBC immediately contacted its clients and sought to retain their business. Most clients chose to leave with their departing investment advisors.

[30] RBC sued Merrill Lynch, Michaud, Delamont, its former investment advisors and several assistants. At trial, the investment advisors were found liable for a total of \$40,000 for failing

Version française des motifs rendus par

[26] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Dans le meilleur des mondes, employeurs et employés feraient preuve de respect, de considération et d’empathie les uns envers les autres. Cependant, le litige dont nous sommes saisis démontre qu’en réalité, cette aspiration ne se concrétise pas toujours. Il s’agit donc de savoir dans quelle mesure une rupture de la relation employeur-employé franchit la limite juridique qui sépare la conduite décevante de la conduite indemnisable.

#### Contexte

[27] RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. (« RBC ») et Merrill Lynch Canada Inc. sont des courtiers en valeurs mobilières. Quand les événements qui ont donné lieu au présent litige se sont produits en 2000, toutes deux avaient une succursale à Cranbrook, en Colombie-Britannique, où chacune était la principale concurrente de l’autre. Le 20 novembre 2000, la plupart des conseillers en placements et leurs adjoints à la succursale de Cranbrook ont quitté RBC pour se joindre à Merrill Lynch.

[28] Les employés de RBC ont été recrutés par James Michaud, le directeur régional de Merrill Lynch, qui avait travaillé pour RBC et son prédécesseur pendant près de 20 ans avant de se joindre à Merrill Lynch en janvier 2000. À la demande de M. Michaud, Don Delamont, le directeur de la succursale de RBC et un ami de M. Michaud, a organisé une rencontre entre M. Michaud et les conseillers en placements de RBC, ce qui a finalement causé le départ des conseillers en placements de RBC, y compris M. Delamont, qui ont joint Merrill Lynch.

[29] RBC a immédiatement communiqué avec ses clients et a tenté de conserver leur clientèle, mais la plupart d’entre eux ont choisi de suivre leur conseiller démissionnaire.

[30] RBC a poursuivi Merrill Lynch, M. Michaud, M. Delamont, ses anciens conseillers en placements et plusieurs adjoints. En première instance, les conseillers en placements ont été condamnés

to give RBC 2.5 weeks' notice of their departure. These awards are not under appeal. The trial judge also awarded RBC punitive damages based on the "conversion" of RBC's confidential client records: \$5,000 against each investment advisor, \$10,000 against Delamont, \$10,000 against Michaud and \$250,000 against Merrill Lynch. These punitive damages are similarly not being appealed.

[31] The trial judge concluded that all of the investment advisors had engaged in "unfair competition" when they left RBC ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 2003 BCSC 1773). Along with Merrill Lynch and Michaud, they were held jointly and severally liable for the losses this caused RBC over a five-year period, amounting to a total of \$225,000. The Court of Appeal unanimously overturned this award ((2007), 25 B.L.R. (4th) 211, 2007 BCCA 22). This is part of RBC's appeal to this Court.

[32] Delamont, RBC's former branch manager, was found to have breached a contractual duty of good faith owed to his employer by facilitating the departure of the other investment advisors to Merrill Lynch. The trial judge awarded damages against him in the amount of \$1,483,239, based on an estimate of the branch's lost profits over a five-year period: see (2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 2004 BCSC 1464. A majority of the Court of Appeal set aside this award against Delamont. This too is being appealed by RBC.

[33] The trial judge, however, rejected RBC's argument that Delamont and the other investment advisors were fiduciary employees. She held that, given the "acknowledged inevitability of active competition for clients at the relationship's end", none of the investment advisors, including Delamont, could be fixed with fiduciary duties ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at para. 66). The finding

à des dommages-intérêts totaux de 40 000 \$ pour avoir omis de donner à RBC un préavis de cessation d'emploi de deux semaines et demie. Cette partie de la décision n'est pas contestée en appel. La juge de première instance a aussi accordé à RBC des dommages-intérêts punitifs en raison de l'« appropriation » de dossiers-clients confidentiels de RBC : 5 000 \$ payable par chaque conseiller en placements, 10 000 \$ payable par M. Delamont, 10 000 \$ payable par M. Michaud et 250 000 \$ payable par Merrill Lynch. Ces dommages-intérêts punitifs ne sont pas non plus contestés en appel.

[31] La juge de première instance a conclu que tous les conseillers en placements s'étaient livrés à une « concurrence déloyale » quand ils ont quitté RBC ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, 2003 BCSC 1773). À l'instar de Merrill Lynch et de M. Michaud, ils ont été tenus solidairement responsables des pertes, évaluées à 225 000 \$, que leur conduite a fait subir à RBC sur une période de cinq ans. La Cour d'appel a infirmé à l'unanimité l'octroi de ces dommages-intérêts ((2007), 25 B.C.L.R. (4th) 211, 2007 BCCA 22). Dans son appel devant notre Cour, RBC attaque cette partie de la décision de la Cour d'appel.

[32] La juge de première instance a conclu que M. Delamont, l'ancien directeur de la succursale de RBC, avait manqué à son obligation contractuelle d'agir de bonne foi envers son employeur en facilitant le départ des autres conseillers en placements pour qu'ils se joignent à Merrill Lynch. Elle l'a condamné à verser des dommages-intérêts de 1 483 239 \$ calculés en fonction d'une estimation de la perte de profits de la succursale sur une période cinq ans : voir (2004), 50 B.L.R. (3d) 308, 2004 BCSC 1464. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé cette condamnation. RBC attaque également cette décision en appel.

[33] La juge de première instance a toutefois rejeté l'argument de RBC selon lequel M. Delamont et les autres conseillers en placements étaient des employés ayant une obligation fiduciaire. Elle a conclu que, puisqu'il est [TRADUCTION] « inévitable qu'on se livre à une vive concurrence pour les clients une fois la relation terminée », on ne pourrait attribuer des obligations fiduciaires aux

that there was no fiduciary relationship between RBC and any of the investment advisors, including Delamont, is not under appeal.

[34] I agree with the Chief Justice's conclusion that the Court of Appeal was correct to overturn the unfair competition award made by the trial judge against the investment advisors. But I respectfully disagree with the conclusion that Delamont breached an implied contractual duty of good faith in the manner of his departure. Moreover, in my view the trial judge's finding that RBC's compensable period of loss was five years is unjustified by any principle of damages for breach of contract, let alone for this particular employment contract.

#### Analysis

[35] The only questions before us are whether Delamont breached an implied duty of good faith to his employer and, if he did, the extent of the damages. These are narrow issues with wide implications.

[36] The trial judge based her conclusion that Delamont breached this duty on the fact that he failed to retain the employment services of the other investment advisors. The issue is whether such conduct by Delamont can properly be said to form part of his duty of good faith.

[37] It is an implied term of every employment contract that employees owe a duty of "good faith" to their employers. This is a duty with imprecise contours, but traditionally the duty has only been used to find a non-fiduciary employee liable for damages (as opposed to being subject to dismissal) if he or she has competed with the employer during the currency of the employment relationship, or has made improper use of confidential information.

conseillers en placements, y compris M. Delamont ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 66). La conclusion selon laquelle il n'existait pas de rapport fiduciaire entre RBC et les conseillers en placements, y compris M. Delamont, n'est pas contestée en appel.

[34] Je suis d'accord avec la conclusion de la Juge en chef selon laquelle la Cour d'appel a eu raison d'annuler la condamnation pour concurrence déloyale prononcée par la juge de première instance contre les conseillers en placements. Cependant, en toute déférence, je ne souscris pas à la conclusion selon laquelle M. Delamont a manqué à une obligation contractuelle implicite d'agir de bonne foi en quittant son emploi. De plus, à mon avis, la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la période d'indemnisation des pertes de RBC était de cinq ans n'est pas étayée par les principes régissant les dommages-intérêts pour rupture de contrat, encore moins pour ce contrat de travail en particulier.

#### Analyse

[35] Les seules questions qui nous sont soumises sont de savoir si M. Delamont a manqué envers son employeur à une obligation implicite d'agir de bonne foi et, dans l'affirmative, les dommages-intérêts auxquels il est tenu. Il s'agit là de questions limitées comportant de vastes répercussions.

[36] La juge de première instance a fondé sa conclusion que M. Delamont avait manqué à cette obligation sur le fait qu'il n'a pas retenu les services des autres conseillers en placements. La question est de savoir si l'on peut affirmer qu'en raison de son obligation d'agir de bonne foi, M. Delamont devait retenir les services de ces conseillers.

[37] Chaque contrat de travail comporte une condition implicite selon laquelle les employés ont, envers leur employeur, une obligation d'agir de « bonne foi ». La portée de cette obligation est imprécise et par le passé, cette obligation n'a été employée que pour condamner un employé n'ayant pas la qualité de fiduciaire à des dommages-intérêts (plutôt que le congédier) s'il a fait concurrence à son employeur pendant qu'il était à son emploi, ou s'il a utilisé à mauvais escient des informations confidentielles.

[38] The trial judge did not find that Delamont competed unfairly with RBC during the course of his employment. And the breach of his duty to refrain from making improper use of confidential information was conceded before us and is reflected in the punitive damages awarded at trial for the conversion of client records. In holding Delamont liable in damages for his conduct with the other investment advisors during his employment, the trial judge not only imposed a unique liability, she also punished him for conduct he had every right to engage in.

[39] The employment contract is one of personal service. That means that subject to the discussion that follows about non-competition clauses and fiduciary duties, employees are generally free to leave their employment and, on leaving, to compete with their former employer. This is understandably a painful reality for an employer to accept, but it is, nonetheless, a lawful one. (*Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 606, distinguishing fiduciary employees; *CRC-Evans Canada Ltd. v. Pettifer* (1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294 (Alta. Q.B.), at para. 54; *Alnor Services Ltd. v. Sawyer* (1990), 31 C.C.E.L. 34 (B.C.S.C.); *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler*, [1986] 1 All E.R. 617 (C.A.); Geoffrey England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 2, at § 11-141).

[40] As Hall J.A. stated in *Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin* (1999), 170 D.L.R. (4th) 69 (B.C.C.A.), at para. 39:

. . . the general interest of the public in free competition and the consideration that in general citizens should be free to pursue new opportunities, in my opinion, require courts to exercise caution in imposing restrictive duties on former employees in less than clear circumstances. Generally speaking . . . the law favours the granting of freedom to individuals to pursue economic advantage through mobility in employment.

[38] La juge de première instance n'a pas conclu que M. Delamont avait fait une concurrence déloyale à RBC lorsqu'il était au service de cette dernière. Et le manquement à son obligation de ne pas utiliser à mauvais escient des informations confidentielles a été admis devant nous et a donné lieu aux dommages-intérêts punitifs accordés en première instance pour appropriation de dossiers-clients. En condamnant M. Delamont à des dommages-intérêts en raison de sa conduite à l'égard des autres conseillers en placements alors qu'il était au service de RBC, la juge de première instance lui a non seulement imposé une responsabilité unique, elle l'a également puni pour des actes qu'il avait pleinement le droit de poser.

[39] Le contrat de travail constitue un marché de services personnels, ce qui signifie que, sous réserve de l'analyse qui suit au sujet des clauses de non-concurrence et des obligations fiduciaires, les employés sont généralement libres de quitter leur emploi et, en partant, de faire concurrence à leur ancien employeur. S'il s'agit là, il va sans dire, d'une situation difficilement acceptable pour un employeur, elle reste néanmoins légitime (*Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, p. 606, où l'on fait une distinction pour les employés ayant une obligation fiduciaire; *CRC-Evans Canada Ltd. c. Pettifer* (1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294 (B.R. Alb.), par. 54; *Alnor Services Ltd. c. Sawyer* (1990), 31 C.C.E.L. 34 (C.S.C.-B.); *Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler*, [1986] 1 All E.R. 617 (C.A.); Geoffrey England, *Employment Law in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, § 11-141).

[40] Comme l'a indiqué le juge Hall dans *Barton Insurance Brokers Ltd. c. Irwin* (1999), 170 D.L.R. (4th) 69 (C.A.C.-B.), par. 39 :

[TRADUCTION] . . . l'intérêt général du public pour la libre concurrence et le fait qu'en général les citoyens devraient être libres d'exploiter de nouvelles possibilités, à mon avis, obligent les tribunaux à faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'imposer des obligations restrictives aux anciens employés dans des circonstances qui sont loin d'être claires. En général, [. . .] le droit préconise la liberté des personnes de chercher à obtenir un avantage économique grâce à la mobilité en matière d'emploi.

And in *Imperial Sheet Metal Ltd. v. Landry* (2007), 315 N.B.R. (2d) 328, 2007 NBCA 51, Robertson J.A. similarly observed, at para. 37, that

if there is a clash between the interests of former employers in protecting their business interests and the interests of former employees in earning a livelihood, coupled with the public interest in free competition for goods and services, it is the interests of the former employee that generally prevail.

In other words, an employee is generally free to enter into competition with a former employer as soon as the employment ends.

[41] The parties to an employment contract can, of course, contractually modify these principles by negotiating a reasonable restrictive covenant (*Elsley v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916).

[42] RBC, a titan in the industry, was perfectly free to ask any of its employees to sign such restrictive covenants when they were hired. It chose not to. Neither Delamont nor any of the other investment advisors was subject to a non-competition clause. This absence of a non-competition clause affects not only the good faith analysis but also the propriety of awarding damages against Delamont for a period of five years, an issue addressed at the conclusion of these reasons.

[43] The trial judge found that the reason RBC did not ask its employees to sign such clauses was because “to require incoming IAs to enter into such covenants is seen as an impediment to recruiting” ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at para. 99). Southin J.A., for the majority in the Court of Appeal, explained the irony of this failure as follows:

What we have here is a respondent who is a sophisticated master. It deliberately chose not to obtain non-competition and non-solicitation clauses from its servants, nor to put a term as to length of notice or a term “you promise if you leave our employment you

Et dans *Imperial Sheet Metal Ltd. c. Landry* (2007), 315 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 328, 2007 NBCA 51, le juge Robertson a aussi fait remarquer ce qui suit au par. 37 :

... s'il y a un conflit entre l'intérêt qu'a un ancien employeur à protéger ses intérêts commerciaux et l'intérêt qu'a un ancien employé à gagner sa vie, ajouté à l'intérêt du public pour la libre concurrence en matière de biens et services, ce sont les intérêts de l'ancien employé qui l'emportent habituellement.

En d'autres mots, un employé est généralement libre de faire concurrence à un ancien employeur dès que l'emploi prend fin.

[41] Les parties à un contrat de travail peuvent évidemment, par contrat, modifier ces principes en négociant une clause restrictive raisonnable (*Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916).

[42] RBC, un titan dans cette industrie, était tout à fait libre de demander à ses employés de signer de telles clauses restrictives lorsqu'ils étaient embauchés. Elle a choisi de ne pas le faire. Ni M. Delamont, ni aucun des autres conseillers en placements, n'étaient assujettis à une clause de non-concurrence. Cette absence de clause de non-concurrence a une incidence non seulement sur l'analyse de l'obligation d'agir de bonne foi, mais aussi sur l'opportunité de condamner M. Delamont à des dommages-intérêts pour les pertes subies sur une période de cinq ans, une question que j'aborde à la fin des présents motifs.

[43] La juge de première instance a conclu que RBC n'avait pas demandé à ses employés de signer de telles clauses parce que [TRADUCTION] « exiger des nouveaux conseillers en placements qu'ils acceptent de telles conditions est considéré comme un obstacle au recrutement » ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 99). Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Southin a expliqué comme suit l'ironie de cette omission :

[TRADUCTION] Nous sommes ici en présence d'une intimée qui est un employeur averti. Elle a délibérément choisi de ne pas exiger de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation de ses employés et de ne pas ajouter dans ses contrats écrits pour chacun de ces employés, y

will not compete unfairly” . . . into its written contract, if any, with any of these servants, including Mr. Delamont.

Had it taken proper care of itself by obtaining such provisions, the appellant advisors might well not have entertained the thought of leaving, either because they felt they should observe express terms of a contract, or out of fear of the consequences of not observing such terms. [paras. 57-58]

[44] Given the availability of the option of non-competition clauses, I see no reason for courts to impose, retroactively, restrictions on post-employment competition the parties have not bargained. As Robertson J.A. said in *Imperial Sheet Metal*:

Courts should not be reading restrictive terms into employment contracts that could have been negotiated sometime prior to the dissolution of the employment relationship. In the global world, the titans of finance and industry pay millions in exchange for their executives executing non-competition clauses. Why should courts be handing them out for free when it comes to employees of lesser stature? [para. 6]

[45] In this context, the observations of Martin J. in a case involving similar circumstances are resonant:

. . . [the employer] had not engaged any of the personal defendants in an employment contract with a non-competition clause. . . . I find that to be particularly significant because [the employer] cannot reasonably contend that a mass defection of its employees to a competitor was unforeseeable. Clearly, it could have protected itself better by having its [employees] enter into such an employment contract.

(*Research Capital Corp. v. Yorkton Securities Inc.* (2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957, at para. 26)

[46] In addition to the absence of a non-competition clause in his employment contract, it must be stressed that Delamont was found by the trial judge *not* to have been a fiduciary employee. This is a crucial finding. There is a clear distinction between those employees who are subject to elevated fiduciary duties and those who are not. (See *Canadian*

compris M. Delamont, une clause quant au préavis ou une clause prévoyant que « si vous quittez votre emploi, vous promettez de ne pas faire une concurrence déloyale ».

Si l'appelante avait pris soin de se protéger au moyen de telles clauses, ses conseillers n'auraient peut-être même pas pensé à partir parce qu'ils auraient jugé préférable de respecter les clauses expresses du contrat ou par crainte des conséquences du non respect de ces clauses. [par. 57-58]

[44] Comme la solution des clauses de non-concurrence est offerte, j'estime que rien ne justifie les tribunaux d'imposer rétroactivement à la concurrence après-emploi des restrictions que les parties n'ont pas négociées. Comme l'a affirmé le juge Robertson dans *Imperial Sheet Metal* :

Les tribunaux ne devraient pas considérer que des conditions restrictives sont réputées être incorporées à des contrats de travail qui ont pu être négociés quelque temps avant la dissolution de la relation employeur-employé. À l'échelle mondiale, les Titans de la finance et de l'industrie paient des millions pour que leurs cadres supérieurs signent des clauses de non-concurrence. Pourquoi les tribunaux devraient-ils imposer ces clauses gratuitement lorsqu'il s'agit d'employés de rang plus modeste? [par. 6]

[45] Dans ce contexte, les commentaires de la juge Martin dans une affaire mettant en cause des circonstances semblables sont convaincants :

[TRADUCTION] . . . [l'employeur] n'avait pas conclu avec chacun des défendeurs un contrat de travail contenant une clause de non-concurrence. [. . .] Je pense que cela est particulièrement important parce que [l'employeur] ne peut raisonnablement prétendre qu'il était impossible de prévoir la défection massive de ses employés au profit d'un concurrent. De toute évidence, il aurait pu se protéger en faisant conclure à ses [employés] un tel contrat de travail.

(*Research Capital Corp. c. Yorkton Securities Inc.* (2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957, par. 26)

[46] Outre l'absence d'une clause de non-concurrence dans son contrat de travail, il faut souligner que M. Delamont *n'était pas*, selon la juge de première instance, un employé ayant une obligation fiduciaire. Il s'agit là d'une conclusion fondamentale. Il existe une nette distinction entre les employés assujettis à des obligations fiduciaires de haut niveau et ceux



*Aero Service*, at pp. 605-6. See also *Restauronics Services Ltd. v. Forster* (2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA 130, at para. 48; *Kusy's Electric Ltd. v. Sullivan* (2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB 397, at para. 48; *Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) v. Porter*, [2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843, at para. 41; *Monarch Messenger Services Ltd. v. Houlding* (1984), 56 A.R. 147 (Q.B.), at paras. 13-18; and *Golden Images Management Ltd. v. Champers Enterprises Ltd.*, [2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924, at para. 96.)

[47] The finding that Delamont was not a fiduciary employee means that the trial judge in examining Delamont's duties and responsibilities, the control and independent authority he exercised over RBC's business, and the nature and organizational structure of that business, was satisfied that he ought *not* to be subject to the heightened duties expected of fiduciary employees — duties that could well extend beyond an employment relationship. (See Randall Scott Echlin and Christine M. Thomlinson, *For Better or For Worse: A Practical Guide to Canadian Employment Law* (2nd ed. 2003), at p. 254.)

[48] The trial judge's decision that there was no fiduciary relationship with RBC was based on her finding that, although Delamont performed "some limited managerial functions", he was "primarily" an investment advisor, spending 75-80 percent of his time in this role with a substantial client base representing 35-40 percent of the Cranbrook branch's assets. She concluded that Delamont "was not in a position through his role as branch manager to affect the economic interests of [RBC] at either its national level or at the level of the Cranbrook branch" ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at para. 65). In other words, Delamont's "limited managerial functions" gave him no more power to affect RBC's business interests than any regular investment advisor.

qui ne le sont pas. (Voir *Canadian Aero Service*, p. 605-606. Voir également *Restauronics Services Ltd. c. Forster* (2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA 130, par. 48; *Kusy's Electric Ltd. c. Sullivan* (2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB 397, par. 48; *Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) c. Porter*, [2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843, par. 41; *Monarch Messenger Services Ltd. c. Houlding* (1984), 56 A.R. 147 (B.R.), par. 13-18; et *Golden Images Management Ltd. c. Champers Enterprises Ltd.*, [2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924, par. 96.)

[47] La conclusion selon laquelle M. Delamont n'était pas un employé ayant une obligation fiduciaire signifie que la juge de première instance, qui a examiné les fonctions et responsabilités de M. Delamont, le contrôle et le pouvoir indépendant qu'il exerçait sur les activités de RBC, ainsi que la nature et la structure organisationnelle de RBC, était convaincue que ce dernier *ne* devait pas être assujéti aux devoirs accrus que l'on impose aux employés ayant une obligation fiduciaire — des devoirs qui pourraient subsister après la fin de la relation employeur-employé. (Voir Randall Scott Echlin et Christine M. Thomlinson, *For Better or For Worse : A Practical Guide to Canadian Employment Law* (2<sup>e</sup> éd. 2003), p. 254.)

[48] La décision de la juge de première instance selon laquelle il n'existait pas de rapport fiduciaire entre M. Delamont et RBC reposait sur sa conclusion que même si ce dernier exerçait [TRADUCTION] « certaines fonctions de gestion limitées », il était [TRADUCTION] « avant tout » un conseiller en placements qui consacrait 75 à 80 p. 100 de son temps à cette fonction auprès d'une clientèle importante représentant 35 à 40 p. 100 des actifs de la succursale de Cranbrook. Elle a conclu que M. Delamont [TRADUCTION] « n'était pas, de par sa fonction de directeur de succursale, en position d'agir sur les intérêts économiques de [RBC] tant à l'échelle nationale qu'à celle de la succursale de Cranbrook » ((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 65). En d'autres mots, les « fonctions de gestion limitées » de M. Delamont ne lui donnaient, pas plus qu'à un conseiller en placements ordinaire, le pouvoir d'agir sur les intérêts économiques de RBC.

[49] RBC had successfully urged the trial judge to conclude that, even if Delamont were not a fiduciary employee, he was nonetheless in a special position as branch manager. This led the trial judge to conclude that Delamont's implied duty of good faith included an enforceable obligation to protect RBC's interests by actively attempting to retain investment advisors within RBC. With respect, unlike the majority in this Court, I see no reason to impose such a duty on an employee in Delamont's position. It represents a significant reformulation and extension of how courts have interpreted and applied a non-fiduciary employee's implied duty of good faith. It is also inconsistent both with the nature of Delamont's particular employment relationship, as well as with the culture of the industry in which he was employed.

[50] Fiduciary duties do not arise from an employee's title, such as branch manager, but from his or her actual authority or control over the employer's operation. Based on the fact that Delamont had spent less than a quarter of his time performing a managerial role and had no control over corporate decision-making, the trial judge concluded that Delamont was not in a fiduciary relationship with his employer. Yet she nonetheless demanded what amounts to fiduciary accountability by virtue of the enhanced content she poured into Delamont's implied duty of good faith.

[51] Injecting such an enhanced content into the implied duty of good faith of a non-fiduciary employee has the effect of creating a new legal category of "quasi-fiduciary" employee, a subset the law has yet to recognize. Nor, it seems to me, should it do so now.

[52] Expanding the scope of the duty of good faith in this manner represents a novel and potentially

[49] RBC a eu gain de cause lorsqu'elle a exhorté la juge de première instance à conclure que, même s'il n'avait pas la qualité de fiduciaire, M. Delamont occupait tout de même une position particulière en tant que directeur de succursale. C'est ce qui a amené la juge de première instance à conclure que l'obligation implicite d'agir de bonne foi de M. Delamont comportait une obligation exécutoire de protéger les intérêts de RBC en cherchant activement à retenir les conseillers en placements au sein de celle-ci. En toute déférence pour l'opinion contraire des juges majoritaires de notre Cour, je ne vois aucune raison d'imposer une telle obligation à un employé qui se trouve dans la situation de M. Delamont. Cela revient à reformuler et à élargir considérablement la façon dont les tribunaux ont interprété et appliqué l'obligation implicite d'agir de bonne foi des employés n'ayant pas qualité de fiduciaires. Une telle conclusion est également incompatible tant avec la nature de la relation d'emploi particulière de M. Delamont qu'avec la culture de l'industrie dans laquelle il était employé.

[50] Les obligations fiduciaires ne découlent pas du titre d'un employé, un directeur de succursale par exemple, mais de l'autorité ou du contrôle qu'il exerce sur les activités de l'employeur. Étant donné que M. Delamont consacrait moins du quart de son temps à l'exercice de fonctions de gestion et qu'il n'avait aucun contrôle sur la prise des décisions de l'entreprise, la juge de première instance a conclu que la relation de M. Delamont avec son employeur n'était pas de nature fiduciaire. Pourtant, elle lui a quand même imposé ce qui équivaut à une responsabilité fiduciaire en élargissant la portée de son obligation implicite d'agir de bonne foi.

[51] Un tel élargissement de la portée de l'obligation implicite d'un employé n'ayant pas qualité de fiduciaire d'agir de bonne foi a pour effet de créer en droit une nouvelle catégorie d'employés « liés par une obligation quasi-fiduciaire », un sous-ensemble d'employés que le droit n'a pas encore reconnu. Et selon moi, le droit ne devrait pas le reconnaître maintenant.

[52] Élargir ainsi la portée de l'obligation d'agir de bonne foi peut faire peser sur les employés une

enormous liability on employees. This development, in my view, is not only unwelcome in its uncertainty and punitive in its impact, it also risks widening what this Court has long recognized to be the imbalance of power in employment relationships, by further entrenching the inherent vulnerability of employees (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1051-52, *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at paras. 91-93).

[53] Even if it could be said to have been implicit in Delamont's role as branch manager that he try to retain the investment advisors, it does not follow that this expectation should be elevated into the content of an implied duty of good faith giving rise to a claim for damages. An employee is not an indentured servant. In the absence of competition during employment or improper use of confidential information, the duty of good faith has never before been applied to hold a non-fiduciary employee liable in damages for his or her failure to exercise the fullest possible diligence in the pursuit of the employer's interests.

[54] As the business pages of our newspapers routinely report, non-fiduciary employees, even senior ones, regularly leave their employers for what they hope will be improved employment opportunities. Introducing an impediment by means of the uncertainty of a new category of "quasi-fiduciary" employees will likely create an unwarranted chilling effect on the mobility of those senior non-fiduciary employees who have legitimately been under the impression that absent non-competition clauses, they were free, individually or with their colleagues, to leave and compete.

[55] As conceded by the majority, in the absence of a non-competition clause or fiduciary relationship, Delamont had the legal right to leave RBC and to compete with his former employer. The

responsabilité nouvelle et potentiellement énorme. J'estime que cette évolution présente non seulement une incertitude malvenue et crée un effet punitif, elle risque également d'élargir ce que cette Cour a longtemps reconnu comme une inégalité de pouvoir dans les relations employeur-employé en consolidant davantage la vulnérabilité inhérente des employés (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051-1052, *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 91-93).

[53] Même si l'on pouvait affirmer que le rôle de directeur de succursale de M. Delamont l'obligeait implicitement de tenter de retenir les conseillers en placements, il ne s'ensuit pas que cette attente devrait être élevée au rang d'une obligation implicite d'agir de bonne foi donnant ouverture à une réclamation en dommages-intérêts. Un employé n'est pas un serviteur sous contrat. En l'absence de concurrence au cours de l'emploi ou d'utilisation à mauvais escient d'informations confidentielles, on ne s'est jamais fondé sur l'obligation d'agir de bonne foi pour condamner à des dommages-intérêts un employé n'ayant pas qualité de fiduciaire parce qu'il n'a pas fait preuve de la plus grande diligence possible pour favoriser les intérêts de son employeur.

[54] Comme on le rapporte couramment dans les pages des affaires de nos journaux, les employés n'ayant pas qualité de fiduciaire, même les employés cadres, quittent régulièrement leurs employeurs pour bénéficier de ce qu'ils espèrent être des possibilités d'emploi plus attrayantes. L'obstacle que créera l'incertitude d'une nouvelle catégorie d'employés « liés par une obligation quasi-fiduciaire » aura vraisemblablement un effet paralysant injustifié sur la mobilité de ces employés cadres n'ayant pas qualité de fiduciaires, qui ont toujours eu l'impression bien légitime qu'en l'absence de clauses de non-concurrence, ils pouvaient, individuellement ou en compagnie de leurs collègues, quitter leur employeur et lui faire concurrence.

[55] Comme l'admettent les juges majoritaires, en l'absence de clause de non-concurrence ou de relation de nature fiduciaire, M. Delamont avait le droit de quitter RBC et de faire concurrence à son

finding that he nonetheless owed an elevated duty of good faith to RBC seems to me to be inconsistent with this legal conclusion.

[56] Delamont either was or was not in a fiduciary relationship with RBC. Since the express finding was that he was not, no analogous heightened duties or expectations should be imposed on him.

[57] Nor do I see any compensable breach of a duty of good faith in Delamont's discussions with the other investment advisors. It seems to me that a necessary corollary to an employee's undisputed right to compete following the termination of the employment relationship is the right to plan for future employment opportunities while still employed. This is subject, of course, to the duty not to breach an employer's confidentiality. But it is not, in my view, a breach of an employee's implied duty of good faith to search for alternative job opportunities, to negotiate with a competitor, or to talk to co-workers about his or her intentions. (See Stacey R. Ball, *Canadian Employment Law* (loose-leaf), vol. 1, at p. 15-2, footnote 9.) I agree with Macklin J.'s observation in *Westcan Bulk Transport Ltd. v. Stewart* (2005), 373 A.R. 236, 2005 ABQB 97, that:

Every individual has the fundamental right to earn a livelihood. . . . Reasonable restrictions [on that right] do not include those reasonable steps the employee must take to prepare to earn a livelihood as soon as possible following the termination of employment with the employer. [para. 83]

(See also *Leith v. Rosen Fuels Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 184 (Ont. H.C.J.), at p. 195.)

[58] There will be those employees who choose to discuss their plans to leave with colleagues. In some cases, this disclosure may well influence another employee, or indeed a group of employees, to consider leaving as well. There is no implied term in the ordinary employment contract forbidding such

ancien employeur. Il me semble que cette conclusion soit incompatible avec la conclusion qu'il avait quand même envers RBC une plus lourde obligation d'agir de bonne foi.

[56] La relation de M. Delamont avec RBC était ou n'était pas de nature fiduciaire. Étant donné la conclusion expresse qu'elle ne l'était pas, il ne faudrait pas lui imposer des obligations plus lourdes ou des attentes plus élevées.

[57] Les discussions que M. Delamont a eues avec les autres conseillers en placements ne constituent pas non plus, selon moi, un manquement à une obligation d'agir de bonne foi ouvrant droit à une indemnisation. Le droit incontesté de l'employé de concurrencer son employeur une fois la relation d'emploi terminée me semble avoir pour corollaire nécessaire le droit d'établir, pendant qu'il est encore employé, des plans en vue de possibilités d'emploi futur, sous réserve, bien sûr, de son obligation de ne pas porter atteinte à la confidentialité des renseignements de l'employeur. Mais ne constitue pas, à mon avis, un manquement à l'obligation implicite d'agir de bonne foi le fait d'être à l'affût de nouvelles possibilités d'emploi, de négocier avec un concurrent ou de faire part de ses intentions à ses collègues de travail. (Voir Stacey R. Ball, *Canadian Employment Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-2, note 9.) Je suis d'accord avec le juge Macklin qui fait remarquer ce qui suit dans *Westcan Bulk Transport Ltd. c. Stewart* (2005), 373 A.R. 236, [2005] ABQB 97 :

[TRADUCTION] Toute personne a le droit fondamental de gagner sa vie. [. . .] Les restrictions raisonnables [à ce droit] ne comprennent pas les mesures raisonnables que l'employé doit prendre pour se préparer à gagner sa vie le plus rapidement possible après la fin de son lien d'emploi avec l'employeur. [par. 83]

(Voir aussi *Leith c. Rosen Fuels Ltd.* (1984), 5 C.C.E.L. 184 (H.C.J. Ont.), p. 195.)

[58] Certains employés choisiront de parler de leurs projets de départ à des collègues. Dans certains cas, cette divulgation peut inciter un autre employé, voire même un groupe d'employés, à envisager de partir aussi. Aucune modalité implicite du contrat de travail ordinaire n'interdit une telle conversation

conversation or influence. While Delamont's plans regarding future employment with Merrill Lynch undoubtedly influenced other RBC investment advisors to follow him, one cannot ignore the fact that the other investment advisors ultimately acted voluntarily in deciding to leave RBC. In my view, it would be unrealistic and unfair to punish non-fiduciary senior employees who, in lawfully advancing their own professional interests, assist fellow employees in enhancing theirs. An employee has the right to maximize his or her employment opportunities. Similarly, an employer is free to make the workplace as hospitable and magnetic as possible for the employees it hopes to retain.

[59] This brings us finally to the specific cultural reality of the industry in which this dispute is taking place, a reality which intensifies the unfairness of holding Delamont liable for damages for assisting the other investment advisors in changing their employment. RBC operates in an industry where competitive recruiting and sudden changes of employee allegiance are commonplace. Investment advisors frequently change employers, typically giving little or no notice. Vigorous post-employment competition is normal in this sector and well within the contemplation of the parties. The trial judge explained this reality as follows:

The evidence indicated that departing [investment advisors] customarily give little if any notice. At best, a manager at the firm may receive in-person notice that the [investment advisor] will be leaving that day. Often, a departing [investment advisor] gives no notice at all.

When an [investment advisor] announces that he or she will be leaving for another firm, he or she is usually escorted off the premises immediately, and the locks are changed.

I take these abrupt practices to reflect the expectation of fierce competition for the clients who are part of the departing [investment advisor's] book.

((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, at paras. 77-79)

ou incitation. S'il est indéniable que le projet de M. Delamont d'aller travailler pour Merrill Lynch a incité certains conseillers en placements de RBC à le suivre, on ne peut ignorer le fait que les autres conseillers en placements ont en fin de compte décidé de leur plein gré de quitter RBC. À mon avis, il ne serait ni réaliste ni juste de punir les employés cadres non liés par une obligation fiduciaire qui, tout en veillant légitimement à leurs propres intérêts professionnels, aident leurs collègues à améliorer leurs possibilités d'avancement. Un employé a le droit de maximiser ses possibilités d'emploi, tout comme l'employeur est libre de créer un milieu de travail aussi accueillant et attrayant que possible pour les employés qu'il espère retenir.

[59] Cela nous amène enfin à la réalité culturelle particulière de l'industrie dans laquelle s'inscrit le présent litige, une réalité dans laquelle il serait encore plus injuste de condamner M. Delamont à des dommages-intérêts pour avoir aidé les autres conseillers en placements à changer d'emploi. RBC exerce ses activités dans une industrie où le recrutement chez la concurrence et les soudains changements d'allégeance des employés sont monnaie courante. Les conseillers en placements changent fréquemment d'employeur, ne donnant généralement que peu ou pas de préavis. Une vigoureuse concurrence après-emploi est normale dans ce secteur et constitue un facteur qu'envisagent tous les acteurs. La juge de première instance a décrit ainsi cette réalité :

[TRADUCTION] La preuve indique que les [conseillers en placements] qui s'en vont ne donnent habituellement que peu de préavis, sinon aucun. Au mieux, un gestionnaire de la firme est avisé en personne du fait que le [conseiller en placements] quitte le jour même. Souvent, un [conseiller en placements] qui s'en va ne donne aucun préavis.

Lorsqu'un [conseiller en placements] annonce qu'il s'en va travailler ailleurs, il est ordinairement raccompagné sur-le-champ jusqu'à l'extérieur des lieux, et les serrures sont changées.

Ces méthodes brutales reflètent, selon moi, l'attente d'une concurrence féroce pour les clients inscrits au registre du [conseiller en placements] qui s'en va.

((2003), 44 B.L.R. (3d) 72, par. 77-79)

She went on to acknowledge that “[c]entral to the relationship between the [investment advisor] and the firm is the implicit acknowledgement that a departing [investment advisor] will carry a large portion of [his or her client book] with him or her to the firm’s serious detriment” and that there was an “inevitability of active competition for clients at the relationship’s end” (*Ibid.*, at paras. 48 and 66). That competitive reality, which at times inevitably inured to RBC’s benefit as an employer, explains why it did not require its employees to sign non-competition clauses.

[60] Firms also routinely target “competitive hires” from other firms. About 10-15 percent of those hired at RBC were “competitive hires”. The trial judge’s description of the practice is illuminating:

At the material time, and likely still today, competitive hiring was commonplace and aggressive, and was seen as necessary to securities firms’ growth. Firms provided financial incentives and rewards to [investment advisors] who achieved or assisted in bringing in a “competitive recruit”. The value of competitive recruits consists partly in their experience, but primarily in the book of business they bring from the former firm. At the material time, a competitive recruit could be expected to bring somewhere between 50% and 75% of his or her client book, a senior broker with a long-term clientele potentially bringing as much as 90% of the book.

(*Ibid.*, at para. 10)

[61] One of the realities that flows from this high degree of employee mobility and competitiveness between firms is that, when an investment advisor leaves, his or her clients do not necessarily stay with the firm. RBC attempted to persuade its clients to stay. The fact that it was not a highly successful effort is not surprising given that this is a service industry in which clients are likely to develop a personal relationship with their advisor. Clients often choose, as is their right, to move with their advisor.

Elle a également reconnu que [TRADUCTION] « [l]’élément central de la relation entre le [conseiller en placements] et la firme est la reconnaissance implicite qu’à son départ, le [conseiller en placements] prendra avec lui une grande partie [des clients de son registre] au grave détriment de la firme », et qu’il est « inévitable qu’on se livre à une vive concurrence pour les clients une fois la relation terminée » (*Ibid.*, par. 48 et 66). Cette réalité de la concurrence, dont RBC a inévitablement tiré profit à l’occasion en tant qu’employeur, explique pourquoi cette dernière n’a pas exigé de ses employés qu’ils signent des clauses de non-concurrence.

[60] Les firmes visent aussi régulièrement à embaucher les employés de leurs concurrentes. Dans environ 10 à 15 p. 100 des cas, l’embauche des employés par RBC constituait des [TRADUCTION] « embauches d’employés des concurrents ». La façon dont la juge de première instance a décrit cette pratique est instructive :

[TRADUCTION] À l’époque en cause, et probablement encore aujourd’hui, l’embauche d’employés des concurrents était courante et agressive, et elle était considérée comme nécessaire à la croissance des firmes de courtage. Les firmes versaient des incitatifs financiers et des récompenses aux [conseillers en placements] qui réussissaient ou aidaient à attirer une « recrue provenant de la concurrence ». La valeur de ces recrues réside en partie dans leur expérience, mais surtout dans le volume d’affaires qu’elles emportent de l’ancienne firme. À l’époque en cause, on pouvait s’attendre à ce qu’une recrue provenant de la concurrence apporte entre 50 et 75 p. 100 des clients de son registre, un courtier d’expérience traînant une clientèle de longue date pouvant apporter jusqu’à 90 p. 100 de ses clients.

(*Ibid.*, par. 10)

[61] Une des réalités découlant de cette grande mobilité des employés et de la compétitivité des firmes est que, lorsqu’un conseiller en placements quitte son emploi, ses clients ne demeurent pas nécessairement fidèles à la firme. RBC a tenté de persuader ses clients de rester. Il n’est pas surprenant qu’elle n’ait eu que peu de succès puisqu’il s’agit d’une industrie de services dans laquelle les clients sont susceptibles d’établir un lien personnel avec leur conseiller. Les clients choisissent souvent, et c’est leur droit, de suivre leur conseiller.

[62] In the absence of any non-competition clause in his contract or a fiduciary relationship with his employer, Delamont was free to leave RBC at any time and to discuss his intentions with his co-workers. They, in turn, were free, individually or as a group, to be influenced by him. There was, as a result, no breach of Delamont's duty of good faith to RBC, either in the fact of his own departure, or in his facilitating the departure of the other investment advisors.

[63] Even assuming a breach took place, the damages awarded for Delamont's role in connection with the departure of the investment advisors are grossly disproportionate and exaggerated. The defining explanation of the contractual breach principles of reasonable foreseeability and remoteness is found in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, where the court said:

Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. [p. 151]

A court must therefore ask itself "what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation" (*Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30, at para. 54).

[64] The principle of remoteness "imposes on damage awards reasonable limits which are required by fairness" (*Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44, at para. 69, *per* Cromwell J.A.). It aims "to prevent unfair surprise to the defendant, to ensure a fair allocation of the risks of the transaction, and to avoid any overly chilling effects on useful activities by the threat of unlimited liability" (Jamie Cassels and Elizabeth Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages* (2nd ed. 2008), at p. 352). This principle

[62] En l'absence d'une clause de non-concurrence dans son contrat ou d'une relation de nature fiduciaire avec son employeur, M. Delamont était libre de quitter RBC en tout temps et de parler de ses intentions à ses collègues de travail. Ces derniers étaient libres à leur tour, seuls ou en groupe, de se laisser influencer par lui. Par son propre départ, ou en facilitant le départ des autres conseillers en placements, M. Delamont n'a donc pas manqué à l'obligation d'agir de bonne foi envers RBC.

[63] Même en supposant qu'il y a eu manquement, les dommages-intérêts accordés pour le rôle que M. Delamont a joué dans le départ des conseillers en placements sont nettement démesurés et exagérés. La définition explicative des principes de la prévisibilité raisonnable et de l'éloignement en matière de rupture de contrat se trouve dans l'arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, où la cour a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elles a rompu, la réparation que l'autre partie doit recevoir pour cette rupture doit être celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture. [p. 151]

Le juge doit donc se demander « ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat » (*Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30, par. 54).

[64] Le principe de l'éloignement [TRADUCTION] « assujettit l'attribution de dommages-intérêts aux limites raisonnables qu'impose l'équité » (*Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44, par. 69, le juge Cromwell). Il vise [TRADUCTION] « à empêcher les surprises injustes pour le défendeur, à assurer une répartition équitable des risques liés à la transaction et à éviter les effets paralysants que la menace d'une responsabilité illimitée pourrait avoir sur des activités utiles » (Jamie Cassels et Elizabeth Adjin-Tettey,

will be informed by the nature and culture of the business in question, and the particular contractual relationship between the parties, including whether the employee is in a fiduciary relationship with his or her employer or subject to a non-competition clause.

[65] The trial judge's damage award for breach of Delamont's duty of good faith was calculated with reference to five years of presumptive losses to RBC. In the absence of a non-competition clause or a fiduciary relationship, this award against Delamont accords neither with the reasonable expectations of these particular parties nor with anyone else in this industry. Five years of lost profit is an excessive measure of damages, even under an express restrictive covenant. (See England, at §§ 11.31 and 11.37; *Ernst & Young v. Stuart*, [1993] 6 W.W.R. 245 (B.C.S.C.))

[66] The key to this issue is the reasonable expectations of the parties. Those expectations must necessarily take into account the understanding in this industry that relationships between employees and employers are often short-lived and subject to abrupt change. Firms engage in aggressively competitive recruitment practices and investment advisors are expected to do everything they can to take clients with them when they leave their employer. In this culture, a damage award based on five years' lost profits is unreasonable. In such a fiercely competitive industry, no non-fiduciary employee without a non-competition clause would reasonably expect to be held liable for the employer's lost profits arising from his or her departure or the influence it may have had on fellow employees, let alone for so lengthy a period of time.

[67] The award against Delamont is problematic for another reason. The award for lost profits made

*Remedies : The Law of Damages* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 352). L'application du principe reposera sur la nature et la culture du commerce en question ainsi que sur la relation contractuelle particulière entre les parties, y compris l'existence d'un rapport fiduciaire entre l'employé et son employeur ou d'une clause de non-concurrence.

[65] La juge de première instance a calculé le montant des dommages-intérêts accordés en raison du manquement, par M. Delamont, à son obligation d'agir de bonne foi en fonction des pertes que RBC aurait subies sur une période de cinq ans. En l'absence d'une clause de non-concurrence ou de rapports de fiduciaires, les dommages-intérêts auxquels M. Delamont a été condamné ne concordent ni avec les attentes raisonnables des parties en l'espèce, ni avec celles de tout autre acteur de l'industrie en cause. Un montant de dommages-intérêts équivalant à une perte de profits sur une période de cinq ans est excessif, même s'il existait une clause restrictive. (Voir England, § 11.31 et § 11.37; *Ernst & Young c. Stuart*, [1993] 6 W.W.R. 245 (C.S.C.-B.))

[66] La clé de cette question réside dans les attentes raisonnables des parties. Ces attentes doivent nécessairement prendre en compte le fait qu'il est entendu, dans l'industrie en cause, que les relations entre les employés et les employeurs sont souvent éphémères et peuvent changer brusquement. Les firmes pratiquent des méthodes de recrutement agressives auprès des concurrents, et l'on s'attend à ce que, lorsqu'ils quittent leur employeur, les conseillers en placements fassent tout en leur pouvoir pour amener leurs clients avec eux. Dans cette culture, l'attribution de dommages-intérêts fondés sur une perte de profits calculée sur une période de cinq ans est déraisonnable. Dans cette industrie où la concurrence est féroce, aucun employé n'ayant pas qualité de fiduciaire et non lié par une clause de non-concurrence ne s'attend raisonnablement à être tenu responsable de la perte de profits que l'employeur a subie par suite de son départ ou de l'influence qu'il a pu avoir sur ses collègues de travail, encore moins pour une aussi longue période.

[67] Le montant des dommages-intérêts auxquels M. Delamont a été condamné est problématique



against him includes the substantial damages arising from his own departure as an investment advisor. This has the effect of punishing Delamont for his decision to leave and makes the award of \$1.5 million against him, superimposed on a separate punitive damage award of \$10,000, additionally and inappropriately punitive. Since he was entitled to leave, it is difficult to see how Delamont could be punished for lost profits arising from a lawful decision to terminate his employment contract.

[68] I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed in part, ABELLA J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.*

pour une autre raison. Ce montant comprend des dommages-intérêts substantiels découlant de son propre départ de son poste de conseiller en placements. Cela a pour effet de punir M. Delamont pour avoir décidé de partir et confère au montant de 1,5 million de dollars auquel il a été condamné, rajouté aux dommages-intérêts punitifs distincts de 10 000 dollars, un caractère encore plus punitif et non approprié. Puisqu'il avait le droit de quitter son employeur, on voit difficilement pourquoi M. Delamont pourrait être puni pour une perte de profits découlant d'une décision légitime de mettre fin à son contrat de travail.

[68] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli en partie, la juge ABELLA est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.*

**Michael Gordon Dowe** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. DOWE**

**Neutral citation: 2008 SCC 55.**

File No.: 32493.

2008: October 17.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Evidence — Accomplices — Corroboration — Trial judge's error concerning corroboration not affecting result — Accused's acquittal for breaking and entering restored.*

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Bateman, Cromwell and Fichaud J.J.A.) (2007), 260 N.S.R. (2d) 306, 831 A.P.R. 306, 228 C.C.C. (3d) 75, [2007] N.S.J. No. 525 (QL), 2007 CarswellINS 584, 2007 NSCA 128, setting aside the accused's acquittal for breaking and entering and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Roger A. Burrill and Robert M. Gregan*, for the appellant.

*William D. Delaney*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons given by Justice Thomas Cromwell of the Nova Scotia Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

**Michael Gordon Dowe** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DOWE**

**Référence neutre : 2008 CSC 55.**

N<sup>o</sup> du greffe : 32493.

2008 : 17 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Preuve — Complices — Corroboration — Erreur du juge du procès au sujet de la corroboration n'ayant pas d'incidence sur le résultat — Rétablissement de l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'introduction par effraction.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bateman, Cromwell et Fichaud) (2007), 260 N.S.R. (2d) 306, 831 A.P.R. 306, 228 C.C.C. (3d) 75, [2007] N.S.J. No. 525 (QL), 2007 CarswellINS 584, 2007 NSCA 128, qui a annulé l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'introduction par effraction et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Roger A. Burrill et Robert M. Gregan*, pour l'appelant.

*William D. Delaney*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir l'appel pour les motifs exposés par le juge Thomas Cromwell, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Nova Scotia Public  
Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.*

*Procureur de l'intimée : Nova Scotia Public  
Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.*

**Miguel Rojas** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

- and -

**Hugo Rojas** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ROJAS**

**Neutral citation: 2008 SCC 56.**

File Nos.: 32080, 32087.

2008: April 22; 2008: October 24.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Charge to jury — Vetrovec instruction — Two accused tried together for murder — Accomplice testifying about out-of-court statements made to him by both accused — Whether Vetrovec instruction effectively allowed jury to make impermissible use of statements admissible solely against one accused in assessing credibility of accomplice's testimony concerning the other — Whether trial judge should have instructed jury to make distinct assessments of accomplice's credibility as it related to each accused.*

*Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Two accused tried together for murder — Out-of-court statements made by both accused containing inculpatory and exculpatory parts — Trial judge instructing jury that statements of incriminating nature likely to be true, whereas excuses for one's own behaviour not necessarily carrying same persuasive weight — Whether*

**Miguel Rojas** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

- et -

**Hugo Rojas** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ROJAS**

**Référence neutre : 2008 CSC 56.**

N<sup>os</sup> du greffe : 32080, 32087.

2008 : 22 avril; 2008 : 24 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Vetrovec — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Témoignage d'un complice sur des déclarations extrajudiciaires lui ayant été faites par les deux accusés — La directive de type Vetrovec a-t-elle en fait permis au jury d'utiliser de façon inacceptable des déclarations admissibles à l'encontre d'un seul accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l'égard de l'autre accusé? — Le juge du procès aurait-il dû demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité du complice?*

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Déclarations extrajudiciaires des deux accusés comportant à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires — Directive du juge du procès au jury indiquant que les déclarations incriminantes sont probablement vraies alors que les*

*instruction improper — Whether instruction misled jury.*

Two brothers, HR and MR, were charged with second degree murder. At their joint trial before a jury, the evidence against them was largely circumstantial, with the exception of several statements they had made to M in the days following the murder. M, a tenant of the residence where both accused lived and where the victim was killed, testified that on the night in question, he ran into HR and MR arriving at their residence. After HR went into the residence, MR told M that he was leaving later that night “[b]ecause we just took someone down.” M also testified that the next day, he returned to the residence and spoke with HR who said, “I believe my brother already told you something . . . . Now you’re involved. . . . I want you to go burn a car. . . .” HR told M that his brother had driven the car and that he was afraid that a forensic scientist might be able to identify his brother’s hair. M said that he bought some gas to have the car burned. M testified that he did not know that the victim’s body was inside the car. M stated that the next week, he and HR were together at the residence. He confronted HR about the body in the car. HR showed him an area in the upstairs living quarters and said to him, “[w]e took him -- we took him down, right here, we did it right here. . . .” A videotaped statement made by MR to the police before he was apprehended was introduced into evidence. In the statement, MR stated that he spoke with the victim on the day of the murder but had no knowledge of who did it. He denied any involvement in the victim’s death. Other out-of-court statements containing both inculpatory and exculpatory statements were also introduced. Both accused were convicted. On appeal, they argued that the trial judge committed several errors of law in his charge to the jury. The Court of Appeal upheld the convictions. The accused appealed to this Court on two grounds: the trial judge erred (1) in permitting the jury to use evidence of out-of-court statements admissible against only one accused to bolster the credibility of an unsavoury witness with respect to matters implicating the co-accused; and (2) in instructing the jury that exculpatory statements do not necessarily carry the same persuasive weight as inculpatory statements.

*Held:* The appeals should be dismissed.

*excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n’ont pas nécessairement la même valeur persuasive — Cette directive était-elle erronée? — La directive a-t-elle induit le jury en erreur?*

Deux frères, HR et MR, ont été accusés de meurtre au deuxième degré. La preuve qui a été présentée contre eux durant leur procès conjoint devant jury était en grande partie circonstancielle, à l’exception de plusieurs déclarations faites par eux à M dans les jours qui ont suivi le meurtre. M, un locataire de la maison où vivaient les deux accusés et où la victime a été tuée, a témoigné avoir rencontré HR et MR le soir du meurtre, alors que ceux-ci arrivaient chez eux. HR est entré dans la maison, et MR a alors confié à M qu’il allait partir plus tard ce soir-là, « [c]ar on vient de descendre quelqu’un. » M a également témoigné que, le lendemain, il est retourné à la maison et il a parlé avec HR, qui lui a dit : « . . . je crois que mon frère t’a déjà dit quelque chose [ . . . ] Maintenant, tu es dans le coup. [ . . . ] Je veux que tu ailles brûler une auto. . . » HR a expliqué à M que son frère avait conduit la voiture en question et qu’il craignait qu’un expert en criminalistique parvienne à identifier les cheveux de ce dernier. M a déclaré avoir acheté de l’essence pour qu’on mette le feu à la voiture. M a témoigné qu’il ne savait pas que le corps de la victime se trouvait à l’intérieur du véhicule. M a déclaré que la semaine suivante, alors qu’il se trouvait à la maison avec HR, il lui a demandé des explications au sujet du cadavre dans la voiture. HR lui aurait montré un endroit dans l’appartement, à l’étage, en lui disant « [o]n l’a descendu -- on l’a descendu ici, on l’a fait juste ici. . . ». Un enregistrement vidéo d’une déclaration faite par MR à la police avant son arrestation a été mis en preuve. Dans sa déclaration, MR disait avoir parlé à la victime le jour du meurtre, mais ignorer qui l’avait tuée. Il niait être mêlé de quelque façon que ce soit à la mort de la victime. D’autres déclarations extrajudiciaires, comprenant à la fois des éléments inculpatatoires et des éléments disculpatoires, ont été mises en preuve. Les deux accusés ont été déclarés coupables. En appel, ils ont invoqué plusieurs erreurs de droit dans l’exposé du juge au jury. La Cour d’appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Les accusés ont fait valoir deux moyens d’appel devant notre Cour : (1) le juge du procès aurait eu tort de permettre au jury de tenir compte de déclarations extrajudiciaires admissibles contre un seul des accusés pour renforcer la crédibilité d’un témoin douteux à l’égard de faits impliquant le coaccusé; (2) le juge aurait formulé une directive erronée au jury en lui disant que les déclarations disculpatoires n’ont pas nécessairement le même poids que les déclarations inculpatatoires.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

The trial judge did not err in his instructions on how to assess M's credibility. He gave the jury a strong caution against relying on M's testimony without independent confirmation and highlighted for the jury certain aspects of M's testimony for which there was potentially confirmatory or contradictory evidence. At no point did the trial judge tell the jury that they could use the statements of HR to confirm M's evidence on matters involving MR, or vice versa. On the contrary, he repeatedly instructed the jury not to use the statements of one accused against the other and to decide the case against each accused separately, based on a careful consideration of the evidence admissible as against that accused. Given the intangible nature of any credibility assessment, it is inevitable for the jury's assessment of the overall credibility of a witness at a joint trial to be influenced in some way by the totality of the evidence that they have heard, including evidence relating solely to one co-accused. This result does not constitute an impermissible use of the out-of-court statements as alleged. [3] [25-26]

When faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge should avoid instructing the jury that the incriminating parts are likely to be true, "otherwise why say them?", whereas excuses for one's behaviour do not necessarily carry the same weight. It is dangerous to instruct the jury in a manner which suggests that inculpatory statements should be given more weight than exculpatory statements. The effect of a "mixed statement" (or *Duncan*) instruction, however, may vary considerably, depending on the precise content of the instruction and its context. Whether the instruction constitutes reversible error is a matter to be determined on a case-by-case basis, having regard to the charge as a whole and the evidence at trial. In this case, the *Duncan* instruction, viewed in context, did not constitute a misdirection. It was clear from the charge that the burden of proof did not shift to HR or MR, that any exculpatory statement need only raise a reasonable doubt, and that the accused were entitled to the benefit of any such doubt. It was also clear that the assessment of the reliability of the statements was left entirely with the jury. [4-5] [47]

#### Cases Cited

**Approved:** *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; **referred to:** *Vetrovec v. The Queen*,

Les directives du juge du procès au jury concernant l'évaluation de la crédibilité de M ne sont entachées d'aucune erreur. Le juge a fermement mis le jury en garde contre l'utilisation de ce témoignage en l'absence de confirmation indépendante et a signalé au jury certains aspects de ce témoignage à l'égard desquels il existait de possibles éléments de preuve confirmatoires ou contradictoires. À aucun moment, le juge n'a dit au jury qu'il pouvait s'appuyer sur les déclarations de HR pour confirmer le témoignage de M sur des faits impliquant MR, ou vice-versa. Au contraire, le juge a à plusieurs reprises précisé au jury de ne pas utiliser les déclarations d'un accusé contre l'autre et de rendre une décision distincte à l'égard de chaque accusé après avoir examiné minutieusement la preuve admissible à l'égard de cet accusé. Vu la nature intangible de toute évaluation de la crédibilité, il est inévitable que l'ensemble de la preuve soumise au jury à l'occasion d'un procès conjoint, y compris des éléments se rapportant à un seul des coaccusés, influe d'une façon ou d'une autre sur l'évaluation de la crédibilité générale du témoin. Cela ne constitue pas, comme on le prétend, une utilisation inacceptable des déclarations extrajudiciaires. [3] [25-26]

Dans les cas où des déclarations d'un accusé comportent à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires, le juge du procès devrait s'abstenir d'indiquer au jury que les passages incriminants sont probablement vrais, « car sinon pourquoi l'intéressé aurait-il dit de telles choses? », mais que les éléments constituant des excuses n'ont pas nécessairement le même poids. Il est dangereux de donner au jury des directives indiquant qu'il faut accorder plus de poids aux déclarations inculpatives qu'aux déclarations disculpatoires. Toutefois, l'effet d'une directive sur les « déclarations mixtes » (ou directive de type *Duncan*) peut varier substantiellement, suivant la teneur précise de la directive et son contexte. Il faut donc dans chaque cas déterminer si la directive est entachée d'une erreur qui justifie l'infirmité de la décision, eu égard à l'ensemble de l'exposé au jury et de la preuve soumise au procès. En l'espèce, considérée dans son contexte, la directive de type *Duncan* n'était pas erronée. Il ressortait clairement de l'exposé que le fardeau de la preuve n'avait pas été déplacé sur HR ou MR, qu'il suffisait que les déclarations disculpatoires soulèvent un doute raisonnable et que l'accusé avait droit au bénéfice d'un tel doute. Il ressortait en outre clairement que l'évaluation de la crédibilité des déclarations relevait entièrement du jury. [4-5] [47]

#### Jurisprudence

**Arrêt approuvé :** *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; **arrêts mentionnés :** *Vetrovec*

[1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Perciballi*, [2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51, aff'g (2001), 54 O.R. (3d) 346; *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *R. v. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478; *R. v. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210; *R. v. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272; *R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hughes*, [1942] S.C.R. 517; *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, 2005 SCC 27; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Ryan and Lowry J.J.A.) (2006), 225 B.C.A.C. 32, 371 W.A.C. 32, 208 C.C.C. (3d) 13, 37 C.P.C. (6th) 252, [2006] B.C.J. No. 870 (QL), 2006 CarswellBC 948, 2006 BCCA 193, upholding the convictions of the accused for second degree murder. Appeals dismissed.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, for the appellant Miguel Rojas.

*Matthew A. Nathanson and Andrew Nathanson*, for the appellant Hugo Rojas.

*Ursula Botz*, for the respondent.

*John S. McInnes*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] Following their joint trial before a judge and jury, Hugo Rojas and Miguel Rojas were convicted of second degree murder in respect of the death of David Bahamonde. On appeal to the British Columbia Court of Appeal, they argued that the trial judge committed several errors of law in his charge to the jury. The Court of Appeal declined to give effect to the appellants' arguments and affirmed the convictions ((2006), 225 B.C.A.C. 32, 2006 BCCA 193). They appeal from this judgment, but only in respect of the following two errors alleged in the court below.

*c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Perciballi*, [2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51, conf. (2001), 54 O.R. (3d) 346; *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *R. c. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478; *R. c. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210; *R. c. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272; *R. c. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hughes*, [1942] R.C.S. 517; *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, 2005 CSC 27; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Ryan et Lowry) (2006), 225 B.C.A.C. 32, 371 W.A.C. 32, 208 C.C.C. (3d) 13, 37 C.P.C. (6th) 252, [2006] B.C.J. No. 870 (QL), 2006 CarswellBC 948, 2006 BCCA 193, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés pour meurtre au deuxième degré. Pourvois rejetés.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, pour l'appelant Miguel Rojas.

*Matthew A. Nathanson et Andrew Nathanson*, pour l'appelant Hugo Rojas.

*Ursula Botz*, pour l'intimée.

*John S. McInnes*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Exposé sommaire

[1] À l'issue d'un procès conjoint devant juge et jury, Hugo et Miguel Rojas ont été déclarés coupables du meurtre au deuxième degré de David Bahamonde. Ils ont porté ce verdict en appel, arguant de plusieurs erreurs de droit dans l'exposé du juge au jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne leur a pas donné raison, et elle a confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 225 B.C.A.C. 32, 2006 BCCA 193). Hugo et Miguel Rojas se pourvoient contre cet arrêt, mais seulement à l'égard des deux erreurs suivantes invoquées devant la juridiction inférieure.

[2] First, the appellants argue that the trial judge erred in permitting the jury to use evidence of out-of-court statements admissible against only one accused to bolster the credibility of an unsavoury witness with respect to matters implicating the co-accused. Second, they submit that it was wrong for the trial judge to instruct the jury that exculpatory statements do not necessarily carry the same persuasive weight as inculpatory statements.

[3] On the first ground, I conclude that the trial judge did not err in his instructions on how to assess the credibility of the unsavoury witness, David Miranda. The trial judge gave the jury a strong caution against relying on this witness's testimony without independent confirmation, in accordance with the principles set out in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. The most important aspects of Miranda's testimony were inculpatory statements allegedly made to him by each appellant. The trial judge therefore properly suggested that the jury look to independent evidence for confirmation of Miranda's testimony about these statements. He then highlighted for the jury certain aspects of the witness's testimony for which there was potentially confirmatory or contradictory evidence. At no point did the trial judge tell the jury that they could use the statements of Hugo to confirm Miranda's evidence on matters involving Miguel, or vice versa. To the contrary, he repeatedly instructed the jury not to use the statements of one appellant against the other. In the circumstances, the appellants' reliance on this Court's decision in *R. v. Perciballi*, [2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51, is misguided, and their argument was properly dismissed in the court below.

[4] The second ground of appeal raises the question whether, when faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge may, or should, instruct the jury that the incriminating parts are likely to be true "otherwise why say them?", whereas excuses for one's behaviour do not necessarily carry the

[2] Premièrement, ils soutiennent que le juge du procès a eu tort de permettre au jury de tenir compte de déclarations extrajudiciaires admissibles contre un seul d'entre eux pour renforcer la crédibilité d'un témoin douteux à l'égard de faits impliquant le coaccusé. Deuxièmement, ils prétendent que le juge a donné une directive erronée au jury en lui disant que les déclarations disculpatoires n'ont pas nécessairement le même poids que les déclarations inculpatrices.

[3] Pour ce qui est du premier moyen d'appel, je suis d'avis que les directives du juge du procès au jury concernant l'évaluation de la crédibilité du témoin douteux David Miranda ne sont entachées d'aucune erreur. Le juge a fermement mis le jury en garde contre l'utilisation de ce témoignage en l'absence de confirmation indépendante, conformément aux principes énoncés dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Les aspects les plus importants du témoignage de M. Miranda consistaient dans des déclarations inculpatrices que chacun des appelants lui aurait faites. C'est donc à bon droit que le juge du procès a invité le jury à chercher confirmation du témoignage de M. Miranda relatif à ces déclarations dans des éléments de preuve indépendants. Le juge a ensuite signalé au jury certains aspects de ce témoignage à l'égard desquels il existait de possibles éléments de preuve confirmatoires ou contradictoires. À aucun moment, le juge n'a dit au jury qu'il pouvait s'appuyer sur les déclarations de Hugo pour confirmer le témoignage de David Miranda sur des faits impliquant Miguel, ou vice-versa. Au contraire, le juge a à plusieurs reprises précisé au jury de ne pas utiliser les déclarations d'un accusé contre l'autre. Dans les circonstances, les appelants ont donc tort d'invoquer l'arrêt *R. c. Perciballi*, [2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51, de notre Cour, et c'est à juste titre que la Cour d'appel a rejeté leur argument.

[4] Le deuxième moyen d'appel soulève la question de savoir si, dans les cas où des déclarations d'un accusé comportent à la fois des éléments inculpatrices et des éléments disculpatoires, le juge du procès peut ou devrait indiquer au jury que les passages incriminants sont probablement vrais, [TRADUCTION] « car sinon pourquoi l'intéressé



same weight. This “mixed statement” instruction originates from the decision of the English Court of Appeal in *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359, and, for this reason, it is often referred to as “the *Duncan* instruction”. As I will explain, I conclude that it is dangerous to instruct the jury in a manner which suggests that inculpatory statements should be given more weight than exculpatory statements and, consequently, that it is best to avoid instructing the jury in this manner.

[5] The effect of a mixed statement instruction of the kind found in *Duncan*, however, may vary considerably from case to case, depending on the precise content of the instruction and its context. Whether the instruction constitutes reversible error is a matter to be determined on a case-by-case basis, having regard to the charge as a whole and the evidence at trial. In this case, I agree with the Court of Appeal that the instruction, when considered in context, did not constitute a misdirection.

[6] Accordingly, I would dismiss the appeals.

## 2. The Evidence at Trial

[7] The evidence at trial was reviewed in some detail by Ryan J.A. in the Court of Appeal below. As the appeals before this Court concern solely the appellants’ out-of-court statements, I will limit my review of the evidence accordingly.

[8] Hugo and Miguel are brothers. They were charged with second degree murder after the body of Bahamonde was found in the back seat of a burning car. The theory of the Crown was that Hugo and Miguel murdered Bahamonde on February 3, 2001, in the upstairs suite of their home on Fell Street in Burnaby. The motive was unknown.

[9] The evidence against Hugo and Miguel was largely circumstantial, with the exception of several statements made by both men to Miranda, a tenant

aurait-il dit de telles choses? », mais que les éléments constituant des excuses n’ont pas nécessairement le même poids. Cette directive sur les « déclarations mixtes » tire son origine de l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359, et, pour cette raison, elle est souvent appelée « directive *Duncan* ». Pour les raisons que je vais exposer, j’estime qu’il est dangereux de donner au jury des directives indiquant qu’il faut accorder plus de poids aux déclarations inculpatrices qu’aux déclarations disculpatoires, et qu’il vaut mieux, par conséquent, éviter de telles directives.

[5] Toutefois, l’effet d’une directive sur les déclarations mixtes du type de celle donnée dans *Duncan* peut varier substantiellement d’une affaire à l’autre, suivant la teneur précise de la directive et son contexte. Il faut donc dans chaque cas déterminer si la directive est entachée d’une erreur qui justifie l’infirmité de la décision, eu égard à l’ensemble de l’exposé au jury et de la preuve soumise au procès. En l’espèce, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour conclure que, considérée dans son contexte, la directive n’était pas erronée.

[6] Par conséquent, je rejetterais les pourvois.

## 2. La preuve présentée au procès

[7] La juge Ryan de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a procédé à une analyse assez approfondie de la preuve présentée au procès. Comme les présents pourvois ne portent que sur les déclarations extrajudiciaires des appelants, je m’en tiendrai à ces éléments.

[8] Hugo et Miguel Rojas sont frères. Ils ont été accusés de meurtre au deuxième degré après la découverte du corps de David Bahamonde sur la banquette arrière d’un véhicule en flammes. Selon la thèse du ministère public, les deux frères avaient tué M. Bahamonde le 3 février 2001, dans l’appartement situé à l’étage de leur maison de la rue Fell, à Burnaby. Le mobile était inconnu.

[9] La preuve contre Hugo et Miguel était en grande partie circonstancielle, à l’exception de plusieurs déclarations faites par les deux frères à David

on the ground floor of the Fell Street residence, in the days following the murder. The Crown relied more particularly on the following incriminating statements made by each accused to Miranda.

[10] Miranda testified that on the night of February 3, he ran into Hugo and Miguel arriving at their home. After Hugo went into the residence, Miranda was told by Miguel that he was leaving later that night “[b]ecause we just took someone down.” Miguel told Miranda not to tell anyone, not even his girlfriend. Miranda then left for the evening with his girlfriend.

[11] Miranda also testified that the next day, he returned to the Fell Street residence and spoke with Hugo. Hugo said, “. . . I believe my brother already told you something . . . . Now you’re involved. . . . I want you to go burn a car. . . .” Hugo told Miranda that his brother had driven the car and that he was afraid that a forensic scientist might be able to identify his brother’s hair. Miranda said that he did not want to do it but eventually agreed to buy some gas for Christian Quintanilla who was asked and agreed to burn the car. Miranda testified that he did not know that the victim’s body was inside the car.

[12] Miranda stated that the next week, he and Hugo were together at the house on Fell Street. He confronted Hugo about the body in the car. Hugo showed him an area in the upstairs living quarters and said to him, “[w]e took him -- we took him down, right here, we did it right here. . . .” Miranda said he could see scratches on the wall and a white spot on the carpet.

[13] The Crown also introduced in evidence a videotaped statement made by Miguel to the police before he was apprehended to show that he had been in contact with the deceased on the day of

Miranda, un locataire habitant au rez-de-chaussée de la maison de la rue Fell, dans les jours qui ont suivi le meurtre. Le ministère public s’est appuyé de façon particulière sur les déclarations incriminantes suivantes, qui ont été faites à David Miranda par chaque accusé.

[10] David Miranda a témoigné avoir rencontré Hugo et Miguel dans la soirée du 3 février, alors que ceux-ci arrivaient chez eux. Hugo est entré dans la maison, et Miguel a alors confié à David Miranda qu’il allait partir plus tard ce soir-là, [TRADUCTION] « [c]ar on vient de descendre quelqu’un », et lui a demandé de ne parler de cela à personne, même pas à sa petite amie. David Miranda est ensuite parti pour la soirée avec cette dernière.

[11] David Miranda a également témoigné que, le jour suivant, il est retourné à la maison de la rue Fell et il a parlé avec Hugo, qui lui a dit : [TRADUCTION] « . . . je crois que mon frère t’a déjà dit quelque chose [. . .] Maintenant, tu es dans le coup. [. . .] Je veux que tu ailles brûler une auto. . . » Hugo a expliqué à David Miranda que son frère avait conduit la voiture en question et qu’il craignait qu’un expert en criminalistique parvienne à identifier les cheveux de ce dernier. David Miranda a d’abord répondu qu’il ne voulait pas le faire, mais il a finalement consenti à acheter de l’essence pour Christian Quintanilla, qui avait accepté de mettre le feu à la voiture. David Miranda a témoigné qu’il ne savait pas que le corps de la victime se trouvait à l’intérieur du véhicule.

[12] David Miranda a déclaré que la semaine suivante, alors qu’il se trouvait à la maison de la rue Fell avec Hugo, il lui a demandé des explications au sujet du cadavre dans la voiture. Hugo lui aurait montré un endroit dans l’appartement, à l’étage, en lui disant [TRADUCTION] « [o]n l’a descendu -- on l’a descendu ici, on l’a fait juste ici . . . ». David Miranda a dit avoir vu des éraflures sur le mur et une tache blanche sur le tapis.

[13] Pour établir que Miguel Rojas s’était trouvé en présence de la victime le jour du meurtre, le ministère public a également mis en preuve l’enregistrement vidéo d’une déclaration faite par Miguel à la

the murder. In the statement, Miguel stated that he spoke with the deceased on the day of the murder but had no knowledge of who did it. He denied any involvement in the victim's death. After being asked to speculate why the deceased might have been killed, Miguel mentioned that he had heard about a debt owed to Bahamonde and speculated that the debt might involve drugs.

[14] Other out-of-court statements introduced in evidence were the following. Quintanilla testified that when he saw Hugo at a nightclub shortly after burning the car, Hugo said to him, “[t]ell me everything’s okay. Just tell me everything’s okay.” Quintanilla heard Hugo say to Miguel, “[T]hat guy’s . . . talking. . . .” Quintanilla also heard his girlfriend ask Hugo why he didn’t tell Quintanilla about the body in the car. Hugo responded: “What, are you calling me a murderer? I’m not a -- are you calling me a murderer? . . . I never told him to do anything. I never told him to burn a car. I never told him to do anything.”

[15] Neither Hugo nor Miguel testified at trial. Counsel for Miguel relied on the exculpatory statements contained in Miguel’s videotaped statement to police. Counsel for Hugo took the position that Hugo’s statements to Quintanilla were exculpatory and were capable of raising a reasonable doubt as to his guilt. The Crown, for its part, relied heavily on the incriminating statements made by both accused to Miranda. Hugo and Miguel’s out-of-court statements thus figured prominently in the trial judge’s charge to the jury. I will review the relevant parts of the charge and of the decision below in the course of my analysis on each ground of appeal.

### 3. Analysis

#### 3.1 *The Vetrovec Warning*

[16] In his charge to the jury, the trial judge gave a special cautionary instruction concerning

police avant son arrestation, dans laquelle ce dernier disait avoir parlé à la victime le jour du meurtre mais ignorer qui l’avait tuée. Il niait être mêlé de quelque façon à la mort de la victime. Invité à formuler une hypothèse sur les raisons pour lesquelles la victime aurait pu être tuée, Miguel Rojas a mentionné avoir entendu dire que quelqu’un devait de l’argent à David Bahamonde et il supposait que cette dette était peut-être liée à la drogue.

[14] D’autres déclarations extrajudiciaires ont été mises en preuve. Christian Quintanilla a témoigné que, lorsqu’il a vu Hugo dans une boîte de nuit peu après avoir incendié la voiture, celui-ci lui a dit : [TRADUCTION] « Dis-moi que tout va bien. Dis-moi juste que tout va bien. » Il a entendu Hugo dire à Miguel : « Ce type est en train de parler. . . » Christian Quintanilla a aussi entendu sa petite amie demander à Hugo Rojas pourquoi il n’avait pas dit à Christian qu’il y avait un cadavre dans la voiture. Hugo a répondu : [TRADUCTION] « Quoi? Es-tu en train de me traiter de meurtrier? Je ne suis pas un -- es-tu en train de me traiter de meurtrier? [ . . ] Je ne lui ai jamais demandé de faire quoi que ce soit. Je ne lui ai jamais demandé de brûler une voiture. Je ne lui ai jamais demandé de faire quoi que ce soit. »

[15] Ni Hugo ni Miguel Rojas n’ont témoigné au procès. L’avocat de Miguel a invoqué les déclarations disculpatoires de l’enregistrement vidéo réalisé par la police, et celui de Hugo a fait valoir que les déclarations faites par Hugo à Christian Quintanilla étaient disculpatoires et propres à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Pour sa part, le ministère public a accordé une très grande importance aux déclarations incriminantes des deux accusés à David Miranda. Il a donc beaucoup été question des déclarations extrajudiciaires des deux frères dans l’exposé du juge au jury. J’analyserai les passages pertinents de cet exposé et de la décision de la Cour d’appel par rapport à chacun des moyens d’appel.

### 3. Analyse

#### 3.1 *La mise en garde de type Vetrovec*

[16] Dans son exposé au jury, le juge du procès a fait une mise en garde spéciale au sujet des

the evidence of both Miranda and Quintanilla in accordance with the principles set out in *Vetrovec*. In *Vetrovec*, this Court revisited the rules of corroboration enunciated in *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Dickson J. (as he then was), writing for the Court, rejected the technical meaning of corroboration in favour of a “common sense” approach to the testimony of accomplices (p. 828). This approach focusses on whether there is evidence that tends to confirm that the witness is telling the truth. Dickson J. stated that in appropriate cases, a “clear and sharp warning” should be given to jurors about the dangers of accepting the unconfirmed evidence of an accomplice (p. 831). He also suggested that the trial judge provide the jury with examples of the type of evidence capable of confirming the witness’s testimony.

[17] The appellants only take issue with one aspect of the trial judge’s instructions with respect to Miranda’s testimony. Put briefly, the appellants argue that the *Vetrovec* instruction effectively allowed the jury to make impermissible use of out-of-court statements admissible solely against one accused in assessing the credibility of the accomplice’s testimony concerning the other. The relevant parts of the *Vetrovec* instruction concerning Miranda’s testimony may be summarized as follows.

[18] The trial judge gave a strong *Vetrovec* warning in connection with Miranda’s testimony. He told the jury that Miranda’s evidence of the admissions made by Hugo and Miguel was of “particular concern because they are the only direct evidence before you that either or both of Hugo Rojas or Miguel Rojas killed David Bahamonde” (A.R., at pp. 549-50). The trial judge explained that Miranda was an accomplice by virtue of his role in burning the car. Miranda admitted that he was prepared to burn the car to destroy evidence, and that he lied to police to cover up his involvement in the incident. The trial judge told the jury that given the many reasons for doubting Miranda’s veracity as a witness, they should examine the other evidence in the case and look for evidence to confirm the

témoignages de David Miranda et de Christian Quintanilla, conformément aux principes énoncés dans *Vetrovec*. Dans cet arrêt, notre Cour a réexaminé les règles de la corroboration formulées dans *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui s’exprimait au nom de la Cour, a écarté le sens technique de la corroboration et privilégié une solution de « bon sens » à l’égard du témoignage de complices (p. 828), laquelle consiste à se demander avant tout s’il existe des éléments de preuve tendant à confirmer que le témoin dit la vérité. Il a indiqué que, dans certains cas, il faut faire aux jurés une « mise en garde claire et précise » au sujet du danger d’accepter le témoignage non confirmé d’un complice (p. 831). Le juge Dickson a ajouté que le juge du procès peut donner au jury des exemples d’éléments de preuve susceptibles de confirmer le témoignage.

[17] Les appelants ne contestent qu’un seul aspect des directives du juge du procès en ce qui a trait au témoignage de David Miranda. En bref, ils soutiennent que la directive de type *Vetrovec* a en fait permis au jury d’utiliser de façon inacceptable des déclarations extrajudiciaires admissibles à l’encontre d’un seul accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l’égard de l’autre accusé. On peut résumer de la façon suivante les éléments pertinents de la directive de type *Vetrovec* formulée au sujet du témoignage de David Miranda.

[18] Le juge du procès a fait au jury une ferme mise en garde de type *Vetrovec* à l’égard de ce témoignage. Il a indiqué aux jurés que les déclarations de David Miranda à propos des aveux faits par Hugo et Miguel Rojas revêtaient [TRADUCTION] « une importance particulière, parce que [ces aveux] sont la seule preuve directe que soit Hugo Rojas, soit Miguel Rojas, ou encore les deux ont tué David Bahamonde » (d.a., p. 549-550). Le juge du procès a expliqué que, en raison de son rôle dans l’incendie de la voiture, David Miranda était un complice. Ce dernier avait reconnu qu’il était disposé à mettre le feu au véhicule pour détruire des éléments de preuve et qu’il avait menti à la police pour dissimuler son rôle dans cet événement. Le juge du procès a dit aux jurés que, vu les nombreuses raisons de

important parts of his testimony. The trial judge then provided the jury with several examples of independent evidence which supported or undermined Miranda's testimony, including forensic evidence, cell phone records and evidence of clean-up efforts in the Fell Street residence.

[19] Some of the material parts of Miranda's testimony in respect of which the trial judge instructed the jury to look for independent confirmatory evidence included out-of-court statements admissible against only one of the two accused. It is those parts of the *Vetrovec* warning that are at issue on this ground of appeal. The impugned instructions are conveniently summarized in the Crown's factum as follows:

- In paragraph 85, the trial judge referred to Miranda's testimony about the location pointed to by Hugo Rojas when he said "We did it right here". As to potentially confirming evidence, the trial judge said that the forensic evidence related to the finding of blood and D.N.A. from blood consistent with the D.N.A. of David Bahamonde upstairs at 149 Fell Avenue "appears to be generally consistent, as to location" with Miranda's evidence on this point.

- In paragraphs 87 and 88, the trial judge referred to Miranda's testimony that Miguel Rojas told him on Saturday, February 3, that he was going to Calgary or Edmonton. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that this aspect of Miranda's evidence "may be consistent with" circumstantial evidence of phone records showing that the Rojas land line at 149 Fell Avenue received two calls from Calgary, as well as the records relating to Armando Sanchez's cellular phone showing calls made and received from or to Calgary.

- In paragraph 90, the trial judge referred to Miranda's testimony that Hugo Rojas said "there's still something

mettre en doute la véracité du témoignage de David Miranda, il leur fallait examiner les autres éléments de preuve pour voir si certains pouvaient confirmer les aspects importants du témoignage. Le juge a ensuite donné au jury plusieurs exemples d'éléments de preuve indépendants étayant ou ébranlant le témoignage de David Miranda, notamment la preuve criminalistique, les relevés de communications par téléphone cellulaire et les preuves de tentatives de nettoyage effectuées dans la maison de la rue Fell.

[19] Les déclarations extrajudiciaires admissibles à l'encontre d'un seul des deux accusés figuraient au nombre des éléments importants du témoignage de David Miranda à l'égard desquels le juge du procès a demandé au jury de chercher une preuve confirmatoire indépendante. Ce sont ces parties de la directive de type *Vetrovec* qui sont en cause à l'égard de ce moyen d'appel. Les directives contestées sont commodément résumées de façon suivante dans le mémoire du ministère public :

[TRADUCTION]

- Au paragraphe 85, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda relatif à l'endroit désigné par Hugo Rojas lorsqu'il a dit [TRADUCTION] « on l'a fait juste ici ». En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d'avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que la preuve criminalistique se rapportant à la découverte, à l'étage du 149, rue Fell, de sang et d'A.D.N. sanguin correspondant à l'A.D.N. de David Bahamonde « semble généralement s'accorder, quant au lieu, » avec le témoignage de M. Miranda sur ce point.

- Aux paragraphes 87 et 88, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Miguel Rojas lui a dit, le samedi 3 février, qu'il allait à Calgary ou à Edmonton. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d'avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que cet aspect du témoignage de M. Miranda « peut s'accorder avec » la preuve circonstancielle constituée par les relevés téléphoniques établissant que la ligne terrestre des Rojas au 149, rue Fell, avait reçu deux appels provenant de Calgary et avec les relevés relatifs au téléphone cellulaire d'Armando Sanchez indiquant des appels en provenance ou à destination de Calgary.

- Au paragraphe 90, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Hugo Rojas lui a dit :

there” on top of the doorframe, and removed it with a kitchen knife. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that Miranda’s evidence on this point “appear[s] to be consistent with” the evidence of forensic identification officers that there were signs of cleaning of the walls in the upstairs suite at 149 Fell Avenue.

- In paragraph 92, the trial judge referred to Miranda’s testimony that Hugo Rojas called him on the evening of Sunday, February 4, asked him to come to 149 Fell Avenue, and talked to him about burning the car. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that the telephone records confirming that a call was made from the Rojas land line at 6:49 p.m. that evening to Karen Ramirez’s cell phone “may confirm” Miranda’s evidence on this point. [Emphasis deleted; R.F., at para. 51.]

[20] The trial judge also told the jury that he had not pointed out all of the potentially confirmatory evidence. Rather, they should use his examples as a guide for identifying other evidence that might confirm or contradict Miranda’s evidence. The judge told the jury to ask themselves whether enough of the “important parts” of Miranda’s testimony had been confirmed by other evidence that they considered reliable to persuade them that his evidence was true and that they could rely on it: A.R., at pp. 547-48.

[21] The appellants’ principal difficulty with this aspect of the *Vetrovec* instruction is that, in the end result, Miranda’s testimony about alleged incriminating statements made by one accused, if confirmed by independent evidence, could effectively serve to bolster his overall credibility and therefore strengthen his testimony against the other accused. This, it is argued, results in an impermissible use of those out-of-court statements that are only admissible against their maker. The appellants submit that it was incumbent upon the trial judge to instruct the jury to make separate and distinct assessments of Miranda’s credibility as it related to each accused. In support of this contention, the appellants rely on the majority decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Perciballi* (2001), 54 O.R. (3d)

« il y a encore quelque chose là », sur le dessus du cadre de porte, et l’a enlevé à l’aide d’un couteau de cuisine. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que le témoignage de M. Miranda sur ce point « semble s’accorder » avec le témoignage des agents de l’identité judiciaire relatifs à la présence d’indices d’un nettoyage des murs de l’appartement situé à l’étage du 149, rue Fell.

- Au paragraphe 92, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Hugo Rojas l’a appelé le soir du dimanche 4 février, lui a demandé de venir au 149, rue Fell, et lui a parlé de mettre le feu à la voiture. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que les relevés téléphoniques confirmant un appel fait à partir de la ligne terrestre des Rojas à 18 h 49 ce soir-là vers le téléphone cellulaire de Karen Ramirez « pourraient confirmer » le témoignage de M. Miranda sur ce point. [Soulignement omis; m.i., par. 51.]

[20] Le juge du procès a aussi précisé aux jurés qu’il ne leur avait pas signalé tous les éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, mais qu’ils pouvaient se servir des exemples qu’il leur avait donnés pour chercher d’autres éléments susceptibles de confirmer ou de contredire le témoignage de M. Miranda. Le juge leur a ensuite donné pour instruction de se demander si d’autres éléments de preuve qu’ils jugeaient fiables confirmaient suffisamment des [TRADUCTION] « aspects importants » du témoignage pour les convaincre qu’il était véridique et qu’ils pouvaient y ajouter foi : d.a., p. 547-548.

[21] Le principal reproche des appelants à l’égard de cet aspect de la directive de type *Vetrovec* est le fait que, s’il était confirmé par une preuve indépendante, le témoignage de David Miranda au sujet de déclarations incriminantes attribuées à un des accusés pourrait avoir pour effet d’étayer la crédibilité générale de ce témoin et, par conséquent, de renforcer son témoignage contre l’autre accusé. Ce résultat, prétend-on, constitue une utilisation non autorisée de ces déclarations extrajudiciaires, qui sont admissibles uniquement à l’encontre de la personne qui les a faites. Selon les appelants, le juge du procès devait demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité de M. Miranda. À l’appui de cet argument, ils invoquent les motifs des juges majoritaires de la Cour

346, whose reasoning was substantially adopted on appeal to this Court ([2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51).

[22] Ryan J.A. succinctly summarized the circumstances and holding in *Perciballi* as follows (at para. 82):

Counsel likened this aspect of the charge to instructions given to a jury in the Ontario case of *R. v. Perciballi* . . . In *Perciballi* it was alleged that a co-accused, Antonio Portante, had placed one of two diversionary calls to the police to facilitate an armoured car robbery. The only evidence against Antonio Portante was a witness who placed him in a restaurant near the pay telephone from which the call was placed, and the evidence of an accomplice, DeFrancesca, who testified that he placed the other of the two calls. Portante's brother, Angelo, another co-accused, made an out-of-court statement that Antonio Portante had placed one of the two calls. The statement made by Angelo Portante was admissible against him to show that he, Angelo Portante, was aware of details of the plot. It was not admissible against Antonio Portante. Against Antonio Portante it was merely hearsay. Nonetheless the trial judge permitted the Crown to argue to the jury that the statement of Angelo Portante confirmed the evidence of DeFrancesco. The Ontario Court of Appeal quashed the conviction of Antonio Portante holding that the effect of this use of the evidence was to indirectly achieve what the Crown could not do directly, that is, to permit the jury to use the Angelo Portante statement against Antonio Portante. Counsel for Miguel Rojas says that this parallels what has happened in the case at bar with Hugo Rojas' statement.

[23] Ryan J.A. concluded that the principle in *Perciballi* found no application in this case. She explained as follows (at para. 83):

With respect, I am of the view that what was at stake in each of the two cases is quite different. In *Perciballi* the trial judge permitted the jury to use the out-of-court statement of the co-accused as confirmation that the testimony of the accomplice against the accused was true. The opposite occurred in the case at bar — the jury was told that there was evidence in the case against Hugo Rojas that tended to confirm David Miranda's testimony that Hugo Rojas made certain out-of-court statements to him.

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Perciballi* (2001), 54 O.R. (3d) 346, que notre Cour a adoptés, en grande partie, lorsqu'elle a statué sur cette affaire ([2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51).

[22] La juge Ryan a résumé ainsi les faits de l'affaire *Perciballi* et la décision rendue (par. 82) :

[TRADUCTION] L'avocat a comparé cet aspect de l'exposé aux directives données au jury dans l'arrêt *R. c. Perciballi* [ . . . ] Dans cette affaire, le ministère public alléguait qu'un coaccusé, Antonio Portante, était l'auteur de l'un des deux appels téléphoniques de diversion faits à la police pour faciliter un vol qualifié dans une voiture blindée. La seule preuve à charge contre M. Portante consistait dans la déclaration d'un témoin selon qui M. Portante s'était trouvé dans un restaurant situé à proximité du téléphone payant utilisé pour l'appel, et dans le témoignage d'un complice, M. DeFrancesca, qui disait avoir fait le deuxième appel. Le frère d'Antonio Portante, Angelo, un autre coaccusé, avait fait une déclaration extrajudiciaire dans laquelle il affirmait qu'Antonio Portante était l'auteur d'un des deux appels. La déclaration d'Angelo Portante était admissible contre lui pour démontrer qu'il était au courant des détails du complot. Elle n'était pas admissible contre Antonio Portante, car elle constituait du ouï-dire à l'égard de ce dernier. Le juge du procès a néanmoins permis au ministère public de soutenir devant le jury que la déclaration d'Angelo Portante confirmait le témoignage de M. DeFrancesco. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité d'Antonio Portante, statuant que l'utilisation de cette preuve accomplissait indirectement ce que le ministère public ne pouvait faire directement, c'est-à-dire qu'elle permettait au jury d'utiliser la déclaration d'Angelo Portante contre Antonio Portante. Selon l'avocat de Miguel Rojas, c'est ce qui s'est produit en l'espèce dans le cas de la déclaration de Hugo Rojas.

[23] La juge Ryan a conclu que le principe énoncé dans *Perciballi* ne s'appliquait pas en l'espèce, pour la raison suivante (par. 83) :

[TRADUCTION] J'estime pour ma part que ce qui était en jeu dans ces deux affaires est tout à fait différent. Dans *Perciballi*, le juge du procès a permis au jury d'utiliser la déclaration extrajudiciaire du coaccusé pour confirmer la véracité du témoignage du complice contre l'accusé. En l'espèce, c'est le contraire qui s'est produit — on a dit au jury qu'il existait, à l'encontre de Hugo Rojas, des éléments de preuve tendant à confirmer le témoignage de David Miranda selon lequel Hugo Rojas lui avait fait certaines déclarations extrajudiciaires.

[24] I agree with Ryan J.A.'s analysis on this point. It is true that the underlying logic to the majority judgment in *Perciballi* could arguably be extended so as to require a parsing of a single witness's credibility in the manner advocated by the appellants in this case. In other words, in deciding whether Miranda was telling the truth about the alleged statements made by Miguel, the jury would have to discount the fact that his overall credibility may have been bolstered by the evidence that confirmed the truth of his testimony concerning Hugo's statements, and vice versa. Indeed, Doherty J.A. argued eloquently in his dissenting reasons in *Perciballi* that if pushed to its limits, the majority's ruling would have that precise effect. I remain unpersuaded that the principle in *Perciballi* leads inevitably to this result.

[25] In my respectful view, it is one thing for a jury to be expressly directed, as was done in *Perciballi*, to consider an out-of-court statement admissible only as against one accused in reaching its decision concerning the other. Such a direction would result in an impermissible use of the out-of-court statement. It is quite another matter, however, for the jury's assessment of the overall credibility of the witness to be influenced in some way by the totality of the evidence that they have heard, including evidence relating solely to one co-accused. The latter is inevitable, given the intangible nature of any credibility assessment. Although the analogy is not perfect, we may view the matter in this way. It is well established that it is improper for the Crown or the judge to expressly comment on the accused's failure to testify. Such a comment could compromise the accused's right to silence and run afoul of the presumption of innocence. Yet, this does not mean that the accused's silence at his trial is irrelevant. On the contrary, an accused's failure to testify may well impact on a jury's overall assessment of the Crown's case and the credibility of any witnesses whose testimony stands uncontradicted.

[24] Je souscris à l'analyse de la juge Ryan de la Cour d'appel sur ce point. Il est vrai qu'on pourrait élargir le raisonnement fondant le jugement majoritaire rendu dans *Perciballi* pour exiger que la crédibilité d'un témoin unique fasse l'objet de l'examen préconisé par les appelants en l'espèce. Autrement dit, pour déterminer si David Miranda a dit la vérité au sujet des déclarations attribuées à Miguel Rojas, le jury ne devrait pas tenir compte du fait que la preuve confirmant la véracité du témoignage de M. Miranda au sujet des déclarations de Hugo Rojas a pu renforcer sa crédibilité générale, et vice-versa. De fait, dans les motifs dissidents qu'il a exposés dans *Perciballi*, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a fait valoir avec éloquence que, poussée à l'extrême, la décision des juges majoritaires aurait précisément cet effet. Je ne suis pas persuadée que le principe énoncé dans *Perciballi* entraîne inévitablement ce résultat.

[25] À mon humble avis, c'est une chose que de dire expressément au jury, comme on l'a fait dans *Perciballi*, de tenir compte d'une déclaration extrajudiciaire admissible à l'égard d'un seul des accusés pour rendre sa décision concernant l'autre accusé — une telle directive entraînerait une utilisation inacceptable de la déclaration extrajudiciaire. La situation est toutefois très différente lorsque l'ensemble de la preuve soumise au jury, y compris des éléments se rapportant à un seul des coaccusés, influe d'une façon ou d'une autre sur l'évaluation de la crédibilité générale du témoin. Un tel résultat est inévitable vu la nature intangible de toute évaluation de la crédibilité. Bien qu'imparfaite, l'analogie suivante peut nous éclairer. Il est bien établi que tant le ministère public que le juge doivent s'abstenir de toute remarque sur le fait qu'un accusé ne témoigne pas, car cela compromettrait le droit de l'accusé au silence et irait à l'encontre de la présomption d'innocence. Mais il ne s'ensuit pas pour autant que le silence d'un accusé à son procès soit dépourvu de pertinence. Au contraire, le fait qu'un accusé ne témoigne pas peut très bien avoir une incidence sur l'évaluation globale de la preuve du ministère public et sur la crédibilité de tout témoin dont les déclarations ne sont pas contredites.



[26] Here, the appellants take the position that the trial was unfair because the jury's assessment of Miranda's testimony may well have been different if the accused had been tried separately, because the jury at each trial would not have heard the totality of the evidence called at the joint trial. The simple answer to the appellants' argument is that the accused were not tried separately. There is a strong societal interest in having co-participants in a single criminal enterprise tried together. Any risk of prejudice of the kind alleged here was amply guarded against by the trial judge's repeated instructions to the jury to decide the case against each accused separately, based on a careful consideration of the evidence admissible as against that accused.

### 3.2 *The Mixed Statement Instruction*

[27] The second ground of appeal relates to the trial judge's instructions to the jury on the weight to be given to the appellants' various out-of-court statements. Given the prominence of the evidence, the trial judge gave repeated instructions to the jury concerning the use that could be made of the out-of-court statements at the beginning of the trial, during the course of the testimony about those statements and during the final charge. Although not objected to at trial, the appellants take issue with the following comment made by the trial judge in the course of the final charge:

Since some of the alleged statements of each accused contain exculpatory statements or denials which tend to exonerate them, you must consider that, in the ordinary course of human behaviour, it often occurs that statements of an incriminating nature such as admissions or confessions are likely to be true, otherwise why say them. On the other hand, excuses for one's own behaviour do not necessarily carry the same persuasive weight. [Emphasis added; A.R., at p. 572.]

[28] The impugned charge requires some elaboration on its origin, its underlying rationale and its history in Canadian jurisprudence.

[26] En l'espèce, les appelants soutiennent que le procès n'a pas été équitable, car l'évaluation du témoignage de David Miranda aurait fort bien pu être différente s'il y avait eu des procès séparés. Le jury constitué pour chaque procès n'aurait alors pas entendu la totalité de la preuve qui a été présentée au procès conjoint. La réponse à cet argument des appelants est simple : les accusés n'ont pas été jugés séparément. Le fait de tenir un procès conjoint pour des personnes accusées d'avoir participé à une même entreprise criminelle répond à un intérêt sociétal important. En répétant plusieurs fois au jury que celui-ci devait rendre une décision distincte à l'égard de chaque accusé après avoir examiné minutieusement la preuve admissible à l'égard de cet accusé, le juge du procès a amplement paré au risque de préjudice évoqué en l'espèce.

### 3.2 *La directive concernant les déclarations mixtes*

[27] Le deuxième moyen d'appel se rapporte aux directives qui ont été données au jury au sujet du poids à attribuer aux diverses déclarations extrajudiciaires des appelants. Vu l'importance de ces éléments de preuve, le juge du procès a expliqué à plusieurs reprises au jury l'utilisation qui pouvait en être faite, et ce, au début du procès, pendant les témoignages relatifs à ces déclarations et dans son exposé final. Bien que les appelants n'aient élevé aucune objection à leur égard lors du procès, ils contestent les observations suivantes du juge du procès dans son exposé final :

[TRADUCTION] Puisque certaines des déclarations attribuées à chacun des accusés renferment des éléments disculpatoires ou des dénégations tendant à les disculper, vous devez prendre en compte le fait que, compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations? En revanche, les excuses n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. [Je souligne; d.a., p. 572.]

[28] Des précisions s'imposent sur les origines de la directive contestée, sur sa raison d'être et sur son évolution dans la jurisprudence canadienne.

[29] The underlined text originates from the English Court of Appeal's decision in *Duncan*. Duncan was charged with murder in respect of the death of the woman with whom he was living. He did not testify at his trial. However, in several out-of-court statements made to a neighbour and to the police, he admitted the killing but was unable to explain the motive for his actions. He suggested that he must have lost his temper when the victim teased him. The issue before the court was whether the latter assertion about a possible motive could be considered for the truth of its contents and give rise to a possible defence of provocation. The basic rules of evidence at play were explained by the Court of Appeal as follows (at p. 363):

(1) What a person says out of court is, generally speaking, not admissible to prove the truth of what he says. (2) It may be admissible if — (a) it is an exception to the hearsay rule, in which case it is evidence of the truth of what is stated; (b) it falls outside the hearsay rule, that is to say if it is adduced for a purpose other than proving the truth of the statement — an example of this is to be found in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, where a statement was relevant to the question of whether there had been duress or not. The only relevant exception to the hearsay rule in the present circumstances is that relating to admissions against interest or confessions.

[30] In short, the inculpatory parts of the statements were admissible under the confessions exception to the hearsay rule, whereas the exculpatory parts of the statements were self-serving and inadmissible. The Crown agreed, however, that where the statement is adduced as an admission against interest, the whole of the statement must be adduced. The Court of Appeal agreed with this concession, noting that “[a]ny other course would obviously be unfair” (p. 363). The question then became whether the exculpatory parts of the mixed statements could constitute evidence of the truth of their contents, or whether they were admissible for the limited purpose of providing context to the admissions against interest. The Crown advocated the latter rule.

[29] Le texte souligné tire son origine de l'arrêt *Duncan* de la Cour d'appel d'Angleterre. Monsieur Duncan, qui était accusé du meurtre de la femme avec laquelle il vivait, n'avait pas témoigné à son procès. Toutefois, dans plusieurs déclarations extrajudiciaires faites à un voisin et à la police, il avait avoué le meurtre, mais sans pouvoir expliquer le mobile de son geste. Il avait dit qu'il devait avoir perdu son sang-froid lorsque la victime l'avait nargué. La cour devait donc se demander si cette assertion au sujet d'un possible mobile pouvait être utilisée pour établir la véracité de son contenu et si elle pouvait permettre d'invoquer la provocation comme moyen de défense. La Cour d'appel a expliqué ainsi les règles de preuve fondamentales qui étaient en jeu (p. 363) :

[TRADUCTION] (1) En général, une déclaration extrajudiciaire n'est pas admissible pour prouver la véracité de son contenu. (2) Elle peut être admissible dans deux situations : (a) elle constitue une exception à la règle du ouï-dire, auquel cas elle fait preuve de la véracité de son contenu; (b) elle n'est pas assujettie à la règle du ouï-dire, c'est-à-dire qu'elle est présentée pour une fin autre que la preuve de la véracité de la déclaration — dans *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, par exemple, une déclaration a été jugée pertinente pour déterminer s'il y avait eu ou non contrainte. La seule exception applicable à la règle du ouï-dire, en l'espèce, est celle qui concerne l'admissibilité des aveux contraires à l'intérêt de l'accusé ou celle des confessions.

[30] Pour résumer, les éléments inculpatives des déclarations étaient admissibles en application de l'exception à la règle du ouï-dire, alors que les éléments disculpatoires étaient intéressés et inadmissibles. Toutefois, le ministère public avait reconnu que lorsque la déclaration est invoquée à titre d'aveu contraire à l'intérêt de l'accusé il faut la présenter en totalité. La Cour d'appel s'est dite d'accord avec cette concession, soulignant que [TRADUCTION] « [t]oute autre façon de faire serait manifestement inéquitable » (p. 363). Il fallait donc ensuite déterminer si les éléments disculpatoires des déclarations mixtes pouvaient constituer une preuve de la véracité de leur contenu, ou s'ils étaient admissibles uniquement pour indiquer le contexte dans lequel avaient été faits les aveux contraires à l'intérêt de l'accusé. Le ministère public défendait la seconde thèse.

[31] The English Court of Appeal did not accede to the Crown's argument, stating that it could prove a very difficult task to explain the difference between those parts of a mixed statement which were truly a confession and those parts which were exculpatory. The court therefore ruled that the entirety of the statement was admissible for the truth of its contents but recommended that the jury be charged in the following manner (at p. 365):

Where a "mixed" statement is under consideration by the jury in a case where the defendant has not given evidence, it seems to us that the simplest, and, therefore, the method most likely to produce a just result, is for the jury to be told that the whole statement, both the incriminating parts and the excuses or explanations, must be considered by them in deciding where the truth lies. It is, to say the least, not helpful to try to explain to the jury that the exculpatory parts of the statement are something less than evidence of the facts they state. Equally, where appropriate, as it usually will be, the judge may, and should, point out that the incriminating parts are likely to be true (otherwise why say them?), whereas the excuses do not have the same weight. [Emphasis added.]

This instruction was later endorsed by the House of Lords in *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, and more recently in *R. v. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478.

[32] Canadian courts have been divided on the usefulness of the mixed statement instruction. While the precise wording of the instruction has varied from case to case, some versions of it have found appellate approval: see *R. v. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210 (Man. C.A.), and *R. v. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272. In other cases, the "Duncan instruction" was held to constitute reversible error: see *R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74 (Que. C.A.), and *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (Ont. C.A.).

[33] The British Columbia Court of Appeal recently considered a *Duncan*-type instruction in

[31] La Cour d'appel d'Angleterre n'a pas acquiescé à l'argument du ministère public, précisant qu'il pourrait s'avérer extrêmement difficile d'expliquer la différence entre les éléments de déclarations mixtes qui constituaient une véritable confession et ceux qui étaient disculpatoires. Elle a donc statué que la totalité de la déclaration était admissible pour établir la véracité de son contenu, mais elle fait des recommandations quant aux explications à donner au jury (p. 365) :

[TRADUCTION] Lorsqu'une déclaration « mixte » est soumise au jury dans une affaire où l'accusé n'a pas témoigné, il nous semble que la méthode la plus simple et, par conséquent, la plus susceptible de produire un résultat équitable, consiste à indiquer au jury que, pour décider de la véracité d'une déclaration, il doit examiner la totalité de celle-ci — tant les éléments incriminants que les excuses ou les explications. Il n'est pas utile, c'est le moins qu'on puisse dire, d'essayer d'expliquer au jury que les éléments disculpatoires des déclarations n'équivalent pas à une preuve des faits qui y sont énoncés. En outre, lorsque cela s'avère approprié (c'est-à-dire dans la plupart des cas), le juge peut — et devrait — souligner que les passages incriminants sont probablement vrais (car sinon pourquoi l'intéressé aurait-il dit de telles choses?), alors que les excuses n'ont pas le même poids. [Je souligne.]

Cette instruction a subséquemment été entérinée par la Chambre des lords dans *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, et, plus récemment, dans *R. c. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478.

[32] Les tribunaux canadiens ont exprimé des opinions divergentes sur l'utilité de la directive relative aux déclarations mixtes. Bien que la formulation de la directive ait varié suivant les affaires, certaines versions ont été approuvées en appel : voir *R. c. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210 (C.A. Man.), et *R. c. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272. Dans d'autres cas, la cour a jugé que la « directive *Duncan* » constituait une erreur donnant ouverture à l'infirmité de la décision : voir *R. c. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Qué.), et *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (C.A. Ont.).

[33] Récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné une directive de type

*R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, a decision released shortly after the hearing of this appeal in the court below. Counsel for Miguel Rojas advised this Court that following the decision in *David*, the Court of Appeal agreed to receive additional submissions from counsel on the impact of *David* on the case at bar. After receiving the submissions, the Court of Appeal advised that it would issue no further comment.

[34] Ryan J.A., writing for the court in *David*, reviewed the divergent appellate decisions on the mixed statement instruction and concluded that while none of them were determinative of the question that occupied the court, “lessons [could] be taken from *Harrison, Rojas* and *Samuels*” (para. 42). She explained as follows (at para. 42):

While an appeal court will look at each case to determine whether a like charge has led to an unfair trial, it is dangerous for a trial judge to instruct a jury that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. Trial judges should leave such “common sense” arguments to the lawyers in their closing addresses.

In *David*, having regard to the wording of the instruction and its context, the court concluded that “what otherwise might have been a suggestion as to how the jury could approach the weighing of the evidence” was effectively transformed “to a rule of law that they were obliged to apply” (para. 44). The court therefore gave effect to this ground of appeal in *David* and ordered a new trial.

[35] As we can see, the *Duncan* instruction is rooted in basic evidentiary rules concerning the admission of out-of-court statements. As the court put it: “What a person says out of court is, generally speaking, not admissible to prove the truth of what he says” (p. 363). This general exclusionary rule applies in regard to both inculpatory and exculpatory statements. Confessions, however, fall within a recognized exception to the hearsay rule, and the

*Duncan* dans l’arrêt *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, rendu peu de temps après l’audition de la présente affaire par cette dernière. L’avocat de Miguel Rojas nous a informés que la Cour d’appel a consenti à ce que les avocats lui déposent des observations complémentaires au sujet des incidences de l’arrêt *David* sur l’appel de leurs clients. Après avoir reçu ces observations, la Cour d’appel a indiqué qu’elle ne formulerait aucun nouveau commentaire.

[34] La juge Ryan, qui a rédigé le jugement de la Cour d’appel dans *David*, a passé en revue les arrêts divergents rendus par des juridictions d’appel au sujet des directives à formuler en matière de déclarations mixtes. Elle a conclu qu’aucune de ces décisions n’était déterminante pour la question dont la cour était saisie, mais que néanmoins certaines [TRADUCTION] « leçons [pouvaient] être tirées des arrêts *Harrison, Rojas* et *Samuels* » (par. 42). Elle s’est exprimée ainsi (par. 42) :

[TRADUCTION] Même si une cour d’appel examinera chaque cas pour déterminer si une directive semblable a porté atteinte à l’équité du procès, il est dangereux pour le juge du procès de dire au jury qu’il doit attribuer un poids différent aux déclarations inculpatives et aux déclarations disculpatoires. Le juge devrait laisser aux avocats le soin d’exposer ces arguments de « bon sens » dans leur plaidoirie finale.

Compte tenu de la formulation et du contexte de la directive, la Cour d’appel a conclu dans *David* que [TRADUCTION] « ce qui aurait autrement pu constituer une suggestion quant à la façon dont le jury pouvait soupeser la preuve » est en fait devenu « une règle de droit qu’il était tenu d’appliquer » (par. 44). Elle a donc accueilli ce moyen d’appel et ordonné un nouveau procès.

[35] Comme on peut le constater, la directive *Duncan* plonge ses racines dans les règles de preuve fondamentales régissant l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires. Comme l’a indiqué la Cour d’appel d’Angleterre : [TRADUCTION] « En général, une déclaration extrajudiciaire n’est pas admissible pour prouver la véracité de son contenu » (p. 363). Cette règle générale d’exclusion s’applique autant aux déclarations inculpatives qu’aux déclarations

very rationale for the admissibility of admissions by an accused is that admissions against interest are likely to be true. As Cory J. stated in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 17:

... the basis for the admission of a statement of the accused as an exception to the rule against hearsay is that what people freely say which is contrary to their interest is probably true.

[36] Exculpatory out-of-court statements made by an accused are also subject to the general exclusionary rule against hearsay. Where the accused testifies, such statements are generally inadmissible because they are viewed as self-serving and lacking in probative value. Where the accused does not testify, there is an additional rationale for excluding such statements. McIntyre J. explained it in *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3, as follows (at p. 22):

As a general rule, the statements of an accused person made outside court — subject to a finding of voluntariness where the statement is made to one in authority — are receivable in evidence against him but not for him. This rule is based on the sound proposition that an accused person should not be free to make an unsworn statement and compel its admission into evidence through other witnesses and thus put his defence before the jury without being put on oath and being subjected, as well, to cross-examination.

[37] Of course, the general rule that excludes out-of-court exculpatory statements is not without exceptions. One such exception is relevant here — the mixed statement exception. Just as in England, it has long been established that where the Crown seeks to tender an accused's out-of-court statement which contains both inculpatory and exculpatory parts, it must tender the entire statement, and the exculpatory portions are substantively admissible in favour of the accused: *R. v. Hughes*, [1942] S.C.R. 517, at p. 521. Fairness to the accused is the obvious rationale for the mixed statement exception. The exception is also based on the more pragmatic consideration that it is often difficult to

disculpatives. Toutefois, les confessions relèvent d'une exception reconnue à la règle du ouï-dire, et l'admissibilité des aveux d'un accusé tient justement au fait que des aveux contraires à son intérêt ont de bonnes chances d'être vrais. Ainsi que l'a expliqué le juge Cory dans *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 17 :

... la raison pour laquelle une déclaration de l'accusé peut être admise à titre d'exception à la règle du ouï-dire est que les déclarations qui sont faites librement par une personne et qui sont contre son intérêt sont probablement vraies.

[36] Les déclarations extrajudiciaires disculpatives faites par un accusé sont également visées par la règle générale d'exclusion du ouï-dire. Lorsque l'accusé témoigne, de telles déclarations sont généralement inadmissibles, parce qu'elles sont considérées comme intéressées et dépourvues de valeur probante. Lorsqu'il ne témoigne pas, une autre raison d'exclusion de telles déclarations s'ajoute. Cette raison a été formulée en ces termes par le juge McIntyre dans *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3, p. 22 :

En règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé — sous réserve qu'elles soient jugées volontaires lorsqu'elles ont été faites à quelqu'un en situation d'autorité — sont recevables comme preuve contre lui, mais non à son avantage. Cette règle est fondée sur la proposition juste qu'un accusé ne devrait pas être libre de faire des déclarations non solennelles, puis d'en forcer l'admission comme preuve par l'intermédiaire d'autres témoins et, ainsi, de soumettre sa défense au jury sans avoir à prêter serment et aussi sans subir de contre-interrogatoire.

[37] Évidemment, la règle générale excluant les déclarations extrajudiciaires disculpatives comporte des exceptions, dont l'une — l'exception relative aux déclarations mixtes — est pertinente en l'espèce. Tout comme en Angleterre, il est établi depuis longtemps au Canada que la déclaration extrajudiciaire d'un accusé qui renferme à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatives doit être mise en preuve dans son intégralité et que les éléments disculpatives sont admissibles quant au fond en faveur de l'accusé : *R. c. Hughes*, [1942] R.C.S. 517, p. 521. L'exception relative aux déclarations mixtes procède manifestement d'un souci d'équité envers l'accusé, mais elle

determine which parts of a statement are inculpatory and which parts are exculpatory.

[38] In recognizing both the basis for admitting inculpatory statements and the exceptional admissibility of an accused's untested statements, the *Duncan* instruction, as such, accurately reflects the state of the law. In England, the instruction is also perceived as achieving the "right balance", as the House of Lords explained in *Aziz* (at p. 485):

Moreover, I would reject the suggestion that the law as stated in *Sharp* is unduly balanced in favour of the defendants who do not testify. On the contrary, as was emphasised in *Duncan* and *Sharp*, a judge is entitled to comment adversely on the quality of the exculpatory parts of a mixed statement which has not been tested by cross-examination. The right balance has been found. [Emphasis added.]

Judges in Canada, as in England, are also entitled to comment on the evidence so long as they make it clear that factual issues are for the jury to decide: *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, 2005 SCC 27, at para. 27. The Crown therefore urges this Court to adopt the *Duncan* instruction in Canada.

[39] With respect to the contrary position adopted by our English colleagues, I would not accede to the Crown's argument. In certain circumstances, it may be useful to explain to the jury why the law permits them to hear a particular piece of evidence where such instruction will assist them with their task. This may be the case, for example, where evidence is admitted for a limited purpose only. The jury may be more likely to comply with the limiting instruction if they understand the underlying rationale for the rule. In most circumstances, however, expounding the rationale for an evidentiary rule may only serve to confuse the jury unnecessarily or risk encroaching unduly upon their role as fact finders. For example, I can think of no principled reason to explain to a jury that they are hearing the accused's confession because the court is

repose aussi, plus pragmatiquement, sur le fait qu'il est souvent difficile de discerner, dans une déclaration, les éléments inculpatifs des éléments disculpatoires.

[38] En reconnaissant à la fois le fondement de l'admission de déclarations inculpatives et l'admissibilité exceptionnelle des déclarations non vérifiées d'un accusé, la directive *Duncan* reflète ainsi fidèlement l'état du droit. En Angleterre, on considère en outre qu'elle a permis d'atteindre le [TRADUCTION] « juste équilibre », comme la Chambre des lords l'a expliqué dans *Aziz*, p. 485 :

[TRADUCTION] De plus, je ne puis accepter l'argument voulant que la règle de droit, telle qu'elle est énoncée dans *Sharp*, favorise indûment les accusés qui ne témoignent pas. Au contraire, comme les arrêts *Duncan* et *Sharp* l'ont bien fait ressortir, il est loisible au juge de formuler un commentaire négatif sur la qualité des éléments disculpatoires d'une déclaration mixte qui n'a pas été mise à l'épreuve par contre-interrogatoire. Le juste équilibre a été trouvé. [Je souligne.]

Au Canada, tout comme en Angleterre, les juges sont autorisés à formuler des commentaires au sujet de la preuve, à condition d'indiquer clairement qu'il appartient au jury de trancher les questions de fait : *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, 2005 CSC 27, par. 27. Le ministère public demande donc instamment à notre Cour d'adopter la directive *Duncan*.

[39] Tout en respectant le point de vue contraire exprimé par nos collègues anglais, je ne puis accepter l'argument du ministère public. Dans certaines circonstances, il peut s'avérer utile, pour aider le jury dans sa tâche, de lui expliquer pourquoi le droit lui permet d'entendre une preuve donnée. Ce sera le cas, notamment, lorsque l'élément de preuve n'est admis que pour une fin bien précise. Le jury sera sans doute plus susceptible de se conformer à une directive limitative s'il comprend le fondement de la règle. Mais, dans la plupart des cas, on ne parviendra probablement qu'à embrouiller inutilement le jury ou à empiéter indûment sur son rôle de juge des faits en lui expliquant la raison d'être d'une règle de preuve. Par exemple, je ne vois pas au nom de quel principe il faudrait expliquer au jury qu'il entend la confession d'un accusé parce que la cour

satisfied beyond a reasonable doubt that it was voluntarily made. Likewise, it would only risk encroaching unduly on the jury's domain to tell them that they are hearing a piece of similar fact evidence because, in the judge's view, the similarities with the offence are such that they "defy coincidence".

[40] In the same way, I see little advantage in expounding for the jury the underlying rationale for the mixed statement exception. If only for the pragmatic reason that it is often very difficult to differentiate between admissions and excuses, I too conclude, as did Ryan J.A. in *David* and in the court below, that it is dangerous for the judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. Such "common sense" comments are better left to the advocacy of counsel (*David*, at para. 42). Therefore, I conclude that the *Duncan* instruction should not be adopted by Canadian trial courts.

[41] The question whether a *Duncan*-type instruction has resulted in an unfair trial in any given case, however, will depend entirely on the particular words used and their context. For example, as the finding of the court in *David* exemplifies, where the instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. In this case, as I will explain, having regard to the permissive wording of the impugned instruction, the charge as a whole and the nature of the statements at issue, it is my view that the instruction was more unfortunate than fatal.

[42] The *Duncan* instruction related to out-of-court statements made by Hugo and Miguel to Miranda, Quintanilla and the police. It was given in the context of the following particular instructions regarding out-of-court statements.

[43] First, the trial judge instructed the jury that any statement made by an accused person is only evidence against the accused person who made

croit hors de tout doute raisonnable à son caractère volontaire. De même, on risquerait simplement d'empiéter indûment sur les fonctions du jury en lui disant qu'il entend une preuve de faits similaires parce que le juge estime que les similitudes sont telles qu'elles « écarte[nt] toute coïncidence ».

[40] De même, je vois peu d'avantage à exposer au jury le fondement de l'exception relative aux déclarations mixtes. Ne serait-ce que pour la raison pragmatique qu'il est souvent très difficile de différencier les aveux des excuses, je conclus, comme l'a fait la juge Ryan de la Cour d'appel dans la présente affaire et dans *David*, qu'il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatrices et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment. Il vaut mieux laisser aux avocats le soin de ces commentaires relevant du « bon sens » (*David*, par. 42). Par conséquent, j'estime que les tribunaux de première instance canadiens ne devraient pas adopter la directive *Duncan*.

[41] Toutefois, la question de savoir si une directive de type *Duncan* a compromis l'équité d'un procès dépendra entièrement de la formulation employée et de son contexte. Par exemple, comme l'illustre la conclusion de la Cour d'appel dans *David*, lorsque la directive est formulée comme une présomption de droit, l'effet préjudiciable peut être difficile à surmonter. En l'espèce, comme je vais l'expliquer, eu égard à la formulation non contraignante de la directive contestée, à l'ensemble de l'exposé et à la nature des déclarations en cause, je suis d'avis que la directive était davantage malencontreuse que fatale.

[42] La directive *Duncan* concernait des déclarations extrajudiciaires faites par Hugo et Miguel Rojas à David Miranda, à Christian Quintanilla et à la police. Le juge l'a formulée dans le contexte des directives particulières suivantes relatives aux déclarations extrajudiciaires.

[43] Premièrement, le juge du procès a indiqué au jury que toute déclaration d'un accusé ne vaut qu'à l'encontre de son auteur, à moins qu'elle n'ait été

it, unless it was made in the presence of the other accused person who can be said by his silence to have adopted the statement as his own. Second, he told the jury that they could not consider any alleged out-of-court incriminating statement unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was made by the accused. Third, the jury was told that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was made, they must then determine whether the statement was true. (I pause to note that instructions two and three can be problematic because it will often prove difficult to differentiate between inculpatory and exculpatory statements. If these instructions are given, it becomes important to dispel any notion that exculpatory statements need be proven beyond a reasonable doubt before they can be considered by the jury. This difficulty can be avoided altogether if the jury is instructed on the standard of proof beyond a reasonable doubt solely in respect of the elements of the offence and the ultimate verdict, and not in respect of particular items of evidence: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.)

[44] Fourth, the jury was told to consider all of the denials and explanations when deciding whether the statements were true. Fifth, the trial judge charged the jury along the lines of *Duncan* in the following terms:

Since some of the alleged statements of each accused contain exculpatory statements or denials which tend to exonerate them, you must consider that, in the ordinary course of human behaviour, it often occurs that statements of an incriminating nature such as admissions or confessions are likely to be true, otherwise why say them. On the other hand, excuses for one's own behaviour do not necessarily carry the same persuasive weight. Nevertheless, a denial or other exculpatory statement may raise a reasonable doubt. That is so because any statement or part of a statement allegedly made by an accused that is exculpatory, in the sense that it denies that he committed the offence, or provides an innocent explanation, is evidence in favour of that accused, and you need not be satisfied beyond a reasonable doubt that he said it or that the denial or his explanation is true. If the evidence indicates that the accused Hugo Rojas or Miguel Rojas could reasonably

faite en présence de l'autre accusé, dont le silence peut être interprété comme l'acceptation de cette déclaration comme la sienne. Deuxièmement, le juge a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte d'une déclaration extrajudiciaire incriminante attribuée à l'accusé à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration avait bien été faite par lui. Troisièmement, le juge a précisé au jury que, s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration avait bien été faite, il devait alors déterminer si elle était vraie. (Je signale que la deuxième et la troisième directives peuvent faire problème, parce qu'il s'avère souvent difficile de distinguer entre des déclarations inculpatrices et des déclarations disculpatoires. Lorsque de telles directives sont données, il devient important de dissiper tout à fait l'idée que des déclarations disculpatoires doivent être prouvées hors de tout doute raisonnable pour pouvoir être prises en considération par le jury. Cette difficulté peut être évitée si les directives données quant à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable se rapportent uniquement aux éléments de l'infraction et au verdict final, et non à des éléments de preuve particuliers : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.)

[44] Quatrièmement, le juge a demandé au jury d'examiner toutes les dénégations et explications pour décider de la véracité des déclarations. Cinquièmement, il a donné une directive de type *Duncan*, formulée en ces termes :

[TRADUCTION] Puisque certaines des déclarations attribuées à chacun des accusés renferment des éléments disculpatoires ou des dénégations tendant à les disculper, vous devez prendre en compte le fait que, vu la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations? En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. Cependant, une dénégation ou autre déclaration disculpatoire peut soulever un doute raisonnable. Il en est ainsi parce que toute déclaration ou partie de déclaration attribuée à un accusé qui est disculpatoire, au sens où elle nie qu'il ait commis l'infraction, ou fournit une explication tendant à l'innocenter, constitue une preuve favorable à l'accusé, et vous n'avez pas à être convaincus hors de tout doute



have made the exculpatory statement and it is reasonable to believe that the exculpatory statement could be true, then it may raise a reasonable doubt in your mind in favour of Hugo Rojas or Miguel Rojas, or both. [Emphasis added; A.R., at pp. 572-73.]

[45] The trial judge then reminded the jury that they did not have to accept or reject everything a witness said and reminded them that Hugo and Miguel were each entitled to the benefit of any reasonable doubt, including a reasonable doubt about the truth of any alleged admission or confession or any part of them. Finally, he emphasized that it was up to the jury to decide how much weight or importance, if any, they should give to any statement or any part of the statement if they decided the statement was made and that it is true.

[46] Elsewhere in his charge to the jury, the trial judge referred several times to the Crown's burden of proof and to the principle of reasonable doubt. He explained to the jury, when making specific reference to Miguel's police statement, that to the extent that his statement was exculpatory, it was evidence in favour of Miguel and that the jury need not be satisfied beyond a reasonable doubt that it was true (A.R., at pp. 557-58). Rather, the trial judge emphasized, the evidence need only raise a reasonable doubt.

[47] When viewed in context, I am satisfied that the *Duncan* instruction could not have misled the jury. It was clear from the charge that the burden of proof did not shift to Hugo or Miguel, that any exculpatory statement need only raise a reasonable doubt, and that the accused were entitled to the benefit of any such doubt. In commenting on the relative weight that may be attributed to the statements, the trial judge did not exceed his function. It was clear that the assessment of the reliability of the statements was left entirely with the jury. Accordingly, I agree with the Court of Appeal below that the *Duncan* instruction did not constitute reversible error in the context of this case.

raisonnable qu'il l'a faite ou que la dénégation ou l'explication sont vraies. Si la preuve indique que les accusés Hugo ou Miguel Rojas pouvaient raisonnablement avoir fait la déclaration disculpatoire et qu'on peut raisonnablement croire que celle-ci pouvait être vraie, elle peut soulever un doute raisonnable en faveur de Hugo Rojas, de Miguel Rojas, ou des deux. [Je souligne; d.a., p. 572-573.]

[45] Le juge du procès a ensuite rappelé au jury qu'il n'avait pas à accepter ou à rejeter tout ce qu'un témoin avait dit, et que Hugo comme Miguel Rojas avaient droit au bénéfice de tout doute raisonnable, notamment d'un doute raisonnable au sujet de la véracité d'aveux ou de confessions (ou de parties de ceux-ci) qui leur étaient attribués. Enfin, il a insisté sur le fait qu'il appartenait au jury de déterminer le poids ou l'importance à accorder à toute déclaration ou partie de déclaration, s'il arrivait à la conclusion qu'elle avait bien été faite et qu'elle était vraie.

[46] Dans son exposé au jury, le juge a par ailleurs fait état à plusieurs reprises de la charge de la preuve qui incombait au ministère public et de la règle du doute raisonnable. Il a expliqué aux jurés, en parlant expressément de la déclaration de Miguel Rojas à la police, que dans la mesure où cette déclaration était disculpatoire elle constituait un élément de preuve qui lui était favorable et que le jury n'avait pas à être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'elle était vraie (d.a., p. 557-558). Il faut simplement, a-t-il souligné, que la preuve souleve un doute raisonnable.

[47] Je suis convaincue que, considérée dans son contexte, la directive *Duncan* n'a pu induire le jury en erreur. Il ressortait clairement de l'exposé que le fardeau de la preuve n'avait pas été déplacé sur Hugo ou Miguel Rojas, qu'il suffisait que les déclarations disculpatoires soulèvent un doute raisonnable et que l'accusé avait droit au bénéfice d'un tel doute. Dans ses explications au sujet du poids relatif susceptible d'être attribué aux déclarations, le juge du procès n'a pas outrepassé ses attributions. Il était clair que l'évaluation de la crédibilité des déclarations relevait entièrement du jury. Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que, en l'espèce, la directive *Duncan* ne constituait pas une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[48] Accordingly, for these reasons, I would dismiss the appeals.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellant Miguel Rojas: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Hugo Rojas: Matthew A. Nathanson, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

[48] Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

*Pourvois rejetés.*

*Procureur de l'appellant Miguel Rojas : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Procureur de l'appellant Hugo Rojas : Matthew A. Nathanson, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Mihaly Illes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ILLES**

**Neutral citation: 2008 SCC 57.**

File No.: 31954.

2008: April 22; 2008: October 24.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Accused tried for first degree murder — Trial judge charging jury that law presumes any incriminating part of accused's statement likely true, while exculpatory statements carry less weight — Whether direction improper — If so, whether new trial should be ordered.*

*Criminal law — Evidence — Crown's failure to disclose — Whether new trial appropriate remedy.*

The accused was charged with first degree murder. The victim was shot in a van and, at the time, the only occupants of the van were three drug traffickers: the victim, the accused and M. At trial, M testified that the accused was the shooter. The accused did not testify, but took the position that M was the killer. O, a friend of the accused's then girlfriend, testified that the accused put a bucket with the victim's severed head in her garage for a day before moving it to another location. The accused told O that he had shot the victim because he was taking some of the cocaine from deliveries to feed his own habit. In his account of the events, M denied ever having seen the bucket at his own apartment, but admitted his involvement in disposing of the remains. The accused was arrested based on information O gave to the police. While in custody, the accused wrote several letters to his friends. In his letters, he proclaimed his innocence, implicating at first O, and later M, as the killer. Although admitting that the letters were a

**Mihaly Illes** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ILLES**

**Référence neutre : 2008 CSC 57.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31954.

2008 : 22 avril; 2008 : 24 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Accusé ayant subi un procès pour meurtre au premier degré — Directive de la juge du procès aux jurés leur disant que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai mais que les déclarations disculpatoires ont moins de poids — Cette directive était-elle erronée? — Dans l'affirmative, un nouveau procès doit-il être ordonné?*

*Droit criminel — Preuve — Omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve — La tenue d'un nouveau procès est-elle la réparation appropriée?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. La victime a été abattue dans une fourgonnette, dont les seuls occupants à ce moment précis étaient trois trafiquants de drogue : la victime, l'accusé et M. Au procès, M a déclaré que c'était l'accusé qui avait tiré. Ce dernier n'a pas témoigné, mais il a soutenu que c'était M qui avait fait feu sur la victime. O, une amie de celle qui était alors la compagne de l'accusé, a témoigné que l'accusé avait rangé un seau contenant la tête coupée de la victime dans son garage pendant une journée avant de l'emporter ailleurs. L'accusé a dit à O qu'il avait éliminé la victime parce qu'il consommait de la cocaïne à même les livraisons pour nourrir sa propre dépendance. Dans son récit des faits, M a nié avoir vu le seau dans son propre appartement, mais il a admis avoir participé à l'élimination des restes de la victime. L'accusé a été arrêté sur la foi des renseignements que O a fournis à la police. Pendant sa détention, il a écrit plusieurs lettres à ses amis. Dans ses lettres, il proclame son innocence, et il implique d'abord

ruse and were intended to be discovered by the police, the defence argued that the expressions of innocence were nonetheless truthful. The trial judge told the jury that “the statements . . . in the letters . . . contain both admissions, as well [as] excuses which tend to exonerate” the accused and that “[i]n the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true” while “excuses for one’s own behaviour . . . do not necessarily . . . carry the same persuasive weight”. She also added that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so?” The jury found the accused guilty. After the trial, the accused became aware that a confidential informant had told the police during the investigation that shortly after the murder, he met with M, the accused and others at M’s apartment, and that there was a bucket on the balcony with a human head in it. The police did not provide this information to the Crown until it was requested by the defence after the trial. The majority of the Court of Appeal upheld the accused’s conviction and dismissed his application to introduce fresh evidence. The accused appealed to this Court as of right on two grounds: the trial judge improperly charged the jury and the Crown breached its constitutional duties by failing to disclose relevant evidence.

*Held* (Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Fish JJ.: The trial judge’s instruction (known as a “*Duncan* instruction”) was improper and the Crown violated its constitutional obligations of disclosure. Neither error can safely be characterized as harmless and either alone warrants a new trial. [3]

While none of the statements contained in the letters amounted to confessions or admissions, the trial judge’s *Duncan* instruction specifically referred to admissions and implicitly suggested that some of the statements were incriminating. The jury may well have understood the instructions to require what the law was said to presume — that more weight should be given to the incriminating inferences that could be drawn from the

O, puis M, à titre de tireur. Bien qu’elle ait reconnu que les lettres étaient une ruse et qu’elles étaient censées être découvertes par la police, la défense a soutenu que les expressions d’innocence qu’elles contenaient n’en demeuraient pas moins vraies. La juge du procès a dit au jury que « les déclarations figurant dans les lettres [. . .] contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à innocenter » l’accusé et que, « [c]ompte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies » tandis que « les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n’ont pas nécessairement la même valeur persuasive ». Elle a ajouté que « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos? » Le jury a déclaré l’accusé coupable. Après le procès, l’accusé a appris qu’un indicateur avait dit à la police, durant l’enquête, que peu de temps après le meurtre il avait rencontré M, l’accusé et d’autres personnes à l’appartement du premier, et qu’un seau contenant une tête humaine se trouvait sur le balcon. Les enquêteurs n’ont pas transmis cette information à l’avocat du ministère public tant que la défense n’en a pas fait la demande une fois le procès terminé. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont maintenu la déclaration de culpabilité de l’accusé et ont rejeté sa demande d’autorisation de produire une preuve nouvelle. L’accusé a interjeté appel de plein droit devant notre Cour en invoquant deux moyens : la juge du procès aurait donné des directives erronées au jury et le ministère public aurait manqué à ses obligations constitutionnelles en ne communiquant pas des éléments de preuve.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la tenue d’un nouveau procès ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Fish : La directive de la juge du procès (connue sous le nom de « directive de type *Duncan* ») était incorrecte et le ministère public a manqué aux obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. Aucune de ces erreurs ne peut être qualifiée avec certitude d’erreur sans conséquence; l’une ou l’autre justifierait à elle seule la tenue d’un nouveau procès. [3]

Bien qu’aucune des déclarations contenues dans les lettres n’équivaille en soi à une confession ou à un aveu, la directive de type *Duncan* que la juge du procès a donnée fait expressément référence à des aveux et laisse implicitement entendre que certaines des déclarations sont incriminantes. Le jury peut fort bien avoir considéré que les directives l’obligeaient à faire ce que, avait-on dit, le droit présume — c’est-à-dire qu’il faut

letters than to the facially exculpatory statements they contained. The potential for jury confusion warrants a new trial. The jury deliberated over four days and the trial judge, after receiving a note indicating that they were split on their decision, re-charged the jury with a portion of the instructions containing the impugned language on the very day that they finally rendered the verdict. The letters were an important part of the Crown's case and the evidence at trial was not so overwhelming that the jury would inevitably have reached the same verdict if properly directed in law. [13] [15] [17] [21-23]

With respect to the Crown's failure to disclose, the fresh evidence concerning the head in the bucket was significant because it places M and the bucket together at the same time in the apartment and suggests that the head was actively displayed at that time, seriously undercutting M's core claim that he had no contact at all with the victim's severed head before the day he helped to dispose of it. When added to the overall picture of the evidence, there is a reasonable possibility that the informant's evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. Most importantly, it could have tended to show that M — the only other possible shooter — was continuing to lie at trial and that key parts of his testimony were fabrications intended to frame the accused. There is also a reasonable possibility that the non-disclosure affected the overall fairness of the trial process. The non-disclosure deprived the defence of the opportunity to impeach M on additional important grounds, and may have affected defence counsel's trial strategy. [24] [28-29] [31] [33] [38]

*Per* Deschamps, Charron and Rothstein JJ. (dissenting): It is dangerous for a trial judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. The issue of whether a *Duncan*-type instruction constitutes misdirection in any given case will depend entirely on the particular words used and their context. Where, as here, the instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. However, in the circumstances of this case, this unfortunate instruction, although given in error, could not realistically have impacted on the verdict. The letters contained no admissions in respect of which the impugned instruction could be applied. The Crown did not rely on anything in the letters as an admission

accorder plus de poids aux inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres qu'aux déclarations à première vue disculpatoires figurant dans celles-ci. Cette possibilité de confusion du jury justifie la tenue d'un nouveau procès. Les jurés ont délibéré pendant quatre jours et la juge du procès, après avoir reçu une note lui indiquant que ceux-ci étaient divisés sur la décision à prendre, leur a répété une partie des directives, dont les passages contestés, le jour même où ils ont finalement rendu leur verdict. Les lettres constituaient un élément important de la preuve du ministère public et la preuve n'était pas à ce point accablante que le jury aurait forcément rendu le même verdict s'il avait reçu des directives appropriées en droit. [13] [15] [17] [21-23]

Quant à l'omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve, les nouveaux éléments concernant la tête dans le seau étaient importants, car ils indiquent que M s'est trouvé dans l'appartement alors que le seau y était et ils tendent à indiquer que la tête de la victime a à ce moment été exhibée, ce qui aurait pu affaiblir sérieusement la crédibilité de la prétention principale de M, selon laquelle il n'avait jamais été en présence de la tête décapitée de la victime avant le jour où il a aidé à en disposer. Si on ajoute les déclarations de M au tableau global de la preuve, il est raisonnablement possible que ces déclarations auraient fait naître un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Aspect plus important encore, elles auraient pu tendre à établir que M — le seul autre tireur possible — continuait de mentir au procès et qu'il avait fabriqué des parties clés de son témoignage en vue de faire porter à l'accusé la responsabilité du meurtre. Il y a aussi une possibilité raisonnable que la non-communication de la preuve ait influé sur l'équité globale du procès. La non-communication a empêché la défense d'attaquer la crédibilité de M sur d'autres points importants et a eu une incidence sur la stratégie que l'avocat de la défense a adoptée au procès. [24] [28-29] [31] [33] [38]

*Les juges* Deschamps, Charron et Rothstein JJ. (dissentants) : Il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatives et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment. La question de savoir si une directive de type *Duncan* est erronée dans un cas donné dépendra entièrement des termes utilisés et de leur contexte. Lorsque, comme en l'espèce, la directive est formulée comme une présomption de droit, son effet préjudiciable peut se révéler difficile à surmonter. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, bien qu'elle ait à tort été donnée, cette malencontreuse directive n'a pas pu réalistement influencer sur le verdict. Les lettres ne contenaient aucun aveu auquel la directive contestée pouvait s'appliquer. Le ministère public n'a invoqué aucun

against the accused's interest. It relied, rather, on the fact that the accused, by his letters, presented an ever-changing story, tried to influence witnesses and misled the police in their investigation, and blamed others for his actions, arguing that these were not the actions of an innocent man. This was a permissible inference to be drawn from the totality of the evidence and one which is not in any way affected by the unfortunate use of the presumptive language in the judge's instructions. Nothing in the charge would have prevented the jury from making appropriate use of the protestations of innocence contained in the letters and relied upon by the defence. The trial judge emphasized to the jury that it was up to them to decide how much weight to give to the statements, and that they could accept all of them, some of them, or none of them. She also repeatedly told the jury that the accused was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by the evidence, including a reasonable doubt raised by the exculpatory statements in the letters. [57-60]

With respect to the Crown's failure to disclose all relevant material, it is appropriate to order a new trial when the accused demonstrates that there is a reasonable possibility that the non-disclosure affected either (1) the outcome of the trial, or (2) the overall fairness of the trial process. Here, the accused cannot meet the first branch of the test. The proposed evidence that the bucket was on M's balcony at one point in time after the murder does not assist in determining whether M or the accused actually killed the victim. It is also consistent with the undisputed fact that M was involved in helping to bury the victim's remains. Therefore, on its face, the fresh evidence could not realistically have affected the outcome of the trial. The question whether the evidence could nonetheless have impacted on the verdict can best be answered on the second branch of the test by considering what use could possibly have been made by the defence of the undisclosed information. In cross-examination, M agreed that the bucket could have been on his balcony without his knowledge. It is unrealistic for the accused to suggest that M's testimony would have been any different if confronted with the undisclosed statement at trial and, in turn, that this additional item of evidence would have added anything of significance. The theory that M might have been the perpetrator was advanced at trial. The undisclosed statement would have added nothing significant to this argument. Further, the defence knew that the author of the undisclosed statement had been present at the apartment, but failed to have him testify, thereby suggesting that he had no helpful evidence to offer. [62] [65-66] [68-69]

passage des lettres en tant qu'aveu contraire aux intérêts de l'accusé. Il s'est plutôt appuyé sur le fait que, dans ses lettres, l'accusé avait constamment changé sa version des événements, avait tenté d'influencer des témoins, avait lancé la police sur de fausses pistes et avait blâmé les autres pour ses actions, et que tous ces actes n'étaient pas les actes d'une personne innocente. Il s'agit d'une inférence qui pouvait légitimement être tirée de l'ensemble de la preuve et que n'affecte en rien le malencontreux usage par la juge de termes évoquant une présomption dans ses directives au jury. Rien dans l'exposé n'empêchait le jury de faire un usage approprié des protestations d'innocence que contenaient les lettres et sur lesquelles s'appuyait la défense. La juge du procès a souligné aux jurés qu'il leur appartenait de décider du poids à accorder aux déclarations, et qu'ils pouvaient les accepter toutes ou certaines seulement, ou encore n'en accepter aucune. Elle leur a également dit à maintes reprises que l'accusé avait droit au bénéfice de tout doute raisonnable soulevé par la preuve, y compris celui soulevé par les déclarations disculpatoires figurant dans les lettres. [57-60]

Quant à l'omission du ministère public de communiquer tous les éléments de preuve pertinents, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans les cas où l'accusé établit qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé (1) sur l'issue du procès ou (2) sur l'équité globale du procès. En l'espèce, l'accusé ne satisfait pas au premier volet de l'analyse. L'élément de preuve proposé, selon lequel le seau s'est trouvé sur le balcon de M à un moment donné après le meurtre, n'aide pas à déterminer si c'est M ou l'accusé qui a en fait tué la victime. Cette preuve est également compatible avec le fait incontesté que M a participé à l'enfouissement des restes de la victime. À première vue, donc, le nouvel élément de preuve n'aurait pas pu réalistement influencer sur l'issue du procès. Pour mieux répondre à la question de savoir si cet élément aurait pu malgré tout influencer sur le verdict, il convient donc de se pencher sur le second volet de l'analyse et de s'interroger sur l'utilisation qu'aurait pu faire la défense de l'information non communiquée. En contre-interrogatoire, M a reconnu que le seau avait pu se trouver sur son balcon sans qu'il le sache. Il n'est pas réaliste de la part de l'accusé de prétendre que le témoignage de M aurait été différent s'il avait été confronté au procès à la déclaration non communiquée, et, de ce fait, que cet élément de preuve supplémentaire aurait pu ajouter quoi que ce soit d'appréciable. La thèse voulant que M ait pu être l'auteur du crime a été présentée au procès. La déclaration non communiquée n'aurait pas pu ajouter quoi que ce soit d'appréciable à cet argument. De plus, la défense connaissait la présence de l'auteur de la déclaration non communiquée à l'appartement et ne l'a pas fait témoigner, ce qui tend à indiquer qu'il n'avait rien d'utile à offrir. [62] [65-66] [68-69]

**Cases Cited**

By LeBel and Fish JJ.

**Referred to:** *R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, 2007 SCC 6; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70; *R. v. Skinner*, [1998] 1 S.C.R. 298.

By Charron J. (dissenting)

*R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, 2008 SCC 56; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444; *Driskell v. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (b)(iii), (2)(b).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Donald and Chiasson JJ.A.) (2007), 237 B.C.A.C. 231, 392 W.A.C. 231, 217 C.C.C. (3d) 529, 46 C.R. (6th) 1, [2007] B.C.J. No. 364 (QL), 2007 CarswellBC 391, 2007 BCCA 125, upholding the conviction of the accused for first degree murder. Appeal allowed, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting.

*David M. Layton*, for the appellant.

*W. J. Scott Bell*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Fish JJ. was delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

**I. Overview**

[1] With respect for the contrary opinion of Justice Charron, we would allow the appeal and order a new trial.

**Jurisprudence**

Citée par les juges LeBel et Fish

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70; *R. c. Skinner*, [1998] 1 R.C.S. 298.

Citée par la juge Charron (dissidente)

*R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, 2008 CSC 56; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL); *Driskell c. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (b)(iii), (2)(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Donald et Chiasson) (2007), 237 B.C.A.C. 231, 392 W.A.C. 231, 217 C.C.C. (3d) 529, 46 C.R. (6th) 1, [2007] B.C.J. No. 364 (QL), 2007 CarswellBC 391, 2007 BCCA 125, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents.

*David M. Layton*, pour l'appellant.

*W. J. Scott Bell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel et Fish rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

**I. Aperçu**

[1] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la juge Charron, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

[2] The appellant seeks a new trial on two grounds. First, that the trial judge improperly charged the jury that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true”, while exculpatory statements or “excuses” carry less weight. Second, that the Crown breached its constitutional duties by failing to disclose relevant evidence before — and even after — the trial.

[3] On the first ground, we agree with Justice Charron that the judge’s direction, known as a “*Duncan* instruction”, is indeed improper and, accordingly, should not have been included in the judge’s charge. As to the second, we agree that the Crown violated its *Charter* obligations of disclosure. In short, we agree with Justice Charron that both errors alleged by the appellant were in fact committed; unlike our colleague, however, we find that neither error can safely be characterized as “harmless”. On the contrary, we believe that either error would alone warrant a new trial and we would in any event, on account of their combined effect, have reached the same conclusion.

[4] We will first consider the improper jury instruction and then turn to the Crown’s breach of its constitutional duty of disclosure. Except as otherwise noted, we accept Justice Charron’s summary of the facts. Having reviewed the record and concluded that a new trial is necessary, however, we will relate those additional facts that are necessary to support this result.

## II. The Improper Jury Instruction

[5] In July 2001, Melanie Ovalle became the first significant witness to cooperate with the police investigation into the victim’s murder some three

[2] L’appelant demande la tenue d’un nouveau procès en invoquant deux moyens. D’abord, la juge du procès aurait à tort informé le jury que [TRADUCTION] « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai », alors que les déclarations disculpatoires ou les [TRADUCTION] « excuses » ont moins de poids. Ensuite, le ministère public aurait manqué à ses obligations constitutionnelles en omettant de communiquer des éléments de preuve pertinents avant — et même après — le procès.

[3] Pour ce qui est du premier moyen, à l’instar de la juge Charron nous estimons que la directive de la juge — directive connue sous le nom de « directive de type *Duncan* » — est bel et bien incorrecte et qu’elle n’aurait donc pas dû être donnée au jury. Pour ce qui est du second, nous sommes également d’accord pour conclure que le ministère public a manqué aux obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. Bref, tout comme la juge Charron, nous sommes d’avis que les deux erreurs reprochées par l’appelant ont effectivement été commises. Toutefois, à l’inverse de notre collègue, nous croyons qu’aucune de ces erreurs ne peut être qualifiée avec certitude d’« erreur sans conséquence ». Au contraire, nous estimons que l’une ou l’autre justifierait à elle seule la tenue d’un nouveau procès. Quoi qu’il en soit, par leur effet combiné, ces deux erreurs mènent à notre avis à la même conclusion.

[4] Nous examinerons dans un premier temps la directive erronée qui a été donnée au jury, puis nous nous pencherons sur la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communication de la preuve. Sauf indication contraire, nous acceptons l’exposé des faits de la juge Charron. Ayant revu le dossier et conclu qu’un nouveau procès devait être tenu, nous exposerons toutefois les faits additionnels nécessaires pour appuyer notre conclusion.

## II. La directive erronée au jury

[5] En juillet 2001, M<sup>me</sup> Melanie Ovalle est devenue le premier témoin important à collaborer à l’enquête policière sur le meurtre de la victime, commis



months earlier. On November 2, 2001, Derrick Madinsky, the only person other than the appellant present at the time of the victim's death, was arrested for the murder. He was soon released without charge and on November 8, 2001, the police arrested and charged the appellant. Later in November, Mr. Madinsky provided a "will say" statement to the police giving his account of events, subject to the proviso that neither the statement nor evidence obtained as a result thereof could be used against him. By the end of February 2002, he had formally agreed to be a Crown witness in exchange for an immunity and witness protection arrangement.

[6] The Crown's case rested largely on the testimony of Ms. Ovalle, Mr. Madinsky, and Garry Favell, another drug associate of the appellant, in addition to six letters that the accused wrote while in jail following his arrest. The incorrect *Duncan* instruction at issue here only applied to the contents of these letters.

[7] The accused wrote the first two letters, which are known in the record as the Madinsky and Prince George letters, to his associates after he learned that Ms. Ovalle was cooperating with the police but before finding out about Madinsky's immunity arrangement with the Crown. In each of the two letters the accused makes only exculpatory statements. For example, the letters state that Ms. Ovalle is mentally ill and suggests that her account of events, which tended to incriminate the accused, was motivated by jealousy over the amount of time he was spending with Lee-Anne Price, her closest friend.

[8] The letters also claim ignorance of the victim's fate, speculating that the victim may merely be in hiding, or that he may have been killed by Ms. Ovalle after a lovers' quarrel. One letter hypothesizes that blood matching the victim's, found in Mr. Madinsky's van, was either not the victim's at

environ trois mois plus tôt. Le 2 novembre 2001, M. Derrick Madinsky, la seule personne autre que l'appelant ayant été présente au moment du décès de la victime, a été arrêté pour meurtre. Il a rapidement été remis en liberté sans que des accusations ne soient portées contre lui et, le 8 novembre 2001, la police a arrêté et inculpé l'appelant. Plus tard en novembre, M. Madinsky a, dans une « déclaration anticipée », donné sa version des faits à la police, à la condition qu'aucune déclaration et qu'aucun élément de preuve en découlant ne puissent être utilisés contre lui. À la fin de février 2002, il avait officiellement accepté de témoigner pour le ministère public en échange d'une immunité et d'une entente prévoyant sa participation à un programme de protection des témoins.

[6] La preuve du ministère public reposait en grande partie sur les témoignages de M<sup>me</sup> Ovalle, de M. Madinsky et de M. Garry Favell, un autre associé de l'appelant dans le commerce de la drogue, ainsi que sur six lettres que l'accusé avait écrites en prison à la suite de son arrestation. La directive erronée de type *Duncan* qui est en litige dans la présente affaire visait uniquement le contenu de ces lettres.

[7] L'accusé a écrit les deux premières lettres (désignées au dossier comme les lettres adressées à Madinsky et les lettres adressées à Prince George) à ses associés après avoir appris que M<sup>me</sup> Ovalle collaborait avec la police, mais avant de savoir que M. Madinsky avait conclu avec le ministère public une entente d'immunité. Chacune des deux lettres ne contient que des déclarations disculpatoires de l'accusé. À titre d'exemple, il y est mentionné que M<sup>me</sup> Ovalle souffre de maladie mentale et que son récit des faits, qui tend à incriminer l'accusé, s'explique par la jalousie en raison du temps que l'accusé passait avec sa meilleure amie, M<sup>me</sup> Lee-Anne Price.

[8] En outre, l'accusé affirme dans ses lettres ignorer ce qui est arrivé à la victime et il avance l'hypothèse que cette dernière pourrait simplement se tenir cachée ou avoir été tuée par M<sup>me</sup> Ovalle à la suite d'une querelle d'amoureux. Une lettre suggère que le sang correspondant à celui de la

all or that “[the victim] and his boyfriend got into a fistfight in the van and got a bloody nose”.

[9] Finally, the letters urge the accused’s associates “not to confess to anything you haven’t done”; state that “NOTHING EVER HAPPENED, SO ANYTHING ANYBODY MAKES UP IS A LIE”; accuse the police of using “KGB police trick[s]”; and warn that the police “will try EVERYTHING to try to build a case, to try to fabricate evidence” (emphasis in original). While many of these statements are implausible in the context of the other evidence at trial, they are all exculpatory statements on their face.

[10] The next four letters — the “Kent letters” — also contain no admissions or confessions, but only statements that, if accepted as factually accurate, would tend to exonerate the accused. Two of the letters — written on yellow paper — provide instructions from the accused to Ms. Price, who was by then the accused’s wife, and to her uncle Gordon Fleming. These yellow letters detail a relatively elaborate scheme intended to mislead the police into believing that the other two Kent letters — written on white paper — had been written by the accused several months earlier.

[11] The yellow letters are explicit as to the purpose of this ruse: “There is our defence. The [white] letter says it all. Who killed, whom, why . . . . It will be like an ACE in our pocket. This could decide the case. Make it, or brake [*sic*] it.”

[12] The two white Kent letters were written after the appellant learned of Mr. Madinsky’s status as a Crown witness, but were backdated so as to appear to have been written months earlier. They point the finger at Mr. Madinsky acting at the urging of

victime, qui a été retrouvé dans la fourgonnette de M. Madinsky, n’était pas du tout celui de la victime, ou que [TRADUCTION] « [la victime] s’était battue à coups de poing avec son conjoint dans la fourgonnette et avait saigné du nez ».

[9] Enfin, dans ses lettres, l’accusé exhorte ses associés à [TRADUCTION] « ne pas confesser d’actes qu’[ils] n’[ont] pas commis »; il ajoute : « IL NE S’EST JAMAIS RIEN PASSÉ, DONC TOUT CE QU’ON RACONTE N’EST QUE MENSONGE »; il accuse la police d’utiliser des « ruse[s] digne[s] du KGB »; et il prévient ses associés que la police « ne reculera DEVANT RIEN pour étoffer le dossier, pour fabriquer de la preuve » (souligné dans l’original). Bien qu’un grand nombre de ces déclarations soient peu vraisemblables compte tenu des autres éléments de preuve produits au procès, à première vue, elles demeurent toutes disculpatoires.

[10] De même, les quatre autres lettres (les lettres adressées à Kent) ne contiennent ni aveux ni confessions. Elles ne comportent que des déclarations qui, si les faits qu’elles décrivent sont tenus pour avérés, tendraient à innocenter l’accusé. Dans deux de ces lettres — écrites sur du papier jaune — l’accusé donne des directives à M<sup>me</sup> Price, qui était alors son épouse, et à son oncle M. Gordon Fleming. Ces lettres sur papier jaune font état d’un plan assez élaboré visant à amener la police à croire que les deux autres lettres adressées à Kent — celles-là sur du papier blanc — avaient été écrites par l’accusé plusieurs mois auparavant.

[11] Les lettres sur papier jaune indiquent explicitement l’objectif de cette ruse : [TRADUCTION] « Voilà notre défense. La lettre [sur papier blanc] explique tout. Le nom du meurtrier, celui de la victime, le mobile [. . .] Ce sera comme un ATOUT en réserve. Qui pourrait sceller l’issue du procès. Qui pourrait faire pencher la balance dans un sens ou dans l’autre. »

[12] L’appelant a écrit les deux lettres adressées à Kent sur papier blanc après avoir appris que M. Madinsky témoignerait pour le ministère public. Il les a toutefois antidatées pour qu’elles paraissent avoir été écrites quelques mois auparavant.

Mr. Favell. The appellant claims in these letters that Mr. Madinsky and Mr. Favell are colluding to frame him. In one of the white letters, addressed to Mr. Madinsky, the appellant describes himself as having “put my ass on the line for you, to help you clean up your mess,” in apparent reference to the victim’s murder. He suggests that he has no choice but to take the fall for Madinsky and Favell because “[r]otting in jail is still better than a couple of extra nostrils in the back of my head.”

[13] As we have already observed — and both parties agree — none of the statements contained in these letters amount, in themselves, to confessions or admissions. The Crown thus relied on the letters not as admissions, but as post-offence conduct indicative of the accused’s guilt.

[14] The defence, on the other hand, argued that the statements in the letters that tended, on their face, to exonerate the accused and incriminate Madinsky were in fact true. The defence further argued that any fabricated statements in the letters were not evidence of guilt, but were rather the conduct of an innocent man, distrustful of police, who was attempting to exonerate himself of the murder charge while not betraying his involvement in other criminal activity.

[15] That the letters, on their face, contain only exculpatory statements sits uncomfortably with the trial judge’s *Duncan* instruction in her jury charge, which specifically refers to admissions contained in the letters and implicitly suggests that some of the statements are incriminating:

In this trial, the statements contained in the letters allegedly written by the accused contain both admissions, as

Ces lettres accusent M. Madinsky d’avoir agi sur les instances de M. Favell. Dans ces lettres, l’appellant prétend que M. Madinsky et M. Favell sont de connivence pour lui faire porter le chapeau. Dans l’une des lettres sur papier blanc, qui était adressée à M. Madinsky, l’appellant écrit : [TRADUCTION] « Je me suis foutu dans la merde pour vous, pour vous aider à vous tirer du pétrin dans lequel vous vous êtes fourrés », faisant apparemment référence au meurtre. Il laisse entendre qu’il n’a d’autre choix que de prendre le blâme pour MM. Madinsky et Favell, parce que [TRADUCTION] « [c]roupir en prison c’est quand même mieux que d’avoir deux ou trois narines de plus à l’arrière de la tête. »

[13] Comme nous l’avons déjà fait remarquer — et les deux parties s’entendent sur ce point — aucune des déclarations contenues dans ces lettres n’équivaut en soi à une confession ou à un aveu. Le ministère public a invoqué les lettres non pas en tant qu’aveux, mais plutôt comme preuve d’un comportement postérieur à l’infraction tendant à établir la culpabilité de l’accusé.

[14] Pour sa part, la défense a prétendu que les déclarations figurant dans les lettres, qui tendaient à première vue à disculper l’accusé et à incriminer M. Madinsky, étaient en fait véridiques. La défense a également soutenu que les déclarations fabriquées susceptibles de figurer dans les lettres ne constituaient pas des preuves de culpabilité, mais plutôt des actes accomplis par une personne innocente, qui se méfiait de la police et qui essayait de se disculper d’une accusation de meurtre tout en ne révélant pas sa participation à d’autres activités criminelles.

[15] Le fait que les lettres ne contiennent à première vue que des déclarations disculpatoires rend problématique la directive de type *Duncan* que la juge du procès a donnée au jury. En effet, dans cette directive elle fait expressément référence à des aveux contenus dans les lettres et laisse implicitement entendre que certaines des déclarations sont incriminantes :

[TRADUCTION] Dans le présent procès, les déclarations figurant dans les lettres qu’aurait écrites l’accusé

well [*sic*] excuses which tend to exonerate him. In the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true, otherwise why say them.

On the other hand, excuses for one's own behaviour are -- do not necessarily . . . carry the same persuasive weight. . . .

If you find it reasonable to believe that the part of Mr. Illes' statements . . . where he denied committing the offence by offering an innocent explanation, then the statements may raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt. Even if you do not believe that . . . part of Mr. Illes' statements denying he committed the offence by offering an innocent explanation, it may still raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt.

On the other hand, any portion of the statements that tend to incriminate Mr. Illes in the commission of the offence only assist the Crown's case if you are convinced that portion is true beyond a reasonable doubt. This is because the law presumes any incriminating part of the accused's statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so.

[16] As we understand her reasons, Justice Charron considers that these instructions could only have affected the jury's assessment of *explicit* admissions or confessions contained in the letters. Because the letters contained no such admissions, and because the Crown relied on the contents of the letters only as post-offence conduct consistent with guilt, she finds the impugned instructions harmless.

[17] With respect, we disagree. Faced with a discrepancy between letters that contain no facially incriminating statements and a charge that gives explicit directions relating to "admissions", "statements of an incriminating nature", and "statements that tend to incriminate Mr. Illes", it seems unlikely that the jury would regard these portions of the charge as mere surplusage. It is at least as

contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à l'innocenter. Compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations?

En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement [. . .] n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. . . .

Si vous estimez qu'il est raisonnable [. . .] d'ajouter foi à la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l'infraction en fournissant une explication tendant à l'innocenter, alors les déclarations peuvent soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si vous ne croyez pas que [. . .] la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l'infraction par une explication tendant à l'innocenter, elles peuvent encore soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

En revanche, tout passage des déclarations qui tendent à impliquer M. Illes dans la commission de l'infraction n'est utile au ministère public que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le passage en question est vrai. Il en est ainsi parce que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos?

[16] Si nous comprenons bien ses motifs, la juge Charron estime que ces directives n'auraient pu influencer que sur l'appréciation par le jury d'aveux ou de confessions *explicites* contenus dans les lettres. Puisque les lettres ne contenaient aucun aveu de ce genre, et que le ministère public n'a invoqué leur contenu que comme preuve d'un comportement postérieur à l'infraction tendant à établir la culpabilité, notre collègue conclut que les directives contestées étaient sans conséquence.

[17] En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En présence de la contradiction que représentent pour les jurés, d'une part, des lettres ne comportant aucune déclaration à première vue incriminante et, d'autre part, un exposé de la juge leur donnant des directives explicites quant à des [TRADUCTION] « aveux », à des « déclarations incriminantes » et à des « déclarations qui tendent

plausible to conclude that the jury would understand the ambit of the impugned instruction to include not just “admissions” and “confessions” — of which there were none — but also statements in the letters that tend to incriminate the accused because they appear, in context, to be those of a guilty man. Put differently, the jury may well have understood the instructions to require what the law was said to “presume” — that more weight should be given to the incriminating inferences that could be drawn from the letters than to the facially exculpatory statements they contained.

[18] Indeed, the impugned portions of the jury charge do not make an especially clear distinction between statements that are incriminating on their face (e.g. admissions or confessions) and statements that are incriminating only in context (e.g. the claim that “nothing ever happened”). As noted above, the instruction refers not only to “admissions”, but also to “statements that tend to incriminate” and “statements of an incriminating nature”. The latter two formulations could well have been understood by the jury to include statements that tended to incriminate when read in context.

[19] The potential for jury confusion on the scope of the *Duncan* instruction is even more apparent when one appreciates that a single statement can be exculpatory on its face, but inculpatory when regarded in light of other evidence. Thus, for example, the claim that “NOTHING EVER HAPPENED, SO ANYTHING ANYBODY MAKES UP IS A LIE” is clearly exculpatory if accepted as literally true. But when read with other statements in the same letter, such as speculation that Ms. Ovalle may have killed the victim or that the victim was in hiding, the statement might appear disingenuous. When one considers that the statement was addressed to Mr. Madinsky, the only other person who could have

à impliquer M. Illes », il semble peu probable que le jury ait considéré ces parties de l'exposé comme de simples remarques superflues. Il est au moins tout aussi plausible de conclure que le jury a pu considérer que les directives contestées visaient non seulement les [TRADUCTION] « aveux » et les « confessions » — dont les lettres sont dépourvues — mais aussi les déclarations dans les lettres qui tendent à incriminer l'accusé parce qu'elles paraissent, eu égard au contexte, émaner d'une personne coupable. En d'autres mots, le jury peut fort bien avoir considéré que les directives l'obligeaient à faire ce que, lui avait-on dit, le droit [TRADUCTION] « présume » — c'est-à-dire qu'il faut accorder plus de poids aux inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres qu'aux déclarations à première vue disculpatoires figurant dans celles-ci.

[18] De fait, les parties contestées de l'exposé au jury n'établissent pas de distinction particulièrement claire entre les déclarations manifestement incriminantes (p. ex. des aveux ou confessions) et des déclarations qui ne le sont qu'au regard du contexte (p. ex. la prétention selon laquelle [TRADUCTION] « Il ne s'est jamais rien passé »). Comme nous l'avons indiqué précédemment, les directives parlent non seulement d'[TRADUCTION] « aveux », mais également de « déclarations qui tendent à impliquer » et de « déclarations incriminantes ». Il est fort possible que le jury ait considéré que ces deux derniers termes visaient également les déclarations qui tendent à impliquer l'accusé lorsqu'elles sont envisagées au regard du contexte.

[19] Le risque de confusion de la part du jury quant à la portée de la directive de type *Duncan* devient encore plus évident si l'on considère qu'une déclaration donnée peut posséder un caractère apparemment disculpatoire, mais devenir incriminante si elle est étudiée à la lumière d'autres éléments de preuve. Par exemple, la prétention selon laquelle [TRADUCTION] « IL NE S'EST JAMAIS RIEN PASSÉ, DONC TOUT CE QU'ON RACONTE N'EST QUE MENSONGE », est carrément disculpatoire si on la tient littéralement pour avérée. Toutefois, si on l'examine à la lumière d'autres déclarations contenues dans la même lettre, telle l'hypothèse que M<sup>me</sup> Ovalle pourrait avoir commis le meurtre ou

killed the victim, the claim that “NOTHING EVER HAPPENED” takes on a decidedly conspiratorial valence. While it may be possible to parse the jury instructions in such a way that it does not constitute a direction to favour these sorts of incriminating inferences over the exculpatory plain meaning of a statement, it remains entirely possible that the jury did not do so, and perhaps unreasonable to expect that it did.

[20] As suggested by Rowles J.A. in her dissenting reasons below ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125), when the jury charge is interpreted broadly in the way that we have described, it would appear to instruct the jury to discount the defence theory invoking the truth of some of the facially exculpatory statements in the letters, and to give greater weight to the Crown’s interpretation, which depended on the incriminating inferences that could be drawn from the letters. This prejudice to the defence is particularly acute when, as here, the instruction was couched in terms of a *legal presumption*. Thus, when the judge stated that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true”, the jury may well have understood this to mean that the incriminating inferences urged by the Crown were to be favoured *as a matter of law*.

[21] The question, then, is whether this potential for jury confusion warrants a new trial. It is well established that an improper jury instruction constitutes an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and that a new trial may be granted as a remedy under s. 686(2)(b) unless the harmless error proviso of s. 686(1)(b)(iii) applies. The Court has repeatedly held that the proviso can only be invoked with respect to “errors of a minor nature

que la victime pourrait se tenir cachée, la déclaration pourrait paraître un leurre. Lorsqu’on considère que la déclaration s’adressait à M. Madinsky, la seule autre personne susceptible d’avoir tué la victime, la prétention qu’« IL NE S’EST JAMAIS RIEN PASSÉ » prend clairement l’allure d’une conspiration. Certes, on pourrait disséquer les directives données au jury de manière à écarter l’interprétation qui y retrouverait une recommandation de privilégier ce genre d’inférences incriminantes par rapport au sens apparemment disculpatoire d’une déclaration donnée. Cependant, il reste néanmoins tout à fait possible que le jury ne les ait pas comprises ainsi. Il est peut-être même déraisonnable de s’attendre à ce qu’il l’ait fait.

[20] Comme l’a fait observer la juge Rowles de la Cour d’appel dans ses motifs dissidents ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125), lorsque l’exposé au jury est interprété largement, de la manière que nous venons de décrire, il semble recommander aux jurés de faire abstraction de la thèse de la défense selon laquelle certaines des déclarations à première vue disculpatoires contenues dans les lettres sont véridiques, et d’accorder plus de poids à l’interprétation prônée par le ministère public, qui reposait sur les inférences incriminantes pouvant être tirées des lettres. Le préjudice causé à la défense devient particulièrement grave dans un cas comme celui qui nous occupe où la directive est formulée comme une *présomption de droit*. En conséquence, lorsque la juge affirme que [TRADUCTION] « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai », le jury peut fort bien avoir déduit de cette affirmation qu’il était tenu *en droit* de préférer les inférences incriminantes prônées par le ministère public.

[21] La question consiste donc à déterminer si cette possibilité de confusion du jury justifie la tenue d’un nouveau procès. Il est bien établi qu’une directive erronée au jury constitue une erreur de droit visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et qu’un nouveau procès peut être accordé à titre de réparation, en application de l’al. 686(2)(b), à moins que l’exception relative aux erreurs sans conséquence prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s’applique. Notre Cour

having no impact on the verdict” or “serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice” (*R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, 2007 SCC 6, at para. 81 (Deschamps J., for the majority), quoting *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 26 (Arbour J., for the majority)). More succinctly, “the proviso should only be applied where ‘the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict’” (*R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 11 (Bastarache J., for the majority), quoting *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916 (Sopinka J., for the majority)).

[22] We cannot, of course, peer into the jury room. The jury’s deliberations remain shrouded in secrecy. It is nonetheless worth noting that the jury deliberated over four days; that the jurors indicated in a note to the judge on the evening of the first full day of deliberations that they were split on their decision; and that the jury was re-charged with a portion of the instructions containing the impugned language on the very day that it finally rendered the verdict. Furthermore, given that the three principal witnesses for the Crown were all subject to strong *Vetrovec* instructions and that the accused did not testify, the letters, written by the accused himself, were a particularly important part of the Crown’s case.

[23] In light of these considerations and those explained above, we cannot agree that the evidence in this case was so overwhelming that the jury would inevitably have reached the same verdict if properly directed in law. It is at least plausible, perhaps even likely, that the jury was influenced by the impugned *Duncan* instruction in drawing inculpatory inferences from the letters. Because the letters were a principal element of the Crown’s case, it

a à maintes reprises décidé que cette disposition ne pouvait être invoquée que relativement à des « erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict » ou à de « graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit » (*R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6, par. 81 (la juge Deschamps, au nom de la majorité), citant *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 26 (la juge Arbour, au nom de la majorité)). En bref, « la disposition ne doit être appliquée que dans les cas où “la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité” » (*R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 11 (le juge Bastarache, au nom de la majorité), citant *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916 (le juge Sopinka, au nom de la majorité)).

[22] Il est évidemment impossible de savoir ce qui s’est passé dans la salle des jurés. Les délibérations des jurés demeurent secrètes. Il convient toutefois de signaler les faits suivants : les jurés ont délibéré pendant quatre jours; dans une note écrite remise à la juge du procès le soir de leur premier jour complet de délibérations, ils ont indiqué qu’ils étaient divisés sur la décision à rendre; la juge du procès leur a répété une partie des directives — dont les passages contestés — le jour même où ils ont finalement rendu leur verdict. En outre, comme les trois témoins principaux du ministère public avaient tous été l’objet de sérieuses mises en garde de type *Vetrovec* et comme l’accusé n’a pas témoigné, les lettres que ce dernier avait lui-même écrites constituaient un élément particulièrement important de la preuve du ministère public.

[23] Pour ces raisons, ainsi que celles exposées plus tôt, nous ne pouvons admettre que, en l’espèce, la preuve était à ce point accablante que le jury aurait forcément rendu le même verdict s’il avait reçu des directives appropriées en droit. Il est à tout le moins plausible, voire probable, que le jury ait été influencé par la directive contestée de type *Duncan* lorsqu’il a tiré ses inférences incriminantes des lettres. Comme ces lettres constituaient un

cannot safely be said that the impugned instruction constituted harmless error.

### III. The Crown's Failure to Disclose

[24] With respect to the fresh evidence not available to the defence at trial due to the Crown's failure to disclose, a new trial is the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the accused can show that his right to make full answer and defence was thereby violated. In order to discharge this burden, the accused can show *either* "that there is a *reasonable possibility* the non-disclosure affected the outcome at trial" *or* that it affected "the overall fairness of the trial process" (*R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 34 (emphasis in original)).

[25] With respect to the first prong of the *Dixon* test, it is important to note that the issue here is not whether the undisclosed evidence *would* have made a difference to the trial outcome, but rather whether it *could* have made a difference. More precisely, the issue the appellate court must determine is whether there is a reasonable possibility that the additional evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. See *R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70, at para. 82.

[26] Our unanimous decision in *Taillefer* directs the court "not to examine the undisclosed evidence, item by item, to assess its probative value", but rather "to reconstruct the overall picture of the evidence that would have been presented to the jury had it not been for the Crown's failure to disclose the relevant evidence. Whether there is a reasonable possibility that the verdict might have been different must be determined having regard to the evidence in its entirety" (para. 82).

[27] With respect to the second prong of the *Dixon* test, an appellant need only establish a reasonable

des principaux éléments de la preuve du ministère public, il est impossible d'affirmer avec certitude que la directive contestée a constitué une erreur sans conséquence.

### III. L'omission par le ministère public de communiquer certains éléments de preuve

[24] En ce qui concerne les nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas la défense au procès parce que le ministère public ne les lui avait pas communiqués, un nouveau procès est la réparation convenable en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'accusé peut démontrer que son droit à une défense pleine et entière a pour cette raison été violé. Pour s'acquitter de ce fardeau, l'accusé doit établir « qu'il y a une *possibilité raisonnable* que la non-divulgation ait influé sur l'issue [du procès] » *ou* qu'elle ait influé sur « l'équité globale du procès » (*R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 34 (souligné dans l'original)).

[25] Relativement au premier volet du critère établi dans l'arrêt *Dixon*, il est important de souligner qu'il ne s'agit pas de se demander si les éléments de preuve non communiqués *auraient* influé sur l'issue du procès, mais plutôt s'ils *auraient pu* influencer sur l'issue du procès. De façon plus précise, le tribunal d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les éléments de preuve additionnels auraient soulevé un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Voir *R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70, par. 82.

[26] L'arrêt unanime de notre Cour dans l'affaire *Taillefer* demande aux tribunaux non « pas d'évaluer un à un les éléments de preuve non divulgués afin d'évaluer leur valeur probante », mais plutôt « de reconstruire le tableau global de la preuve qui aurait été présentée au jury, n'eût été l'omission du ministère public de divulguer la preuve pertinente. L'existence d'une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent doit être déterminée à la lumière de la preuve prise dans son ensemble » (par. 82).

[27] Relativement au deuxième volet du critère établi dans *Dixon*, l'appellant doit uniquement



possibility that the overall fairness of the trial process was impaired. This burden can be discharged by showing, for example, that the undisclosed evidence could have been used to impeach the credibility of a prosecution witness (see *Taillefer*, at para. 84), or could have assisted the defence in its pre-trial investigations and preparations, or in its tactical decisions at trial (see *R. v. Skinner*, [1998] 1 S.C.R. 298, at para. 12 (Cory J., for the Court)).

[28] The fresh evidence in issue here relates to an interview between the police and Michael Maze. According to the two withheld police accounts of the interview, Mr. Maze was present at Mr. Madinsky's apartment at some point in the days following the murder. While at the apartment, he was shown the head of the victim stored in a white "Home Depot" bucket. One account of the meeting adds that Mr. Maze saw the bucket located on the balcony and that Mr. Madinsky and Mr. Illes were among the people at the apartment at the time.

[29] Mr. Maze's evidence is significant because Mr. Madinsky claimed that he had no contact with the bucket until the day he travelled with the accused and Mr. Favell to dispose of it. More to the point, he consistently maintained that the bucket was never to his knowledge inside his apartment or on the balcony.

[30] His various accounts may charitably be described as a version in progress. For example, he initially stated that the blinds in his apartment looking out onto the deck "are open, you can see everything" (emphasis added). Later he said the opposite: "I like my blinds closed all the time" (emphasis added). But one thing is certain: *At no time* did Mr. Madinsky concede that he knew the Home Depot bucket and its gruesome contents were anywhere in his apartment *or on his balcony*.

établir qu'il existe une possibilité raisonnable d'atteinte à l'équité globale du procès. Il peut s'acquitter de ce fardeau en prouvant, par exemple, que les éléments de preuve non communiqués auraient pu être utilisés afin d'affaiblir la crédibilité d'un témoin de la poursuite (voir *Taillefer*, par. 84), ou auraient pu aider la défense dans ses enquêtes et préparatifs préalables au procès, ou dans ses décisions tactiques au moment de celui-ci (voir *R. c. Skinner*, [1998] 1 R.C.S. 298, par. 12 (le juge Cory, au nom de la Cour)).

[28] Les nouveaux éléments de preuve en cause ici se rapportent à une entrevue entre la police et M. Michael Maze. Selon les deux comptes rendus policiers de l'entrevue, lesquels n'ont pas été communiqués, M. Maze aurait été présent à l'appartement de M. Madinsky dans les jours qui ont suivi le meurtre. On lui aurait alors montré la tête de la victime, conservée dans un seau blanc de marque « Home Depot ». L'un des comptes rendus de l'entrevue précise que M. Maze a vu le seau sur le balcon et que MM. Madinsky et Illes se trouvaient à l'appartement à ce moment-là, en même temps que d'autres personnes.

[29] Les déclarations de M. Maze sont importantes, car M. Madinsky a prétendu qu'il n'avait été en présence du seau que durant le trajet effectué avec l'accusé et M. Favell pour aller disposer des restes de la victime. Plus précisément, M. Madinsky a toujours maintenu que, à sa connaissance, le seau ne s'était jamais trouvé dans l'appartement ou sur le balcon.

[30] Pour rester charitable, on peut qualifier les divers récits des faits par Madinsky de « versions évolutives des événements ». Par exemple, il a d'abord affirmé que les stores de son appartement placés devant l'ouverture qui donne sur le balcon [TRADUCTION] « sont ouverts, on peut tout voir » (nous soulignons). Plus tard, il a dit le contraire : « J'aime que les stores restent fermés en tout temps » (nous soulignons). Mais une chose est certaine : À *aucun moment* M. Madinsky n'a-t-il reconnu qu'il savait que le seau « Home Depot » ainsi que son horrible contenu se trouvaient quelque part dans son appartement *ou sur son balcon*.

[31] We disagree with Justice Charron's view that the Maze evidence would not have added anything of significance (para. 69). Not only does Mr. Maze's evidence place Mr. Madinsky and the bucket together at the same time in the apartment, but it suggests that the head was actively displayed at that time. Given the apparently small size of the apartment, evidence along these lines may have seriously undercut the credibility of Mr. Madinsky's core claim that he had no contact at all with the victim's severed head or the bucket in which it was stored — at his apartment or anywhere else — before the day he helped to dispose of it.

[32] That said, as Justice Charron correctly notes, details about the bucket's movements do not bear directly on the question of who shot the victim (para. 66). Furthermore, the defence was able to impeach Mr. Madinsky's credibility on several other grounds. Indeed, Mr. Madinsky admitted at trial to having perjured himself on the details of certain drug transactions.

[33] Nevertheless, when added to the overall picture of the evidence, there is a reasonable possibility that the Maze evidence could have created a reasonable doubt in the jury's mind. Most importantly, it could have tended to show that Mr. Madinsky — the only other possible shooter — was continuing to lie at trial. Mr. Madinsky claimed that his prior perjured statements were made in order to avoid reprisals from drug associates. The Maze evidence would have undermined this explanation by showing Mr. Madinsky to be lying about the circumstances of Dowling's murder, not just prior drug transactions. Furthermore, the defence could have used the inconsistencies between the two accounts as evidence tending to support its theory that key parts of Madinsky's testimony were fabrications intended to frame the accused for a murder that he himself had committed.

[34] It is impossible to know whether any use of the Maze evidence would actually have changed

[31] Nous ne partageons pas l'opinion de la juge Charron selon laquelle les déclarations de M. Maze n'auraient rien ajouté d'appréciable (par. 69). Non seulement ces déclarations indiquent-elles que M. Madinsky s'est trouvé dans l'appartement alors que le seau y était, mais elles tendent également à indiquer que la tête de la victime a à ce moment été exhibée. À cause de l'exiguïté apparente de l'appartement, une telle preuve aurait pu affaiblir sérieusement la crédibilité de la prétention principale de M. Madinsky, selon laquelle il n'avait jamais été en présence de la tête décapitée de la victime ou du seau dans lequel elle se trouvait — que ce soit à son appartement ou ailleurs — avant le jour où il a aidé à en disposer.

[32] Cela dit, comme le souligne avec justesse la juge Charron, les détails quant aux déplacements du seau ne permettent pas directement de déterminer qui a tué la victime (par. 66). De plus, la défense a été en mesure d'affaiblir la crédibilité de M. Madinsky sur plusieurs autres points. D'ailleurs, M. Madinsky a admis au procès s'être parjuré quant aux détails de certaines transactions de drogues.

[33] Quoi qu'il en soit, si on ajoute les déclarations de M. Maze au tableau global de la preuve, il est raisonnablement possible que ces déclarations auraient fait naître un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Aspect plus important encore, elles auraient pu tendre à établir que M. Madinsky — le seul autre tireur possible — continuait de mentir au procès. Ce dernier a affirmé que, s'il s'était parjuré antérieurement, c'était pour éviter les représailles de ses associés dans le commerce de la drogue. Les déclarations de M. Maze auraient affaibli la crédibilité de cette explication en établissant que M. Madinsky mentait à propos des circonstances du meurtre de M. Dowling, non pas seulement à propos de transactions de drogues antérieures. De plus, la défense aurait pu se servir des contradictions entre les deux récits comme preuve tendant à étayer sa théorie selon laquelle M. Madinsky avait fabriqué des parties clés de son témoignage en vue de faire porter à l'appelant le fardeau de la culpabilité d'un meurtre qu'il avait lui-même commis.

[34] Il est impossible de savoir si l'utilisation des déclarations de M. Maze aurait bel et bien changé

the jury's verdict. Fortunately, we need not answer that question. As noted above, under the first prong of the *Dixon* test, the appellant must only establish a reasonable possibility that the use of this missing evidence at trial could have raised a reasonable doubt in the jury's mind. In light of the considerations just recited, we feel bound to conclude that such a possibility did indeed exist and that the accused is therefore entitled to a new trial.

[35] Even if the first prong of the *Dixon* test were not decisive, the same disposition is even more clearly warranted under the second prong of that governing test, which requires a new trial if there is a reasonable possibility that the overall fairness of the trial process was jeopardized. In this case, the non-disclosure of the Maze evidence prevented the defence from mounting a more effective attack on Mr. Madinsky's testimony at trial, as we explained at paras. 27-32.

[36] Furthermore, the non-disclosure may have affected the defence's strategic decisions at trial, another way in which the overall fairness of the trial could have been jeopardized. In *Skinner*, this Court held that a new trial was warranted where there was a reasonable possibility that disclosure of a withheld statement could have affected the defence's decision not to call evidence. The situation is much the same in this case. The defence did not call any witnesses. Had the withheld evidence been available, it may well have chosen to call Mr. Maze to impeach Mr. Madinsky or for other reasons.

[37] Unlike Justice Charron, we are not persuaded "that the defence's failure to seek [Maze] out as a witness suggests that he had no helpful evidence to offer" (para. 69). Without the benefit of the undisclosed evidence, the defence was in no position to make the informed decision to which it was entitled by law. In this case, the failure of the defence to approach Mr. Maze is entirely understandable. Without the undisclosed evidence, the defence had no reason to expect that Maze, a drug trafficker,

le verdict du jury. Heureusement, nous n'avons pas besoin de répondre à cette question. Comme nous l'avons signalé précédemment, l'appelant n'a qu'à établir, suivant le premier volet du critère de l'arrêt *Dixon*, qu'il existait une possibilité raisonnable que l'utilisation de cette preuve manquante au procès aurait soulevé un doute raisonnable dans l'esprit des jurés. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous estimons devoir conclure qu'une telle possibilité existait effectivement et que, de ce fait, l'accusé a droit à un nouveau procès.

[35] Même si le premier volet du critère de l'arrêt *Dixon* n'était pas décisif en l'espèce, le deuxième volet de ce critère — qui exige la tenue d'un nouveau procès s'il existe une possibilité raisonnable d'atteinte à l'équité globale du procès — commande encore plus clairement cette conclusion. En l'espèce, la non-communication des déclarations de M. Maze a empêché la défense de contester efficacement le témoignage de M. Madinsky au procès, comme nous l'avons expliqué aux par. 27-32.

[36] En outre, la non-communication de cette preuve peut avoir influé sur les décisions stratégiques prises par la défense au procès, facteur susceptible d'avoir également compromis l'équité globale du procès. Dans *Skinner*, notre Cour a jugé que la tenue d'un nouveau procès était justifiée parce qu'il existait une possibilité raisonnable que la déclaration non communiquée aurait eu une incidence sur la décision de la défense de ne pas présenter de preuve. La situation paraît fort semblable en l'espèce. La défense n'a appelé aucun témoin. Si les éléments de preuve non communiqués l'avaient été, la défense aurait fort bien pu décider de faire témoigner M. Maze pour attaquer la crédibilité de M. Madinsky ou pour d'autres raisons.

[37] Contrairement à la juge Charron, nous ne sommes pas convaincus « que la décision de la défense de ne pas lui [Maze] demander de témoigner tend à indiquer qu'il n'avait rien d'utile à offrir » (par. 69). Privée du bénéfice de la preuve non communiquée, la défense n'était pas en mesure de prendre la décision éclairée que le droit l'autorisait à prendre. En l'espèce, cette décision de la défense de ne pas faire témoigner M. Maze est parfaitement compréhensible. En effet, sans la preuve

would testify truthfully as to the circumstances in which he saw the severed head in the bucket. Furthermore, the defence *and the Crown* would both know from the disclosure that Mr. Maze had given some of the relevant evidence as a Crown witness in the *R. v. Polo* case (see B.C. Court of Appeal judgment, at paras. 106-7). It seems reasonable to expect that this could well have tempered any concerns the defence might have had that he would become an easy target for impeachment, in view of his criminal past. Defence counsel's failure to seek him out may well have reflected these considerations — both of which would have been mitigated had the withheld evidence been disclosed — rather than a determination that Mr. Maze's evidence would have been unhelpful.

[38] Because there is a reasonable possibility that the absence of Mr. Maze's testimony (i) deprived the defence of the opportunity to impeach Mr. Madinsky on additional important grounds, and (ii) may have affected the defence counsel's trial strategy, we have concluded that the non-disclosure affected the overall fairness of the trial and that a new trial is warranted under this prong of the *Dixon* test as well.

#### IV. Conclusion

[39] For all of these reasons, we believe, as mentioned at the outset, that the appeal should be allowed, the appellant's conviction should be set aside, and a new trial must be had.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

##### 1. Overview

[40] Following his trial by judge and jury, the appellant, Mihaly Illes, was convicted of first

non communiquée, la défense n'avait aucune raison de croire que M. Maze, un trafiquant de drogue, viendrait témoigner sincèrement quant aux circonstances dans lesquelles il avait vu la tête coupée dans le seau. De plus, à la suite de la communication de la preuve, tant la défense *que le ministère public* auraient su que M. Maze avait fourni certains des éléments de preuve pertinents comme témoin à charge dans l'affaire *R. c. Polo* (voir l'arrêt de la Cour d'appel de la C.-B., par. 106-107). Il paraît donc raisonnable de penser que cela aurait fort bien pu dissiper toute crainte de la défense que la crédibilité de ce témoin aurait pu être facilement attaquée compte tenu de ses antécédents criminels. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas demandé à M. Maze de venir témoigner pourrait bien découler de ces deux considérations — dont l'importance aurait été atténuée s'il y avait eu communication de la preuve en question — plutôt que d'une décision que les déclarations de M. Maze n'auraient pas été utiles.

[38] Vu la possibilité raisonnable que l'absence du témoignage de M. Maze (i) ait empêché la défense d'attaquer la crédibilité de M. Madinsky sur d'autres points importants, et (ii) ait eu une incidence sur la stratégie que l'avocat de la défense a adoptée au procès, nous concluons que la non-communication a influé sur l'équité globale du procès et que la tenue d'un nouveau procès est également justifiée au regard de ce volet du critère de l'arrêt *Dixon*.

#### IV. Conclusion

[39] Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis, comme nous l'avons souligné au départ, que le pourvoi devrait être accueilli, la déclaration de culpabilité de l'appelant annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

##### 1. Aperçu

[40] À l'issue de son procès devant juge et jury, l'appelant Mihaly Illes a été déclaré coupable de

degree murder in respect of the death of Javan Luke Dowling. On his appeal from conviction, he argued that the trial judge erred in several respects in her instructions to the jury. The British Columbia Court of Appeal rejected all his complaints, save for the instruction regarding the weight which should be given to out-of-court statements made by an accused. The court concluded that the trial judge erred by saying that “the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so” (emphasis added).

[41] The impugned instruction, albeit without the presumptive language, is modelled on the jury charge recommended by the English Court of Appeal in *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359. The Court of Appeal in the case at bar, based on its own decision in *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, concluded that it is dangerous to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently, particularly when the instruction is couched in presumptive terms. The court was divided however on the effect of the impugned instruction in the context of Mr. Illes’s trial. The majority concluded that the verdict would necessarily have been the same despite the error. Rowles J.A., dissenting, was of the view that the instruction could not be regarded as a harmless error and, consequently, would have granted a new trial on that ground.

[42] Mr. Illes also brought an application to introduce fresh evidence before the Court of Appeal, alleging a material non-disclosure of evidence by the Crown. The court was divided on the outcome of this application as well. The majority accepted that the information ought to have been disclosed by the Crown but concluded that even if it had been available to the defence, it could not realistically have made a difference at trial. The application was therefore dismissed. Rowles J.A. disagreed. She would have admitted the fresh

meurtre au premier degré relativement au décès de M. Javan Luke Dowling. En appel de sa déclaration de culpabilité, il a soutenu que la juge du procès avait commis plusieurs erreurs dans ses directives au jury. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté toutes ses prétentions, à l’exception de celle concernant la directive relative au poids à accorder aux déclarations extrajudiciaires faites par l’accusé. La Cour d’appel a conclu que la juge du procès avait eu tort d’affirmer que [TRADUCTION] « le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos? » (je souligne).

[41] Mis à part le fait qu’elle soit libellée comme une présomption, la directive contestée est calquée sur l’exposé au jury recommandé par la Cour d’appel d’Angleterre dans *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359. Se fondant sur sa propre décision dans *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, la Cour d’appel a conclu en l’espèce qu’il était dangereux de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatives et les déclarations disculpatives doivent être soupesées différemment, surtout lorsque cette directive est formulée en termes évoquant une présomption. Par contre, la cour s’est divisée sur l’effet de la directive contestée dans le contexte du procès de M. Illes, les juges majoritaires concluant que le verdict aurait nécessairement été le même malgré l’erreur. Pour sa part, la juge Rowles, dissidente, a estimé que la directive ne pouvait être considérée comme une erreur sans conséquence et elle aurait, pour ce motif, ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[42] Monsieur Illes a également demandé à la Cour d’appel l’autorisation de produire une preuve nouvelle, invoquant l’omission déterminante par le ministère public de communiquer un élément de preuve. La cour s’est en outre divisée sur l’issue de cette demande. Les juges majoritaires ont reconnu que l’information aurait dû être communiquée, mais ont conclu que, même si la défense en avait disposé, cette information n’aurait pas pu réalistement modifier l’issue du procès. La demande a donc été rejetée. La juge Rowles a exprimé son

evidence and ordered a new trial on that basis as well.

[43] Mr. Illes appeals to this Court as of right on both issues. For reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## 2. The Facts and Proceedings Below

[44] The victim was shot four times in the back of the head. Mr. Illes was charged with first degree murder in respect of his death. The defence conceded at trial that the shooting took place in a van and that the only occupants of the van at the time of the shooting were the victim, Mr. Illes and Derrick Madinsky. All three individuals were involved in the drug trade. Mr. Madinsky agreed to testify for the Crown at Mr. Illes's trial in exchange for immunity and witness protection. Mr. Madinsky admitted that he and another drug associate, Garry Favell, disposed of the deceased's body but testified that Mr. Illes was the shooter. Mr. Illes did not testify but took the position at trial that Mr. Madinsky was the shooter.

[45] A significant feature of this case is that the victim's head was severed, kept in a plastic bucket and moved from place to place until it was buried several days later, separate from the rest of the body. Melanie Ovalle, a friend of Mr. Illes's then girlfriend and later wife, testified that Mr. Illes put the bucket with the severed head in her garage for a day before moving it to another location. When she asked why the victim was dead, Mr. Illes said he had to be dealt with because he was taking some of the cocaine from deliveries to feed his own habit. Mr. Illes had therefore shot him. In his account of the events, Mr. Madinsky also described the extent and nature of his own connection with the bucket containing the severed head. In essence, he denied ever having seen the bucket at his own apartment,

désaccord. Elle aurait admis le nouvel élément de preuve et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif.

[43] Monsieur Illes se pourvoit de plein droit devant notre Cour relativement à ces deux questions. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter son pourvoi.

## 2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[44] La victime a été abattue de quatre balles derrière la tête. Monsieur Illes a été accusé de meurtre au premier degré relativement à ce décès. Au procès, la défense a admis que les coups de feu avaient été tirés dans une fourgonnette, dont les seuls occupants à ce moment précis étaient la victime, ainsi que M. Illes et M. Derrick Madinsky. Ces trois personnes se livraient au commerce de la drogue. Monsieur Madinsky a accepté de témoigner pour le ministère public au procès de M. Illes en échange d'une immunité et de sa participation à un programme de protection des témoins. Monsieur Madinsky a reconnu que lui et un autre associé impliqué dans le commerce de la drogue, M. Garry Favell, s'étaient débarrassés du corps du défunt, mais il a déclaré que c'était M. Illes qui avait tiré. Monsieur Illes n'a pas témoigné, mais a soutenu au procès que c'était M. Madinsky qui avait fait feu sur la victime.

[45] Fait important en l'espèce, la tête de la victime a été coupée, puis conservée dans un seau en plastique et transportée d'un endroit à l'autre jusqu'à ce qu'on l'enfouisse dans le sol plusieurs jours plus tard, séparément du reste de la dépouille. Madame Melanie Ovalle, une amie de celle qui était alors la compagne de M. Illes et qui est devenue son épouse par la suite, a témoigné que M. Illes avait rangé le seau contenant la tête coupée dans son garage pendant une journée avant de l'emporter ailleurs. Lorsqu'elle a demandé pourquoi la victime était morte, M. Illes a répondu qu'il avait fallu l'éliminer, parce qu'il consommait de la cocaïne à même les livraisons pour nourrir sa propre dépendance. Monsieur Illes l'avait en conséquence abattu. Dans son récit des événements, M. Madinsky a aussi

but admitted his involvement in disposing of the remains. His testimony on this point acquires greater significance in the context of the fresh evidence application, and I will therefore review it in more detail later in these reasons.

[46] Mr. Illes was arrested based on information Ms. Ovalle gave to the police. While in custody, Mr. Illes wrote several letters to his friends. The letters were introduced in evidence by the Crown and their contents are the subject matter of the impugned jury instruction on out-of-court statements.

[47] In his letters, Mr. Illes proclaimed his innocence, implicating at first Ms. Ovalle and later Mr. Madinsky as the killer. It was conceded at trial that the letters were a ruse, as they were intended to fall in the hands of the police and provide a paper defence. This plan was revealed by one of the letters — not intended to be discovered by the police — in which Mr. Illes gave his girlfriend instructions on how to engineer the discovery of the fake letters by the police. The Crown relied on the fabrication of the letters as post-offence conduct tending to prove guilt. Although admitting that the letters were a ruse, the defence argued that the expressions of innocence contained in the letters were nonetheless truthful.

## 2.1 *The Jury Instructions*

[48] At the conclusion of the trial, the trial judge gave a strong *Vetrovec* warning in connection with Mr. Madinsky's testimony (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). She explained that Mr. Madinsky was an accomplice by virtue of his role in disposing of the victim's body, and that he had been granted immunity in exchange for testifying at Mr. Illes's trial. She also noted that Mr. Madinsky admitted to committing perjury at the preliminary hearing and to lying to both the police

décrit la nature et l'étendue de son propre lien avec le seau contenant la tête coupée. Essentiellement, il a nié avoir vu le seau dans son propre appartement, mais il a admis avoir participé à l'élimination des restes de la victime. Comme son témoignage sur ce point prend une plus grande importance dans le contexte de la demande de production d'un nouvel élément de preuve, j'y reviendrai plus loin en détail.

[46] Monsieur Illes a été arrêté sur la foi des renseignements que M<sup>me</sup> Ovalle a fournis à la police. Pendant sa détention, il a écrit plusieurs lettres à ses amis. Celles-ci ont été déposées en preuve par le ministère public et leur contenu est visé par la directive donnée au jury relativement aux déclarations extrajudiciaires qui est contestée.

[47] Dans ses lettres, M. Illes proclame son innocence, et implique d'abord M<sup>me</sup> Ovalle, puis M. Madinsky, à titre de tireur. Au procès, il a été admis que les lettres étaient une ruse, qu'elles étaient censées tomber entre les mains de la police et fournir un moyen de défense fondé sur un document écrit. Ce plan a été mis au jour par une des lettres — que la police n'était pas censée découvrir — dans laquelle M. Illes donnait à sa petite amie des directives sur la façon d'organiser la découverte des fausses lettres par la police. Le ministère public a plaidé que la fabrication des lettres constituait un comportement postérieur à l'infraction tendant à établir la culpabilité. Bien qu'ayant admis que les lettres étaient une ruse, la défense a soutenu que les expressions d'innocence qu'elles contenaient n'en demeuraient pas moins vraies.

## 2.1 *Les directives au jury*

[48] À la fin du procès, la juge de première instance a fait aux jurés une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* relativement au témoignage de M. Madinsky (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811). Elle leur a expliqué que ce dernier était un complice en raison du rôle qu'il avait joué dans l'élimination du corps de la victime, et qu'il avait obtenu une immunité en échange de son témoignage au procès de M. Illes. Elle a aussi signalé que M. Madinsky avait reconnu s'être parjuré à l'enquête

and the prosecution. The trial judge told the jury that, given the many reasons for doubting Mr. Madinsky's veracity as a witness, it would be dangerous to rely on his evidence in the absence of some confirmation. Mr. Illes argued in the Court of Appeal, among other things, that the trial judge had erred by pointing out an excessive number of examples of evidence capable of supporting Mr. Madinsky's testimony. The court unanimously rejected this ground of appeal, and the correctness of the *Vetrovec* instruction is no longer in issue. As it relates to jury instructions, the appeal before this Court is only concerned with the trial judge's instruction to the jury on the weight they may give to the statements in Mr. Illes's letters.

[49] As stated earlier, the Crown relied on the fabrication of the letters as post-offence conduct from which guilt could be inferred. Although the letters were admitted fabrications, the defence argued that the proclamations of innocence contained in the letters were nonetheless true. The trial judge therefore instructed the jury on the weight to be given to the statements contained in the letters as follows:

When looking at the statements, you should also look to see if there is any evidence that appears to contradict the statements. When you determine whether the alleged statements of Mr. Illes are true, consider the condition of Mr. Illes at the time he is alleged to have made the statements. In this trial, the statements contained in the letters allegedly written by the accused contain both admissions, as well [*sic*] excuses which tend to exonerate him. In the ordinary course of human behaviour it often occurs that statements of an incriminating nature, such as admissions or confessions, are likely to be true, otherwise why say them.

On the other hand, excuses for one's own behaviour are -- do not necessarily cane -- sorry, do not necessarily carry the same persuasive weight. In the letters allegedly written by Mr. Illes he says a number of things which would suggest he is innocent. For example, in the Madinsky letter he refers to Melanie's -- and I -- in quotes, "bullshit story and this horrible accusation." He

préliminaire et avoir menti tant à la police qu'à la poursuite. La juge du procès a dit au jury que, compte tenu des nombreuses raisons de douter de la véracité du témoignage de M. Madinsky, il était dangereux de s'appuyer sur cet élément de preuve en l'absence d'une quelconque corroboration. En appel, M. Illes notamment a fait valoir que la juge du procès avait commis une erreur en donnant trop d'exemples d'éléments de preuve susceptibles d'étayer le témoignage de M. Madinsky. Comme la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité ce moyen d'appel, le bien-fondé de la directive de type *Vetrovec* n'est plus en cause. Le pourvoi devant notre Cour ne porte que sur la directive que la juge du procès a donnée aux jurés relativement au poids qu'ils pouvaient accorder aux déclarations figurant dans les lettres de M. Illes.

[49] Comme nous l'avons vu, le ministère public a plaidé que la fabrication des lettres constituait un comportement postérieur à l'infraction dont on pouvait inférer la culpabilité de l'accusé. La défense a fait valoir que, s'il était admis que les lettres avaient été fabriquées, les proclamations d'innocence qu'elles contenaient n'en demeuraient pas moins vraies. La juge du procès a donc donné au jury la directive suivante quant au poids à accorder aux déclarations figurant dans les lettres :

[TRADUCTION] En examinant les déclarations, vous devez aussi vous demander s'il existe des éléments de preuve qui semblent les contredire. Pour déterminer si les prétendues déclarations de M. Illes sont véridiques, tenez compte de son état au moment où il les aurait faites. Dans le présent procès, les déclarations figurant dans les lettres qu'aurait écrites l'accusé contiennent à la fois des aveux et des excuses qui tendent à l'innocenter. Compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations?

En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement sont -- n'ont pas nécessairement -- pardon, n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. Dans les lettres qu'il aurait écrites, M. Illes dit un certain nombre de choses qui donnent à penser qu'il est innocent. Dans la lettre à M. Madinsky, par exemple, il parle -- et je



suggests that Ms. Ovalle killed Mr. Dowling. In that same letter, he emphasizes, “Nothing ever happened, so anything anybody makes up is a lie.” In that same letter, he says that he is innocent and the truth will come out.

In the Kent letter, which is on the Crown’s -- which on the Crown’s theory was intended to be found by the police, and I’m referring to Tab 3C here, he says that Derrick and Garry wanted him to bite the bullet for them and that they are backstabbing him. In the second Kent letter, which the Crown says Mr. Illes planned to be seized by the police, again, Tab 3D, the accused says that Madinsky is letting him, and in quotes, “an innocent man rot in jail for something Madinsky and his friend[s] had done.”

You will recall I told you earlier that you do not have to accept or reject everything a witness says. The same thing applies to these statements of Mr. Illes. You may believe all of them, or part of them, or none of them. Please keep in mind that Mr. Illes is entitled to the benefit of any reasonable doubt you have, including a reasonable doubt about the truth of these statements or any part of them. Part of the statements allegedly made by Mr. Illes is exculpatory in the sense that it denies that he committed the offence, or provides an innocent explanation.

If you find it reasonable to believe that the part of Mr. Illes’ statements were -- sorry, if you find it reasonable to believe the part of Mr. Illes’ statements where he denied committing the offence by offering an innocent explanation, then the statements may raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt. Even if you do not believe that that Mr. -- part of Mr. Illes’ statements denying he committed the offence by offering an innocent explanation, it may still raise a reasonable doubt in your mind as to his guilt.

On the other hand, any portion of the statements that tend to incriminate Mr. Illes in the commission of the offence only assist the Crown’s case if you are convinced that portion is true beyond a reasonable doubt. This is because the law presumes any incriminating part of the accused’s statement is likely to be true, otherwise why would an accused say so.

cite -- [TRADUCTION] « [de] l’histoire à dormir debout [de Melanie] et [de] cette horrible accusation ». Il sous-entend que M<sup>me</sup> Ovalle a tué M. Dowling. Dans la même lettre, il insiste en ajoutant ceci : [TRADUCTION] « Il ne s’est jamais rien passé, donc tout ce qu’on raconte n’est que mensonge. » Toujours dans la même lettre, il dit qu’il est innocent et que la vérité finira par éclater.

Dans la lettre adressée à Kent, qui, d’après le ministère public -- qui, selon la thèse du ministère public, était censée se retrouver entre les mains de la police, et je parle ici de l’onglet 3C, il dit que Derrick et Garry lui ont demandé de porter le chapeau pour eux et qu’ils le poignardent dans le dos. Dans la deuxième lettre adressée à Kent, dont M. Illes entendait que la police se saisisse également, d’affirmer le ministère public encore une fois, onglet 3D, l’accusé dit que M. Madinsky est en train de laisser, et je cite, [TRADUCTION] « un innocent croupir en prison pour quelque chose que Madinsky et [ses amis] ont fait. »

Vous vous souviendrez que je vous ai dit tout à l’heure que vous n’étiez pas tenus d’accepter ou de rejeter tout ce qu’un témoin dit. Cela vaut aussi pour les déclarations de M. Illes. Vous pouvez les croire toutes, n’en croire qu’une partie ou encore n’en croire aucune. Mais gardez à l’esprit que M. Illes a droit au bénéfice de tout doute raisonnable que vous pouvez avoir, y compris quant à la véracité de ces déclarations ou d’une partie d’entre elles. Une partie des déclarations qu’aurait faites M. Illes est disculpatoire en ce sens qu’elle tend à nier qu’il a commis l’infraction, ou fournit une explication tendant à l’innocenter.

Si vous estimez qu’il est raisonnable de croire que la partie des déclarations de M. Illes était -- pardon, si vous estimez qu’il est raisonnable d’ajouter foi à la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l’infraction en fournissant une explication tendant à l’innocenter, alors les déclarations peuvent soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si vous ne croyez pas que M. -- la partie des déclarations de M. Illes où il nie avoir commis l’infraction par une explication tendant à l’innocenter, elles peuvent encore soulever dans votre esprit un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

En revanche, tout passage des déclarations qui tendent à impliquer M. Illes dans la commission de l’infraction n’est utile au ministère public que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le passage en question est vrai. Il en est ainsi parce que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d’un accusé est probablement vrai, car sinon pourquoi ce dernier aurait-il tenu ces propos?

Finally, I want to emphasize that it is up to you to decide how much weight or importance, if any, you should give to the statements, or any part of them, if you decide the statements were made and that they are true. [paras. 64-70]

(Emphasis added.)

[50] Counsel at trial did not object to this aspect of the trial judge's charge. The jury found Mr. Illes guilty of first degree murder.

[51] On appeal to the British Columbia Court of Appeal, Mr. Illes argued that the trial judge erred in instructing the jury that the incriminating aspects of the accused's statements could be weighed in a way different from the excuses contained in the statements. The court accepted this argument, stating that, although arguably correct at the time it was given, in light of the court's later decision in *David* this type of instruction should no longer be given to juries. However, while a similar instruction effectively took away the defence in *David*, Donald J.A., Chiasson J.A. concurring, concluded that the same could not be said in the case at bar. The majority was of the view that: "[r]ealistically, the appellant could derive no tangible benefit from his protestations of innocence within the context of so many obvious falsehoods" ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125, at para. 20). Donald J.A. noted that defence counsel made only a passing reference to the exculpatory aspects of the letters in his final address to the jury. Moreover, there were no inculpatory admissions in the letters upon which the presumption could operate. Although concluding that the trial judge erred by giving the impugned instruction, the majority applied the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[52] Rowles J.A., in dissent, concluded that the trial judge's erroneous instruction could not be cured by the proviso. In her view, "the impugned instruction created a presumption of law that the Crown theory of guilt was correct while undermining both

Enfin, je tiens à souligner qu'il vous appartient de décider du poids ou de l'importance, le cas échéant, que vous devez accorder aux déclarations ou à une partie de celles-ci, si vous décidez que les déclarations ont été faites et qu'elles sont véridiques. [par. 64-70]

(Je souligne.)

[50] Au procès, l'avocat ne s'est pas opposé à cet aspect de l'exposé de la juge. Le jury a déclaré M. Illes coupable de meurtre au premier degré.

[51] Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Illes a fait valoir que la juge du procès avait eu tort d'indiquer au jury que les aspects incriminants des déclarations de l'accusé pouvaient être soupesés différemment des excuses que contenaient ces mêmes déclarations. La Cour d'appel a retenu cet argument, affirmant que, quoiqu'il soit possible de soutenir que cette directive était exacte au moment où elle a été donnée, à la lumière de son arrêt subséquent *David*, ce genre de directive ne devrait plus être donné aux jurys. Toutefois, bien qu'une directive semblable ait effectivement permis d'écarter le moyen de défense dans *David*, le juge Donald, avec l'appui du juge Chiasson, a conclu qu'on ne pouvait en dire autant en l'espèce. Les juges majoritaires ont estimé que : [TRADUCTION] « Réalistement, l'appelant ne pourrait tirer aucun avantage tangible de ses protestations d'innocence en présence d'autant de faussetés aussi manifestes » ((2007), 237 B.C.A.C. 231, 2007 BCCA 125, par. 20). Le juge Donald a fait observer que l'avocat de la défense n'avait fait qu'une brève allusion aux aspects disculpatoires des lettres dans son exposé final au jury. En outre, les lettres ne contenaient aucun aveu inculpatoire susceptible de faire jouer la présomption. Après avoir conclu que la juge du procès avait eu tort de donner la directive contestée, les juges majoritaires ont néanmoins appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[52] La juge Rowles, dissidente, a estimé que la directive erronée de la juge du procès ne pouvait être corrigée par la disposition réparatrice. À son avis, [TRADUCTION] « la directive contestée créait une présomption de droit que la thèse de la

the defence theory and the presumption of innocence” (para. 89). Nor was this a case, in her view, in which it could be said that “the evidence was so overwhelming that the result would inevitably have been the same had the error not been made” (para. 94). Therefore, she would have allowed the appeal on this ground.

## 2.2 *The Fresh Evidence Application*

[53] Sometime after his trial, Mr. Illes became aware that a person named Michael Maze had been interviewed by two Vancouver Police Department homicide detectives during their investigation of the Dowling murder. Mr. Maze told them that shortly after the murder, he met with Mr. Madinsky, Mr. Illes and others at Mr. Madinsky’s apartment, and that there was a bucket on the balcony with a human head in it. The detectives did not provide this information to Crown counsel because, at the time, Mr. Maze was a confidential informant in respect of another investigation in Alberta and his identity could not be disclosed. Further, one of the officers stated that he did not believe Mr. Maze at the time. Although Mr. Maze ceased to be a confidential informant sometime before the trial commenced in this case, the police did not provide Mr. Maze’s statement to the Crown until it was requested by the defence after the trial.

[54] Mr. Illes sought to adduce Mr. Maze’s statement to the police as fresh evidence in the Court of Appeal. He argued that the Crown’s failure to disclose the contents of the interview with Mr. Maze violated his right to make full answer and defence. In particular, he stated that, given Mr. Madinsky’s evidence that he had not seen a bucket at his apartment and the importance of his credibility in the case against Mr. Illes, the information could have been used at trial to further discredit the witness. He argued that the evidence could also have been used to support the defence theory that the police

culpabilité avancée par le ministère public était juste tout en affaiblissant à la fois la thèse de la défense et la présomption d’innocence » (par. 89). Il ne s’agissait pas non plus, selon elle, d’un cas où l’on pouvait dire que [TRADUCTION] « la preuve était à ce point accablante que le résultat aurait inévitablement été le même si l’erreur n’avait pas été commise » (par. 94). Elle aurait donc accueilli l’appel pour ce motif.

## 2.2 *La demande d’autorisation de produire un nouvel élément de preuve*

[53] Quelque temps après son procès, M. Illes a appris qu’un certain Michael Maze avait été interrogé par deux enquêteurs de l’escouade des homicides du service de police de Vancouver dans le cadre de l’enquête sur le meurtre de M. Dowling. Monsieur Maze leur a dit que, peu de temps après le meurtre, il avait rencontré M. Madinsky, M. Illes et d’autres personnes à l’appartement du premier, et qu’il avait vu un seau contenant une tête humaine sur le balcon. Les enquêteurs n’ont pas transmis cette information à l’avocat du ministère public parce que, à ce moment-là, M. Maze agissait comme indicateur dans une autre enquête en Alberta et que son identité ne pouvait être communiquée. En outre, un des enquêteurs a affirmé qu’il ne l’avait pas cru à l’époque. Bien que M. Maze ait cessé d’agir comme indicateur quelque temps avant le début du procès en l’espèce, la police n’a pas transmis sa déclaration au ministère public tant que la défense n’en a pas fait la demande une fois le procès terminé.

[54] Devant la Cour d’appel, M. Illes a cherché à produire, en tant que nouvel élément de preuve, la déclaration faite par M. Maze à la police. Il a soutenu que l’omission par le ministère public de communiquer le contenu de l’entrevue avec M. Maze portait atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Plus précisément, M. Illes a affirmé que, compte tenu du témoignage de M. Madinsky selon lequel il n’avait pas vu de seau dans son appartement et l’importance de la crédibilité de ce dernier dans la preuve présentée contre lui, l’information aurait pu être utilisée au procès pour discréditer

had “tunnel vision” in pursuing the investigation of Mr. Illes to the exclusion of the other likely suspect, Mr. Madinsky.

[55] The Court of Appeal concluded that the evidence met the relevance standard set by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and held that the statements ought to have been disclosed. However, the majority went on to conclude that, in the context of the evidence at trial, the Maze disclosure could not realistically have made a difference. Donald J.A. reasoned as follows:

It is doubtful in my view that, in the context of all the evidence, confronting Madinsky with evidence that he saw the head in the bucket at his apartment would have had a measurable effect on his credibility or the integrity of the police investigation. At the preliminary inquiry, he said he did not see it. In preparation for trial, he modified that by saying the bucket could have been in his apartment without his seeing it, and that was his testimony at trial. Maze’s statement to the police does not say that Madinsky in fact saw it. [para. 37]

In addition, Donald J.A. observed that Mr. Illes’s knowledge of Mr. Maze’s presence shortly after the murder and the fact that Mr. Illes did not pursue him for evidence tended to show that Mr. Maze had nothing to offer the defence.

[56] Rowles J.A. disagreed with the majority. In her view, the possible utility to the defence of the Maze information could not be regarded as a matter of pure speculation or fancy. It could not be said that the non-disclosure would not have affected the outcome of the trial or the overall fairness of the trial proceedings. Consequently, she would have admitted the fresh evidence and ordered a new trial on that basis as well.

davantage le témoin. Monsieur Illes a prétendu que cet élément de preuve aurait également pu être utilisé pour étayer la thèse de la défense voulant que la police ait « porté des œillères » en n’enquêtant que sur lui, sans s’intéresser à l’autre suspect probable, M. Madinsky.

[55] La Cour d’appel a statué que l’élément de preuve satisfaisait à la norme en matière de pertinence établie dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et elle a jugé que les déclarations auraient dû être communiquées. Toutefois, les juges majoritaires ont ensuite conclu que, eu égard à la preuve présentée au procès, la communication de la déclaration de M. Maze n’aurait pas pu réaliste-ment modifier l’issue de l’instance. Le juge Donald a adopté le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] Je doute que, eu égard à l’ensemble de la preuve, le fait de mettre M. Madinsky en présence d’un élément de preuve indiquant qu’il avait vu la tête dans le seau dans son appartement aurait pu avoir un effet mesurable sur sa crédibilité ou sur l’intégrité de l’enquête policière. À l’enquête préliminaire, il a dit qu’il ne l’avait pas vue. En se préparant en vue du procès, il a modifié sa déclaration et affirmé que le seau avait peut-être pu se trouver dans son appartement sans qu’il l’ait vu, et c’est ce qu’il a dit au procès durant son témoignage. La déclaration de M. Maze à la police ne dit pas qu’il a effectivement vu le seau. [par. 37]

De plus, le juge Donald a mentionné que M. Illes était au courant de la présence de M. Maze peu après le meurtre et que le fait qu’il n’ait pas tenté d’obtenir son témoignage tendait à démontrer que ce dernier n’avait rien à apporter à la défense.

[56] La juge Rowles a dit être en désaccord avec les juges majoritaires. À son avis, l’utilité éventuelle pour la défense de l’information contenue dans la déclaration de M. Maze ne pouvait être considérée comme relevant de la pure conjecture ou de l’imagination. Il était impossible d’affirmer que la non-communication n’aurait pas influé sur l’issue du procès ou sur l’équité globale de celui-ci. En conséquence, elle aurait admis le nouvel élément de preuve et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour ce motif également.

### 3. Analysis

#### 3.1 *The Mixed Statement Instruction*

[57] The first ground of appeal raises the question whether, when faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge may, or should, instruct the jury that “the incriminating parts are likely to be true otherwise why say them?”, whereas excuses for one’s behaviour do not necessarily carry the same weight. As explained more fully in *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, 2008 SCC 56, released concurrently, the mixed statement instruction originates from the English Court of Appeal’s decision in *Duncan*. For reasons stated in *Rojas*, I agree with the court below that it is dangerous for a trial judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. I therefore conclude that the *Duncan* instruction should not be adopted by Canadian trial courts.

[58] That said, as I explained in *Rojas*, the issue of whether a *Duncan*-type instruction constitutes misdirection in any given case will depend entirely on the particular words used and their context. The main difficulty in this case is that the trial judge added words suggestive of a legal presumption to the effect that incriminating parts of an accused’s statement are likely to be true. As stated in *Rojas*, where a *Duncan*-type instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. Nevertheless, having regard to the contents of the letters in question, their admitted fabrication by Mr. Illes, the respective use made of the evidence at trial by the Crown and the defence, and the instructions to the jury as a whole, I agree with the majority in the Court of Appeal that this unfortunate instruction, although given in error, could not realistically have impacted on the verdict.

### 3. Analyse

#### 3.1 *La directive relative aux déclarations mixtes*

[57] Le premier moyen d’appel soulève la question de savoir si, dans les cas où des déclarations faites par un accusé comportent à la fois des éléments inculpataires et des éléments disculpatoires, le juge du procès peut, ou doit indiquer au jury que [TRADUCTION] « les passages incriminants sont probablement vrais, car sinon pourquoi l’intéressé aurait-il tenu de tels propos? », mais que les éléments excusant le comportement n’ont pas nécessairement le même poids. Comme il est expliqué plus en détail dans l’arrêt *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, 2008 CSC 56, rendu à la même date que la présente décision, la directive relative à la déclaration mixte tire son origine de l’arrêt *Duncan* de la Cour d’appel d’Angleterre. Pour les motifs exposés dans *Rojas*, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpataires et les déclarations disculpatoires doivent être soupesées différemment. J’estime donc que les tribunaux canadiens de première instance ne devraient pas adopter la directive de type *Duncan*.

[58] Cela dit, comme je l’ai expliqué dans *Rojas*, la question de savoir si une directive de type *Duncan* est erronée dans un cas donné dépendra entièrement des termes utilisés et de leur contexte. La principale difficulté que pose la présente affaire tient au fait que la juge du procès a ajouté à la directive une formule évoquant l’existence d’une présomption légale selon laquelle les passages incriminants de la déclaration d’un accusé sont probablement vrais. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Rojas*, lorsque la directive de type *Duncan* est formulée comme une présomption de droit, son effet préjudiciable peut se révéler difficile à surmonter. Néanmoins, étant donné le contenu des lettres en question, l’aveu par M. Illes qu’il les a fabriquées, l’usage respectif que le ministère public et la défense ont fait de cette preuve au procès et l’ensemble des directives au jury, je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que, bien qu’elle ait à tort été donnée, cette malencontreuse directive n’a pas pu réaliste-ment influencer sur le verdict.

[59] Most significantly, the letters contained no admissions in respect of which the impugned instruction could be applied. The Crown did not rely on anything in the letters as an admission against the accused's interest. The Crown relied, rather, on the fact that Mr. Illes, by his letters, presented an ever-changing story, tried to influence witnesses and mislead the police in their investigation, and blamed others for his actions, arguing that these were not the actions of an innocent man. This was a permissible inference to be drawn from the totality of the evidence and one which is not in any way affected by the unfortunate use of the presumptive language in the judge's instructions. I respectfully disagree that the impugned instruction could reasonably have been interpreted by the jury as requiring them, as a matter of law, to favour the Crown's *theory* of guilt as Rowles J.A. concludes (at para. 89), a view which my colleagues seemingly endorse (para. 20).

[60] Further, nothing in the charge would have prevented the jury from making appropriate use of the protestations of innocence contained in the letters and relied upon by the defence. The trial judge emphasized to the jury that it was up to them to decide how much weight to give to the statements, and that they could accept all of them, some of them or none of them. The trial judge also repeatedly told the jury that Mr. Illes was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by the evidence, including a reasonable doubt raised by the exculpatory statements in the letters.

[61] In the circumstances, I would not give effect to this ground of appeal.

### 3.2 *The Maze Non-Disclosure*

[62] The Crown's obligation to disclose all relevant material in its possession under *Stinchcombe* is subject to claims of privilege. However, the Crown is not relying on informant privilege in respect of Mr. Maze's statement to the police. Although Mr. Maze was a confidential informant at the time he

[59] Fait plus important encore, les lettres ne contenaient aucun aveu auquel la directive contestée pouvait s'appliquer. Le ministère public n'a invoqué aucun passage des lettres en tant qu'aveu contraire aux intérêts de l'accusé. Il s'est plutôt appuyé sur le fait que, dans ses lettres, M. Illes avait constamment changé sa version des événements, avait tenté d'influencer des témoins, avait lancé la police sur de fausses pistes et avait blâmé les autres pour ses actions, et que tous ces actes n'étaient pas les actes d'une personne innocente. Il s'agit d'une inférence qui pouvait légitimement être tirée de l'ensemble de la preuve et que n'affecte en rien le malencontreux usage par la juge de termes évoquant une présomption dans ses directives au jury. Avec égards, je ne peux souscrire à la conclusion de la juge Rowles de la Cour d'appel (par. 89) selon laquelle le jury a pu raisonnablement considérer que la directive contestée l'obligeait, en droit, à privilégier la *thèse* de la culpabilité avancée par le ministère public, point de vue auquel se rallient apparemment mes collègues (par. 20).

[60] De plus, rien dans l'exposé n'empêchait le jury de faire un usage approprié des protestations d'innocence que contenaient les lettres et sur lesquelles s'appuyait la défense. La juge du procès a souligné aux jurés qu'il leur appartenait de décider du poids à accorder aux déclarations, et qu'ils pouvaient les accepter toutes ou certaines seulement, ou encore n'en accepter aucune. Elle leur a également dit à maintes reprises que M. Illes avait droit au bénéfice de tout doute raisonnable soulevé par la preuve, y compris celui soulevé par les déclarations disculpatoires figurant dans les lettres.

[61] Dans les circonstances, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

### 3.2 *La non-communication de la déclaration de M. Maze*

[62] L'obligation qu'a le ministère public, conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, de communiquer tous les éléments pertinents qu'il a en sa possession est subordonnée au respect des privilèges susceptibles d'être invoqués à cet égard. Cependant, le ministère public n'invoque pas le privilège relatif

gave the information in question to the police, he had waived his confidential status by the time Mr. Illes's trial began.

[63] While the Crown, in answer to Mr. Illes's application, explains the circumstances surrounding the non-disclosure, it does not dispute that the proposed fresh evidence meets the *Stinchcombe* threshold of relevance. Relevance for the purpose of disclosure is broadly defined and includes any information that could reasonably be used by the accused in making full answer and defence: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 21, *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 27. Notably, the Crown's disclosure obligation extends to relevant information which the Crown does not believe to be credible (*Stinchcombe*, at p. 346), and evidence which the Crown does not intend to call at trial (*R. v. Taillefer*, [2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70, at para. 59). It is also no answer to the Crown's failure to disclose to say that Crown counsel were unaware of the Maze information because the police did not provide it to them. The police have a corollary duty to disclose to the Crown the fruits of their investigation: *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.); *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), at p. 382; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444 (Que. C.A.), at p. 455; and *Driskell v. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60, at para. 17.

[64] However, as this Court explained in *Dixon*, it is not sufficient to show that the accused's right to disclosure has been breached to upset a verdict. The question remains whether a new trial is the appropriate remedy (at para. 23):

The right to disclosure of all relevant material has a broad scope and includes material which may have only marginal value to the ultimate issues at trial. It follows

aux indicateurs en ce qui a trait à la déclaration de M. Maze à la police. Monsieur Maze était effectivement un indicateur lorsqu'il a fourni l'information en question à la police, mais il avait renoncé à ce statut au moment où le procès de M. Illes a commencé.

[63] Bien que, dans sa réponse à la demande de M. Illes, le ministère public explique les circonstances de la non-communication, il ne conteste pas que la preuve nouvelle proposée satisfaisait au critère préliminaire de pertinence établi dans l'arrêt *Stinchcombe*. Pour les besoins de la communication de la preuve, la notion de pertinence est définie largement et s'entend de tous les renseignements dont l'accusé pourrait raisonnablement se servir pour présenter une défense pleine et entière : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 21, *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 27. L'obligation de communiquer qui incombe au ministère public s'applique notamment aux renseignements pertinents que celui-ci ne juge pas dignes de foi (*Stinchcombe*, p. 346), et aux éléments de preuve qu'il n'a pas l'intention de produire au procès (*R. c. Taillefer*, [2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70, par. 59). Le ministère public ne peut pas non plus justifier son manquement à son obligation de communiquer en prétextant que ses avocats ne connaissaient pas l'existence de l'information fournie par M. Maze au motif que la police ne la leur avait pas transmise. La police a l'obligation corrélatrice de communiquer au ministère public les résultats de son enquête : *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 382; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL) (C.A. Qué.), par. 22; et *Driskell c. Dangerfield*, [2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60, par. 17.

[64] Toutefois, comme notre Cour l'a expliqué dans *Dixon*, il ne suffit pas, pour faire casser un verdict, de démontrer qu'il y a eu violation du droit de l'accusé à la communication de la preuve. Encore faut-il déterminer si la tenue d'un nouveau procès est la réparation qui convient (par. 23) :

Le droit à la communication de tous les documents pertinents est large et vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux

that the Crown may fail to disclose information which meets the *Stinchcombe* threshold, but which could not possibly affect the reliability of the result reached or the overall fairness of the trial process. In those circumstances there would be no basis for granting the remedy of a new trial under s. 24(1) of the *Charter*, since no harm has been suffered by the accused.

[65] This Court explained further in what circumstances it would be appropriate to order a new trial. The onus is on the accused on a balance of probabilities to show that his or her right to make full answer and defence was impaired. The accused will discharge this burden where he or she demonstrates that there is a reasonable possibility that the non-disclosure affected either (1) the outcome of the trial, or (2) the overall fairness of the trial process (*Dixon*, at para. 34). The first inquiry requires the court to consider whether there is a reasonable possibility that the undisclosed evidence, when considered in the context of the trial as a whole, could have impacted on the verdict (*Taillefer*, at para. 82). The second inquiry asks whether there is a reasonable possibility that the undisclosed evidence would have affected the defence's opportunity to pursue meaningful lines of inquiry with witnesses or gather additional evidence that would have been available but for the non-disclosure. As Cory J. aptly summarized the test (*Dixon*, at para. 36):

In short, the reasonable possibility that the undisclosed information impaired the right to make full answer and defence relates not only to the content of the information itself, but also to the *realistic* opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence. [Emphasis in original.]

[66] In my view, Mr. Illes cannot meet the first branch of the test. The proposed evidence that the bucket was on Mr. Madinsky's balcony at one point in time after the murder does not assist in determining whether Mr. Madinsky or Mr. Illes actually killed Mr. Dowling. It is also consistent with the undisputed fact that Mr. Madinsky was involved in helping to bury the victim's remains. Therefore,

questions fondamentales en litige. Il s'ensuit que le ministère public peut omettre de divulguer des renseignements qui satisfont au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, mais qui ne pourraient absolument pas compromettre le bien-fondé du résultat atteint ou l'équité globale du procès. Dans ces circonstances, rien ne justifierait d'accorder un nouveau procès à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, puisque l'accusé n'a subi aucun préjudice.

[65] Notre Cour a précisé dans quelles circonstances il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à son droit à une défense pleine et entière. L'accusé peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé (1) sur l'issue du procès ou (2) sur l'équité globale du procès (*Dixon*, par. 34). La première question oblige le tribunal à se demander s'il est raisonnablement possible que, considéré dans le contexte de l'ensemble du procès, l'élément de preuve non communiqué aurait pu avoir une incidence sur le verdict (*Taillefer*, par. 82). La seconde question consiste à se demander s'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication de l'élément de preuve en question ait privé la défense de l'occasion de poser des questions pertinentes aux témoins ou de recueillir d'autres éléments de preuve qui auraient été disponibles n'eût été cette non-communication. Le juge Cory a très bien résumé l'analyse requise (*Dixon*, par. 36) :

Bref, la possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués aient porté atteinte au droit à une défense pleine et entière a trait non seulement au contenu des renseignements eux-mêmes, mais encore aux possibilités *réalistes* d'examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve. [Souligné dans l'original.]

[66] À mon avis, M. Illes ne satisfait pas au premier volet de l'analyse. L'élément de preuve proposé, selon lequel le seau s'est trouvé sur le balcon de M. Madinsky à un moment donné après le meurtre, n'aide pas à déterminer si c'est M. Madinsky ou M. Illes qui a en fait tué M. Dowling. Cette preuve est également compatible avec le fait incontesté que M. Madinsky a participé à l'enfouissement



on its face, the fresh evidence could not realistically have affected the outcome of the trial. The question whether the evidence could nonetheless have impacted on the verdict, having regard to the evidence as a whole, can best be answered on the second branch of the test by considering what use could possibly have been made by the defence of the undisclosed information.

[67] Mr. Illes argues that the defence could have called Mr. Maze to testify that the bucket was on Mr. Madinsky's balcony and could then have used this evidence in cross-examination to challenge Mr. Madinsky's claim that he had very limited contact with the bucket and its contents. In the result, it is argued, Mr. Madinsky's credibility would have been further undermined. In turn, the evidence suggesting Mr. Madinsky's greater involvement in the crime could have bolstered the defence contention that he was the perpetrator.

[68] I am not persuaded by Mr. Illes's arguments. As for the potential use of the undisclosed statement in cross-examination of Mr. Madinsky, it is noteworthy that the fact that the bucket may have been on his balcony was put to him at trial. In one of his statements to the police, Mr. Madinsky expressly denied that the bucket was ever in his apartment — he stated that he had no contact with the bucket other than at Ms. Ovalle's house and during the trip to bury the remains. At the preliminary hearing, however, he agreed that it might have been possible for Mr. Illes to have brought the bucket into the apartment when he was absent. Shortly before the trial, he told Crown counsel that while he would have known if the bucket had been in his apartment, it could have been on his balcony without his noticing. He essentially repeated the same evidence at trial. When asked on cross-examination if it would be fair to say that he would have seen the bucket had it been in his apartment, Mr. Madinsky responded by saying "No. . . . Well, basically my place was pretty small . . . but we had a -- I think it's a balcony or a porch, . . . I like my blinds closed all the time because people are always looking in, . . . it could have been there without me knowing,

des restes de la victime. À première vue, donc, le nouvel élément de preuve n'aurait pas pu réalistement influencer sur l'issue du procès. Pour mieux répondre à la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cet élément aurait pu malgré tout influencer sur le verdict, il convient donc de se pencher sur le second volet de l'analyse et de s'interroger sur l'utilisation qu'aurait pu faire la défense de l'information non communiquée.

[67] Monsieur Illes fait valoir que la défense aurait pu citer M. Maze pour qu'il vienne dire que le seau s'était trouvé sur le balcon de M. Madinsky, puis utiliser ce témoignage en contre-interrogeant ce dernier pour mettre en doute sa prétention selon laquelle il savait très peu de choses sur le seau et son contenu. Cela aurait eu pour effet, affirme-t-on, de miner davantage la crédibilité de M. Madinsky. En outre, la preuve tendant à indiquer que ce dernier était impliqué davantage dans le crime aurait pu à son tour renforcer la thèse de la défense selon laquelle il en était l'auteur.

[68] Les arguments de M. Illes ne me convainquent pas. Quant à l'utilisation qui aurait pu être faite de l'élément de preuve non-communicé lors du contre-interrogatoire de M. Madinsky, il convient de souligner que la possibilité que le seau se soit trouvé sur son balcon lui a été soumise au procès. Dans une de ses déclarations à la police, M. Madinsky a expressément nié que le seau se soit trouvé dans son appartement — il a affirmé n'avoir été en présence du seau que chez M<sup>me</sup> Ovalle et durant le trajet effectué pour aller enterrer les restes. Par contre, à l'enquête préliminaire il a reconnu qu'il était possible que M. Illes ait apporté le seau à son appartement pendant son absence. Peu de temps avant le procès, il a dit à l'avocat du ministère public qu'il l'aurait sans doute su si le seau s'était trouvé dans son appartement, mais que celui-ci aurait très bien pu se trouver sur son balcon sans qu'il le sache. Il a essentiellement répété la même chose au procès. En contre-interrogatoire, lorsqu'on lui a demandé s'il était raisonnable de dire qu'il aurait vu le seau si celui-ci avait été dans son appartement, M. Madinsky a répondu en affirmant que : [TRADUCTION] « Non. [ . . . ] Bien, à vrai dire mon appartement était pas mal petit [ . . . ] mais

. . . due to the fact it could be on the balcony” (A.R., at p. 364). Hence, Mr. Madinsky agreed that the bucket *could* have been on his balcony. In my view, it is unrealistic for the appellant to suggest that Mr. Madinsky’s testimony would have been any different if confronted with Maze’s statement at trial and, in turn, that this additional item of evidence would have added anything of significance.

[69] As for the contention that Mr. Maze’s evidence would have supported the defence theory that the investigators in this case suffered from “tunnel vision”, accepting too easily that Mr. Illes was the shooter and failing to give sufficient consideration to the possibility that Mr. Madinsky might be the perpetrator (A.F., at para. 80), this theory was advanced at trial (A.R., at p. 532). It is difficult to see how Mr. Maze’s testimony would add anything of significance to this argument. Further, I agree with the majority below that it is significant that Mr. Maze’s presence at the apartment was known to Mr. Illes and that the defence’s failure to seek him out as a witness suggests that he had no helpful evidence to offer.

[70] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, DESCHAMPS, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Ritchie Sandford, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

on avait -- je pense que c’est un balcon ou une galerie [ . . ] J’aime que les stores restent fermés en tout temps car les gens regardent toujours à l’intérieur [ . . ] il aurait pu être là sans que je le sache [ . . ] car il aurait pu se trouver sur le balcon » (d.a., p. 364). Par conséquent, M. Madinsky a reconnu que le seau *avait pu* se trouver sur son balcon. À mon avis, il n’est pas réaliste de la part de l’appelant de prétendre que son témoignage aurait été différent s’il avait été confronté à la déclaration de M. Maze au procès, et, de ce fait, que cet élément de preuve supplémentaire aurait pu ajouter quoi que ce soit d’appréciable.

[69] Par ailleurs, la thèse selon laquelle la déclaration de M. Maze aurait pu étayer la prétention de la défense selon laquelle les enquêteurs avaient « porté des œillères » en l’espèce, en acceptant trop facilement l’hypothèse que M. Illes était le tireur et en n’examinant pas suffisamment la possibilité que M. Madinsky ait pu être l’auteur du crime (m.a., par. 80), a été présentée au procès (d.a., p. 532). Il est difficile de voir comment le témoignage de M. Maze aurait pu ajouter quoi que ce soit d’appréciable à cet argument. De plus, tout comme les juges majoritaires de la Cour d’appel, j’estime que le fait que M. Illes connaissait la présence de M. Maze à l’appartement est significatif, et que la décision de la défense de ne pas lui demander de témoigner tend à indiquer qu’il n’avait rien d’utile à offrir.

[70] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelant : Ritchie Sandford, Vancouver.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Benoit Joseph Saulnier and Bingo Queen Fisheries Limited** *Appellants*

v.

**Royal Bank of Canada, WBLI Inc., in its capacity as Receiver of Benoit Joseph Saulnier and Bingo Queen Fisheries Limited, and Goodman Rosen Inc., in its capacity as Trustee in bankruptcy of Benoit Joseph Saulnier** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Seafood Producers Association of Nova Scotia, Groundfish Enterprise Allocation Council, BC Seafood Alliance, Canadian Association of Prawn Producers and Fisheries Council of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: SAULNIER v. ROYAL BANK OF CANADA**

**Neutral citation: 2008 SCC 58.**

File No.: 31622.

2008: January 23; 2008: October 24.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache\*, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA**

*Bankruptcy and insolvency — Property — Commercial fishing licences — Fisher signing general security agreement with bank — Fisher subsequently making assignment in bankruptcy — Whether fisher's commercial fishing licences constitute "property" within scope of bankruptcy and insolvency legislation and within scope of personal property security legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 2 "property" — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13, s. 2(w), (ad).*

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Benoit Joseph Saulnier et Bingo Queen Fisheries Limited** *Appelants*

c.

**Banque Royale du Canada, WBLI Inc., en sa qualité de séquestre de Benoit Joseph Saulnier et de Bingo Queen Fisheries Limited, et Goodman Rosen Inc., en sa qualité de syndic à la faillite de Benoit Joseph Saulnier** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada, Association des producteurs de fruits de mer de la Nouvelle-Écosse, Conseil des allocations aux entreprises d'exploitation du poisson de fond, BC Seafood Alliance, Association canadienne des producteurs de crevettes et Conseil canadien des pêches** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SAULNIER c. BANQUE ROYALE DU CANADA**

**Référence neutre : 2008 CSC 58.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31622.

2008 : 23 janvier; 2008 : 24 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache\*, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE**

*Faillite et insolvabilité — Biens — Permis de pêche commerciale — Pêcheur ayant signé un contrat de garantie générale avec une banque — Cession sub-séquente de ses biens par le pêcheur — Un permis de pêche commerciale constitue-t-il un « bien » au sens de la législation sur la faillite et l'insolvabilité et de la législation sur les sûretés mobilières? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « bien » — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 2w), (ad).*

\* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

S holds four fishing licences. In order to finance his fishing business, he signed a General Security Agreement (“GSA”) with a bank, as well as a guarantee for the debts of his company. The company entered into a parallel GSA. The GSAs gave the bank a security interest in “all . . . present and after acquired personal property including . . . Intangibles . . . and in all proceeds and renewals thereof”. In 2004, the fishing business faltered and S made an assignment in bankruptcy. The following year, the receiver and the trustee in bankruptcy signed an agreement to sell the four licences and other assets to a third party for \$630,000, but S refused to sign the necessary documents. The trustee in bankruptcy and the bank brought an application for declaratory relief. S claimed that the commercial fishing licences did not constitute “property” available to a trustee under the federal *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”), or to a creditor who has registered a GSA under the Nova Scotia *Personal Property Security Act* (“PPSA”). For different reasons, both the trial judge and the Court of Appeal rejected this position.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The task in this case is to interpret the definitions of “property” in s. 2 of the *BIA* and of “personal property” in s. 2 of the *PPSA* in a purposeful way having regard to their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. A fishing licence is unquestionably a major commercial asset. The holder of such a licence, issued at the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans under s. 7(1) of the *Fisheries Act*, obtains a good deal more than merely permission to do that which would otherwise be unlawful. A s. 7(1) licence confers to the holder a right to engage in an exclusive fishery under the conditions imposed by the licence, and a proprietary right in the fish harvested and the earnings from their sale. The subject matter of the licence, coupled with a proprietary interest in the fish caught pursuant to its terms, bears a reasonable analogy to a common law *profit à prendre* which is undeniably a property right. While these elements of the licence do not wholly correspond to the full range of rights necessary to characterize something as “property” at common law, the issue is whether they are sufficient to qualify the “bundle of rights” conferred on S as property for the purposes of the *BIA* and *PPSA*. [16] [23] [28] [34] [43]

S détient quatre permis de pêche. Pour financer son entreprise de pêche, il a signé un contrat de garantie générale (« CGG ») avec une banque et il s’est porté caution des dettes de sa société. La société a aussi conclu un CGG. Les CGG accordaient à la banque une sûreté grevant « tous [. . .] les biens personnels, actuels et acquis par la suite, y compris [. . .] les biens immatériels [. . .] et tous les produits et renouvellements y afférents ». En 2004, l’entreprise de pêche était en défaut et S a fait cession de ses biens. L’année suivante, le séquestre et le syndic de faillite ont signé une entente concernant la vente des quatre permis et d’autres éléments d’actif à un tiers pour la somme de 630 000 \$, mais S a refusé de signer les documents nécessaires. Le syndic de faillite et la banque ont présenté une demande de jugement déclaratoire. S a soutenu que les permis de pêche commerciale ne constituaient pas des « biens » dont peut se réclamer un syndic sous le régime fédéral de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« *LFI* ») ou un créancier ayant enregistré un CGG sous le régime de la *Personal Property Security Act* de la Nouvelle-Écosse (« *PPSA* »). Le juge de première instance et la Cour d’appel ont rejeté ces prétentions, pour des motifs différents.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La Cour est appelée en l’espèce à donner aux définitions des termes « bien » à l’art. 2 de la *LFI* et « bien personnel » à l’art. 2 de la *PPSA* une interprétation téléologique qui tiennent compte de leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Un permis de pêche constitue indiscutablement un élément d’actif commercial très important. Le titulaire d’un tel permis, délivré à discrétion par le ministre des Pêches et des Océans en vertu du par. 7(1) de la *Loi sur les pêches*, acquiert bien davantage que la simple permission de faire ce qui, autrement, serait illégal. Un permis visé au par. 7(1) confère à son titulaire le droit de participer à des activités de pêche exclusive en conformité avec les conditions fixées par le permis et un droit propriétaire dans les poissons capturés et dans les revenus tirés de leur vente. L’objet du permis, assorti d’un intérêt propriétaire sur les prises effectuées conformément au permis, s’apparente raisonnablement à un profit à prendre en common law, qui constitue sans contester un droit de propriété. Bien que ces éléments ne correspondent pas entièrement à la totalité des droits nécessaires pour que quelque chose soit considéré comme un « bien » en common law, la question est de savoir s’ils suffisent pour que le « faisceau de droits » conféré à S soit considéré comme un « bien » pour l’application de la *LFI* et de la *PPSA*. [16] [23] [28] [34] [43]

In an industry where holding one of a very restricted number of licences is a condition precedent to participation, the licence unlocks the value in the fishers' other marine assets. While "commercial realities" cannot legitimate wishful thinking about the notion of "property" in the *BIA* and the *PPSA*, these statutes are largely commercial instruments which should be interpreted in a way best suited to enable them to accomplish their respective commercial purposes. [14] [42]

The *BIA* is intended to achieve certain objectives in the event of a bankruptcy which require, in general, that non-exempt assets be made available to creditors. The s. 2 definition of "property" in the *BIA* should be construed accordingly to include a s. 7(1) licence. Parliament unambiguously signalled an intention to sweep up a variety of assets of the bankrupt not normally considered "property" at common law, and this intention must be respected if the purposes of the *BIA* are to be achieved. It is important to look at the substance of what is conferred, namely a licence to participate in the fishery coupled with a proprietary interest in the fish caught according to its terms and subject to the Minister's regulations. While it is true that the proprietary interest in the fish is contingent on the fish first being caught, the existence of that contingency is contemplated in the *BIA* definition and is no more fatal to the licence's proprietary status for *BIA* purposes than is the case with an equivalent contingency arising under a *profit à prendre*. It follows that the trustee was entitled to require S to execute the appropriate documentation to obtain a transfer of the fishing licences to the third party purchaser. [44] [46-47] [49]

A holding that a fishing licence is property in the hands of the holder for limited statutory purposes does not fetter the Minister's discretion under the *Fisheries Act* to issue, renew or cancel a fishing licence, according to the exigencies of the management of the fisheries. [48]

The fishing licence is also "personal property" within the meaning of s. 2 of the *PPSA*. The definition of "intangible" in that section includes an interest created by statute having the characteristics of a licence coupled with an interest at common law. The grant by the Minister of a licence, coupled with a proprietary interest in the fish caught, is thus sufficient to satisfy the *PPSA* definition. The registration is therefore valid to include the s. 7(1) licence and, in the absence of any other *PPSA* defence, the bank is entitled to proceed with its *PPSA* remedies. [51-52]

Dans un secteur où la possession de l'un des rares permis disponibles constitue un préalable à la participation aux activités, la valeur des autres actifs liés à la pêche est tributaire de la détention d'un permis. Bien que la « réalité commerciale » ne puisse légitimer une perception de la notion de « bien » de la *LFI* et de la *PPSA* qui relève de la pensée magique, ce sont des lois à caractère en grande partie commercial, qui devraient être interprétées de manière à favoriser la réalisation de leurs objectifs commerciaux respectifs. [14] [42]

La *LFI* vise la réalisation de certains objectifs en cas de faillite qui exigent que, règle générale, les créanciers aient accès aux éléments d'actif non exclus. La définition d'un « bien » à l'art. 2 doit être interprétée en conséquence de façon à inclure un permis de pêche visé au par. 7(1). Le législateur a clairement manifesté son intention d'englober un large éventail d'éléments d'actif du failli qui, en common law, ne sont pas habituellement considérés comme des « biens », et il faut respecter cette intention pour assurer la réalisation des objectifs de la *LFI*. Il est important de considérer l'essence de ce qui a été conféré, à savoir le permis de participer à la pêche auquel se rattache un intérêt propriétaire sur les prises effectuées en conformité avec les conditions du permis et sous réserve des règlements pris par le ministre. S'il est vrai que, pour bénéficier d'un intérêt propriétaire dans les poissons, il faut d'abord les capturer, l'existence de cette condition se reflète dans la définition de la *LFI* et n'exclut pas davantage un intérêt propriétaire pour l'application de la *LFI* que ne l'exclut la condition équivalente propre au profit à prendre. Il s'ensuit que le syndic était en droit d'exiger que S signe les documents requis pour que les permis de pêche soient transférés au tiers acheteur. [44] [46-47] [49]

La conclusion que le permis de pêche est un bien de son titulaire aux fins limitées prévues par la loi ne limite pas le pouvoir discrétionnaire du ministre d'octroyer, de renouveler ou de révoquer un permis de pêche en vertu de la *Loi sur les pêches*, selon ce qu'exige sa gestion des pêches. [48]

Le permis de pêche constitue également un « bien personnel » au sens de l'art. 2 de la *PPSA*. La définition d'un « bien immatériel » énoncée dans cet article inclut un intérêt d'origine législative, ayant les caractéristiques d'un permis assorti d'un intérêt en common law. L'octroi par le ministre d'un permis assorti d'un intérêt propriétaire dans les prises effectuées répond donc à la définition de la *PPSA*. L'enregistrement inclut donc valablement le permis de pêche visé au par. 7(1) et, aucun autre moyen de défense fondé sur la *PPSA* n'ayant été invoqué, la banque est en droit d'exercer les recours qui y sont prévus. [51-52]

## Cases Cited

**Distinguished:** *Re National Trust Co. and Bouckhuyt* (1987), 61 O.R. (2d) 640; **referred to:** *St. Anthony Seafoods Limited Partnership v. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Jenkins, Re* (1997), 32 C.B.R. (4th) 262; *Townsend, Re* (2002), 32 C.B.R. (4th) 318; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *C.I.B.C. v. Marathon Realty Co.*, [1987] 5 W.W.R. 236; *Credit Suisse Canada v. 1133 Yonge Street Holdings Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 632; *Noël (Syndic) (Re)*, [1994] Q.J. No. 978 (QL); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hallahan* (1990), 69 D.L.R. (4th) 449; *Bank of Montreal v. Bale* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114; *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Waryk v. Bank of Montreal* (1991), 85 D.L.R. (4th) 514; *British Columbia Packers Ltd. v. Sparrow*, [1989] 4 C.N.L.R. 63; *Buston v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2720; *Kelly v. Kelly* (1990), 92 A.L.R. 74; *Pennington v. McGovern* (1987), 45 S.A.S.R. 27; *Harper v. Minister for Sea Fisheries* (1989), 168 C.L.R. 314; *Sugarman (in trust) v. Duca Community Credit Union Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 257; *Foster (Re)* (1992), 89 D.L.R. (4th) 555; *Re Rae*, [1995] B.C.C. 102; *Joliffe v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 511; *Bennett, Re* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314; *Ward (Bankrupt), Re* (2000), 229 N.B.R. (2d) 121; *Dugas, Re* (2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200; *Saskatoon Auction Mart Ltd. v. Finesse Holsteins* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67; *G. Slocombe & Associates Inc. v. Gold River Lodges Ltd.* (2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840; *Re Celtic Extraction Ltd.*, [2000] 2 W.L.R. 991; *Swift v. Dairywise Farms Ltd.*, [2000] 1 W.L.R. 1177; *Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2008] 1 F.C.R. 641, 2007 FCA 247.

## Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "property", 67(1).  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, ss. 7(1), 9.  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, ss. 2 "document", 16.  
*Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, c. 13, ss. 2(w), (ad).

## Authors Cited

Canada. Fisheries and Oceans. *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada*, 1996. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996.

## Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Re National Trust Co. and Bouckhuyt* (1987), 61 O.R. (2d) 640; **arrêts mentionnés :** *St. Anthony Seafoods Limited Partnership c. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Jenkins, Re* (1997), 32 C.B.R. (4th) 262; *Townsend, Re* (2002), 32 C.B.R. (4th) 318; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *C.I.B.C. c. Marathon Realty Co.*, [1987] 5 W.W.R. 236; *Credit Suisse Canada c. 1133 Yonge Street Holdings Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 632; *Noël (Syndic) (Re)*, [1994] J.Q. n° 978 (QL); *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Hallahan* (1990), 69 D.L.R. (4th) 449; *Bank of Montreal c. Bale* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Waryk c. Bank of Montreal* (1991), 85 D.L.R. (4th) 514; *British Columbia Packers Ltd. c. Sparrow*, [1989] 4 C.N.L.R. 63; *Buston c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 426 (QL); *Kelly c. Kelly* (1990), 92 A.L.R. 74; *Pennington c. McGovern* (1987), 45 S.A.S.R. 27; *Harper c. Minister for Sea Fisheries* (1989), 168 C.L.R. 314; *Sugarman (in trust) c. Duca Community Credit Union Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 257; *Foster (Re)* (1992), 89 D.L.R. (4th) 555; *Re Rae*, [1995] B.C.C. 102; *Joliffe c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 511; *Bennett, Re* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314; *Ward (Bankrupt), Re* (2000), 229 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121; *Dugas, Re* (2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200; *Saskatoon Auction Mart Ltd. c. Finesse Holsteins* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67; *G. Slocombe & Associates Inc. c. Gold River Lodges Ltd.* (2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840; *Re Celtic Extraction Ltd.*, [2000] 2 W.L.R. 991; *Swift c. Dairywise Farms Ltd.*, [2000] 1 W.L.R. 1177; *Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2008] 1 R.C.F. 641, 2007 CAF 247.

## Lois et règlements cités

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « bien », 67(1).  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 7(1), 9.  
*Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 2w), ad).  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 2 « document », 16.

## Doctrines citées

Canada. Pêches et Océans. *Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'est du Canada*, 1996. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1996.

- Honoré, A. M. "Ownership", in A. G. Guest, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work*. London: Oxford University Press, 1961.
- Johnson, Tom. "Security Interests in Discretionary Licences Under the *Ontario Personal Property Security Act*" (1993), 8 *B.F.L.R.* 123.
- Megarry, Robert, and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1975.
- Mossman, Mary Jane, and William F. Flanagan, *Property Law: Cases and Commentary*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2004.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Telfer, Thomas G. W. "Statutory Licences and the Search for Property: The End of the Imbroglío?" (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 224.
- Ziegel, Jacob S. "Regulated Licences and the OPPSA: No End in Sight to the Judicial Imbroglío" (1998), 30 *Can. Bus. L.J.* 284.
- Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. III, *Secured Transactions in Personal Property, Suretyships and Insolvency* by Jacob S. Ziegel and R. C. C. Cuming. Toronto: Emond Montgomery, 1995.
- Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Bateman, Hamilton and Fichaud J.J.A.) (2006), 246 N.S.R. (2d) 239, 780 A.P.R. 239, 271 D.L.R. (4th) 34, 21 B.L.R. (4th) 1, 22 C.B.R. (5th) 38, 10 P.P.S.A.C. (3d) 221, [2006] N.S.J. No. 307 (QL), 2006 CarswellNS 323, 2006 NSCA 91, affirming in part a decision of Kennedy C.J.S.C. (2006), 241 N.S.R. (2d) 96, 767 A.P.R. 96, 17 C.B.R. (5th) 182, [2006] N.S.J. No. 38 (QL), 2006 CarswellNS 41, 2006 NSSC 34. Appeal dismissed.
- Honoré, A. M. « Ownership », in A. G. Guest, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work*. London : Oxford University Press, 1961.
- Johnson, Tom. « Security Interests in Discretionary Licences Under the *Ontario Personal Property Security Act* » (1993), 8 *B.F.L.R.* 123.
- Megarry, Robert, and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 1975.
- Mossman, Mary Jane, and William F. Flanagan, *Property Law : Cases and Commentary*, 2nd ed. Toronto : Emond Montgomery, 2004.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Telfer, Thomas G. W. « Statutory Licences and the Search for Property : The End of the Imbroglío? » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 224.
- Ziegel, Jacob S. « Regulated Licences and the OPPSA : No End in Sight to the Judicial Imbroglío » (1998), 30 *Rev. can. dr. comm.* 284.
- Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. *The Ontario Personal Property Security Act : Commentary and Analysis*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions : Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. III, *Secured Transactions in Personal Property, Suretyships and Insolvency* by Jacob S. Ziegel and R. C. C. Cuming. Toronto : Emond Montgomery, 1995.
- Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bateman, Hamilton et Fichaud) (2006), 246 N.S.R. (2d) 239, 780 A.P.R. 239, 271 D.L.R. (4th) 34, 21 B.L.R. (4th) 1, 22 C.B.R. (5th) 38, 10 P.P.S.A.C. (3d) 221, [2006] N.S.J. No. 307 (QL), 2006 CarswellNS 323, 2006 NSCA 91, qui a accueilli en partie un appel contre une décision du juge en chef Kennedy (2006), 241 N.S.R. (2d) 96, 767 A.P.R. 96, 17 C.B.R. (5th) 182, [2006] N.S.J. No. 38 (QL), 2006 CarswellNS 41, 2006 NSSC 34. Pourvoi rejeté.

*Andrew S. Nickerson, Q.C.*, for the appellants.

*Andrew S. Nickerson, c.r.*, pour les appelants.

*Carl A. Holm, Q.C.*, and *Christian Weisenburger*, for the respondents.

*Carl A. Holm, c.r.*, et *Christian Weisenburger*, pour les intimées.

*Peter M. Southey* and *Christine Mohr*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*Peter M. Southey* et *Christine Mohr*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Richard F. Southcott and Andrea F. Baldwin*, for the interveners the Seafood Producers Association of Nova Scotia, the Groundfish Enterprise Allocation Council, the BC Seafood Alliance, the Canadian Association of Prawn Producers and the Fisheries Council of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The question raised by this appeal is whether a commercial fishing licence, which enables a fisher to engage in a regulated industry where participation is otherwise prohibited, constitutes “property” available to a trustee under the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), or a creditor who has registered a General Security Agreement (“GSA”) under the Nova Scotia *Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, c. 13 (“PPSA”).

[2] The appellant, a bankrupt commercial fisherman, and his wholly owned company, the appellant Bingo Queen Fisheries Limited, say that a fishing licence is merely a “privilege” to do that which would otherwise be illegal. As such, it does not pass to the respondent Royal Bank under the GSA which the appellants signed, nor to the respondent trustee in bankruptcy. In the result, they say, the appellant Saulnier, who holds the four fishing licences in question, is entitled to carry on fishing despite the bankruptcy, leaving the creditors to fight over the remaining assets. Without the licences the assets do not come close to covering the liabilities.

[3] The appellants were unsuccessful in the courts of Nova Scotia. The trial judge based his decision on “commercial reality”. The Nova Scotia Court of Appeal agreed in the result but declined to base its decision on “commercial reality”. Instead it looked to the rights acquired by the holder of a fishing licence to the earnings from the catch, and to the administrative law principles which the court felt would govern the exercise of the Minister’s discretion in any application for renewal

*Richard F. Southcott et Andrea F. Baldwin*, pour les intervenants l’Association des producteurs de fruits de mer de la Nouvelle-Écosse, le Conseil des allocations aux entreprises d’exploitation du poisson de fond, BC Seafood Alliance, l’Association canadienne des producteurs de crevettes et le Conseil canadien des pêches.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à décider si un permis de pêche commerciale, autorisant un pêcheur à exercer une activité réglementée — interdite à défaut de détenir un tel permis —, constitue un « bien » dont peut se réclamer un syndic, sous le régime de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), ou un créancier, ayant enregistré un contrat de garantie générale (« CGG ») en vertu de la *Personal Property Security Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1995-96, ch. 13 (« PPSA »).

[2] L’appelant, un pêcheur commercial ayant fait faillite, et sa société en propriété exclusive, l’appelante Bingo Queen Fisheries Limited, font valoir qu’un permis de pêche ne constitue qu’un « privilège » d’exercer une activité qui, autrement, serait illégale. En tant que tel, ce permis ne saurait donc être dévolu à l’intimée, la Banque Royale du Canada, en vertu du CGG que les appelants ont signé, ni au syndic de faillite intimé. En conséquence, affirment-ils, l’appelant Saulnier, qui détient les quatre permis de pêche en cause en l’espèce, est en droit de continuer à pêcher malgré la faillite, de sorte que les créanciers n’ont que le reste de l’actif à se partager. Sans les permis, la valeur des biens est loin d’être suffisante pour acquitter l’ensemble des dettes.

[3] Les appelants n’ont pas eu gain de cause devant les tribunaux de la Nouvelle-Écosse. Le juge de première instance a fondé sa décision sur la notion de [TRADUCTION] « réalité commerciale ». La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a souscrit au résultat, refusant toutefois de fonder sa propre décision sur cette notion de « réalité commerciale ». Elle a plutôt tenu compte du fait que les permis de pêche confèrent à leur titulaire le droit de toucher les revenus provenant de la pêche et des principes de droit



or transfer of the licence under the federal *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 (“*Regulations*”). Collectively, in its opinion, the components of this “bundle of rights” invested the licence holder with property-like rights sufficient to bring the licences within the bankruptcy regime and the *PPSA*.

[4] For different reasons, and on a more limited basis, I also agree that the appeal must be dismissed.

#### I. Facts

[5] The appellant Saulnier holds four fishing licences (lobster, herring, swordfish and mackerel). Like most fishers, he required loans to finance his business. Accordingly, in April 1999, he signed a GSA with the Royal Bank. In January 2003, he signed a guarantee (limited to \$215,000) to the Royal Bank for the debts of the appellant Bingo Queen, a company of which he was the sole owner. At that time, Bingo Queen also entered into a GSA. The standard form GSA gave the Bank a security interest in: “all . . . present and after acquired personal property including . . . Intangibles . . . and in all proceeds and renewals thereof”. The GSA also specified that the term “intangible” would be interpreted according to its definition in the *PPSA*. The GSA contemplated a listing of specific property in Schedule C but in the case of both GSAs in question Schedule C was left blank.

[6] In 2004, the appellants’ fishing business faltered. As of July 6, Mr. Saulnier owed the Bank \$120,449, and Bingo Queen owed \$177,282. On July 8, Saulnier made an assignment in bankruptcy. His Statement of Affairs under the *BIA* showed liabilities of \$400,330, of which about \$250,000 was owed to the Royal Bank. The trial judge found that

administratif qui, selon elle, régissent l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre à l’égard de toute demande de renouvellement ou de transfert de permis sous le régime du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53 (« *Règlement* »). La Cour d’appel a exprimé l’avis que, collectivement, les divers éléments de ce [TRADUCTION] « faisceau de droits » conféraient au titulaire des permis suffisamment de droits présentant des similarités avec des droits de propriété pour que les permis soient visés par le régime applicable en matière de faillite et par la *PPSA*.

[4] Pour des motifs différents, et sur une base plus limitée, je suis également d’avis de rejeter le pourvoi.

#### I. Faits

[5] L’appellant Saulnier détient quatre permis de pêche (homard, hareng, espadon et maquereau). Comme la plupart des pêcheurs, il a dû s’endetter pour financer ses activités. Ainsi, en avril 1999, il a conclu un CGG avec la Banque Royale. En janvier 2003, il s’est porté caution (jusqu’à concurrence de 215 000 \$) envers la Banque Royale à l’égard de prêts consentis à l’appelante Bingo Queen, une société dont il avait la propriété exclusive. À cette époque, Bingo Queen a également conclu un CGG. Suivant le formulaire de garantie utilisé, la banque a obtenu une sûreté grevant [TRADUCTION] « tous [. . .] les biens personnels, actuels et acquis par la suite, y compris [. . .] les biens immatériels [. . .] et tous les produits et renouvellements y afférents ». Le contrat précisait de plus que le terme « bien immatériel » devait s’interpréter suivant la définition qu’en donne la *PPSA*. Il est prévu, dans le CGG, que certains biens seront énumérés à l’annexe C, mais dans les deux CGG en litige, cette annexe a été laissée en blanc.

[6] En 2004, l’entreprise de pêche de l’appellant était en défaut. Le 6 juillet, M. Saulnier devait 120 449 \$ à la banque et Bingo Queen avait accumulé des dettes de 177 282 \$. Le 8 juillet, M. Saulnier a fait cession de ses biens. Le bilan qu’il a soumis sous le régime de la *LFI* faisait état de dettes totalisant 400 330 \$, dont une dette d’environ 250 000 \$

according to the evidence, Saulnier's four fishing licences had a market value in excess of \$600,000. This amount, if available to creditors, would be sufficient to discharge all debts and provide a surplus.

[7] On November 18, 2004, four months after the bankruptcy, Saulnier purported to lease his lobster licence to Horizon Fisheries Limited, whose principal owner was his common law spouse. In March 2005, the receiver and the trustee in bankruptcy signed an agreement to sell Saulnier's fishing licences and other assets to a third party for \$630,000 (the sale was conditional on the trustee being able to effect a transfer of the licences). Saulnier refused to sign the necessary documents. The trustee in bankruptcy and the Royal Bank brought the present application for declaratory relief.

## II. Relevant Statutory Provisions

[8] *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

. . .

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

(a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and

(b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53

2. . . .

“document” means a licence, fisher's registration card or vessel registration card that grants a legal

envers la Banque Royale. Le juge du procès a conclu que, selon la preuve, les quatre permis de pêche de M. Saulnier avaient une valeur marchande de plus de 600 000 \$. Si elle était mise à la disposition des créanciers, cette somme suffirait à couvrir toutes les dettes et permettrait de dégager un excédent.

[7] Le 18 novembre 2004, quatre mois après la faillite, M. Saulnier a voulu louer son permis de pêche au homard à Horizon Fisheries Limited, dont sa conjointe de fait était la principale propriétaire. En mars 2005, le séquestre et le syndic de faillite ont conclu une entente concernant la vente des permis de pêche de M. Saulnier et d'autres éléments d'actif à un tiers pour la somme de 630 000 \$ (la vente était conditionnelle à ce que le syndic puisse transférer les permis). Monsieur Saulnier a refusé de signer les documents nécessaires. Le syndic de faillite et la Banque Royale ont présenté la demande de jugement déclaratoire qui nous occupe en l'espèce.

## II. Dispositions législatives pertinentes

[8] *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

. . .

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si :

a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;

b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53

2. . . .

« document » Permis, carte d'enregistrement de pêcheur ou carte d'enregistrement de bateau accordant le

privilege to engage in fishing or any other activity related to fishing and fisheries;

privilège légal de pratiquer la pêche ou des activités relatives à la pêche et aux pêches en général.

. . .

. . .

16. (1) A document is the property of the Crown and is not transferable.

16. (1) Tout document appartient à la Couronne et est inaccessibles.

(2) The issuance of a document of any type to any person does not imply or confer any future right or privilege for that person to be issued a document of the same type or any other type.

(2) La délivrance d'un document quelconque à une personne n'implique ou ne lui confère aucun droit ou privilège futur quant à l'obtention d'un document du même type ou non.

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3

2. . . .

2. . . .

“property” means any type of property, whether situated in Canada or elsewhere, and includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, as well as obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

« bien » Bien de toute nature, qu'il soit situé au Canada ou ailleurs. Sont compris parmi les biens les biens personnels et réels, en droit ou en equity, les sommes d'argent, marchandises, choses non possessoires et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de domaines, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, sur des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

. . .

. . .

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

but it shall comprise

mais ils comprennent :

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

*Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, c. 13

2. In this Act,

(w) “intangible” means personal property that is not goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument or money;

(ad) “personal property” means goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument, money or an intangible;

### III. Judicial History

A. *Supreme Court of Nova Scotia* (2006), 241 N.S.R. (2d) 96, 2006 NSSC 34

[9] Kennedy C.J.S.C. found that “the fair and correct approach is to characterize the federal fishing licences based on the reality of the commercial arena” (para. 49). He added that “[t]o accept the argument . . . that there can be no property in these licences in the hands of the holder, because of ministerial control would . . . foster an unrealistic legal condition based on an historic definition of property that ignores what is actually happening in the commercial world that the law must serve” (para. 53). In his view, the bundle of rights conferred by the licences “constitute marketable property capable of providing security” (para. 54) and also “property for purposes of the *BIA*” (para. 57).

B. *Nova Scotia Court of Appeal (Bateman, Hamilton and Fichaud J.J.A.)* (2006), 246 N.S.R. (2d) 239, 2006 NSCA 91

[10] Fichaud J.A., writing for the court, found that while commercial reality and the market value attached to licences “may be a determinant in the

*Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 13

[TRANSDUCTION]

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

w) « bien immatériel » Bien personnel qui n’est pas un objet, un titre, un titre de créance garanti, une valeur mobilière, un effet ou une somme d’argent;

ad) « bien personnel » Objet, titre, titre de créance garanti, valeur mobilière, effet, somme d’argent ou bien immatériel;

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (2006), 241 N.S.R. (2d) 96, 2006 NSSC 34

[9] Le juge en chef Kennedy a conclu que [TRANSDUCTION] « l’approche juste et appropriée consiste à définir la nature des permis de pêche fédéraux en fonction de la réalité commerciale » (par. 49). Il a ajouté que « [I]e fait d’accepter l’argument [. . .] selon lequel ces permis ne sauraient constituer un bien de leur titulaire, en raison du contrôle exercé par le ministre à leur égard, aurait pour effet [. . .] de créer une situation juridique irréaliste, fondée sur une définition historique de la notion de “bien” qui ne tient pas compte de ce qui se passe aujourd’hui dans le monde des affaires, que le droit doit servir » (par. 53). À son avis, le faisceau de droits conférés par les permis « constitue un bien négociable pouvant être cédé en garantie » (par. 54) ainsi qu’un « bien au sens de la *LFI* » (par. 57).

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bateman, Hamilton et Fichaud)* (2006), 246 N.S.R. (2d) 239, 2006 NSCA 91

[10] Le juge Fichaud, qui s’exprimait au nom de la Cour d’appel, a conclu que, bien que la réalité commerciale et la valeur marchande des permis

accounting or appraisal contexts” (para. 17), the legal issue should be determined with reference to the definitions of “property” and “personal property” in the *BIA* and the *PPSA*.

[11] Based on his consideration of ss. 2 and 16(1) of the *Regulations*, he concluded that the licence itself is the property of the Crown, and not of the holder. However, “during the term of a license, a licensee has a beneficial interest in the earnings from use of the license. That interest, and the right to those earnings, pass to the trustee in bankruptcy of the license holder” (para. 38). An important issue, in his view, was whether Mr. Saulnier had any rights relating to the renewal or reissuance of his licences, and whether these rights pass to the trustee. He considered it important that the holder of a fishing licence not only had the right to request a renewal but a right not to be arbitrarily denied it. In these circumstances

[t]he license holder has a legally recognized right — limited though it may be — that constitutes intangible personal property. . . . The security holder or trustee in bankruptcy takes the license holder’s limited legal right or beneficial interest. The security holder or trustee takes [it] subject to all the risks of non-renewal that applied to the license holder — i.e. non-renewal on grounds that are not arbitrary. This ensures that the interest of the security holder or trustee in bankruptcy does not degrade the regulatory scheme of the [fisheries] legislation . . . . [para. 49]

[12] Fichaud J.A. cited cases in which bad-faith ministerial decisions had given rise to damages or had been judicially reviewed by the courts including *St. Anthony Seafoods Limited Partnership v. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59. On the strength of these decisions, he found that “[a] legal right to damages or to set aside a ministerial decision is, in my view, intangible personal property under the broad definition in s. 2 of the *BIA*” (para. 52). Moreover, while

[TRADUCTION] « puissent être des facteurs déterminants en matière de comptabilité ou d’évaluation » (par. 17), la question de droit devrait être tranchée en tenant compte des définitions des termes « bien » et « bien personnel » figurant dans la *LFI* et dans la *PPSA*.

[11] Après avoir examiné l’art. 2 et le par. 16(1) du *Règlement*, le juge Fichaud a statué que le permis lui-même appartient à l’État et non à son titulaire. Toutefois, [TRADUCTION] « pendant la durée de validité d’un permis, le titulaire possède un intérêt bénéficiaire dans les revenus tirés de l’utilisation du permis. Cet intérêt bénéficiaire, ainsi que le droit à ces revenus, sont transmis au syndic de faillite du titulaire du permis » (par. 38). Selon le juge, il était important de déterminer, d’une part, si M. Saulnier avait des droits quelconques quant au renouvellement ou à la redélivrance de ses permis et, d’autre part, si ces droits étaient transmis au syndic. Il a accordé de l’importance au fait que le titulaire d’un permis de pêche a non seulement le droit d’en demander le renouvellement, mais aussi celui de ne pas se le voir refuser arbitrairement. Dans ces circonstances,

[TRADUCTION] [l]e titulaire du permis possède un droit légalement reconnu — aussi limité qu’il puisse être —, qui constitue un bien personnel immatériel. [. . .] Le droit limité du titulaire du permis ou son intérêt bénéficiaire est transmis au créancier garanti ou au syndic de faillite. [II] est dévolu à ces derniers sous réserve de tous les risques de non-renouvellement applicables au titulaire — c.-à-d. la possibilité que, pour des motifs non arbitraires, le permis ne soit pas renouvelé. Ainsi, l’intérêt du créancier garanti ou du syndic de faillite n’affaiblit pas le régime réglementaire établi par la législation [sur les pêches] . . . [par. 49]

[12] Le juge Fichaud a cité de la jurisprudence concernant des décisions ministérielles prises de mauvaise foi et ayant entraîné une condamnation à des dommages-intérêts ou ayant fait l’objet d’un contrôle judiciaire, dont l’arrêt *St. Anthony Seafoods Limited Partnership c. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59. S’appuyant sur ces arrêts, il a conclu : [TRADUCTION] « Le droit d’obtenir des dommages-intérêts ou de faire annuler une décision ministérielle constitue, selon moi,

“[t]he *PPSA*’s framework to define ‘intangible’ is less substantial than in the *BIA*”, the result concerning the fishing licences is the same (para. 61). The holder’s rights in the fishing licences are also personal property (“intangibles”) for the purposes of the *PPSA*, in his view.

#### IV. Analysis

[13] A commercial fisher with a ramshackle boat and a licence to fish is much better off financially than a fisher with a great boat tied up at the wharf with no licence. Financial institutions looking for readily marketable loan collateral want to snap up licences issued under the federal *Regulations*, which in the case of the lobster fishery can have a dockside value that fluctuates up to a half a million dollars or more. Fishers want to offer as much collateral as they can to obtain the loans needed to acquire the equipment to enable them to put to sea.

[14] The Minister’s claim to more or less unfettered discretion to renew or not to renew fishing licences each year is based on the legislation as interpreted in *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. In that case, Major J. wrote for the Court:

Canada’s fisheries are a “common property resource”, belonging to all the people of Canada. Under the *Fisheries Act*, it is the Minister’s duty to manage, conserve and develop the fishery on behalf of Canadians in the public interest (s. 43). Licensing is a tool in the arsenal of powers available to the Minister under the *Fisheries Act* to manage fisheries. [para. 37]

Nevertheless, the fact is that the stability of the fishing industry depends on the Minister’s predictable renewal of such licences year after year. Few

un bien personnel immatériel au sens de la définition large donnée au mot “bien” à l’art. 2 de la *LFI* » (par. 52). De plus, à son avis, même si « [l]e cadre de la *PPSA* permettant de définir la notion de “bien immatériel” n’est pas aussi substantiel que celui de la *LFI* », cela ne modifie en rien le résultat en ce qui concerne les permis de pêche (par. 61). En effet, pour lui, les droits que le permis de pêche confère à son titulaire constituent également des biens personnels (« immatériels ») pour l’application de la *PPSA*.

#### IV. Analyse

[13] Le pêcheur commercial qui possède un vieux rafiote et un permis de pêche est dans une bien meilleure situation financière que le pêcheur sans permis, dont le luxueux bateau reste amarré au quai. Les institutions financières désireuses d’obtenir des garanties facilement réalisables cherchent à mettre la main sur les permis délivrés en vertu du *Règlement fédéral*, dont la valeur marchande peut atteindre un demi-million de dollars ou plus dans le cas de la pêche au homard. Les pêcheurs souhaitent offrir les garanties les plus considérables possible afin de pouvoir emprunter les sommes nécessaires à l’acquisition du matériel dont ils ont besoin pour prendre la mer.

[14] La prétention du ministre selon laquelle il dispose d’un pouvoir discrétionnaire plus ou moins absolu pour renouveler ou non chaque année les permis de pêche repose sur la loi, telle qu’elle a été interprétée dans *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12. Dans cet arrêt, le juge Major, qui s’exprimait au nom de la Cour, a écrit ceci :

Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun qui appartient à tous les Canadiens. En vertu de la *Loi sur les pêches*, le Ministre a l’obligation de gérer, conserver et développer les pêches au nom des Canadiens et dans l’intérêt public (art. 43). Les permis sont un outil dans l’arsenal de pouvoirs que la *Loi sur les pêches* confère au Ministre pour gérer les pêches. [par. 37]

Néanmoins, le fait est que la stabilité du secteur de la pêche dépend du renouvellement prévisible des permis par le ministre année après année. Peu de

fishers expect to see their loans paid off with the proceeds of a single year's catch. In an industry where holding one of a very restricted number of licences is a condition precedent to participation, the licence unlocks the value in the fishers' other marine assets.

[15] Yet the appellants are correct to say that just because a "right" or "power" to fish has commercial value, it does not follow that licences also constitute property within the scope of the *BIA* or *PPSA*. Earlier trial level decisions in Nova Scotia had held that fishing licences were not property and were not claimable by the trustee in bankruptcy. See e.g. *Jenkins, Re* (1997), 32 C.B.R. (4th) 262 (N.S.S.C.), and *Townsend, Re* (2002), 32 C.B.R. (4th) 318 (N.S.S.C.). We cannot wish away the statutory language, however, much practical sense is reflected in the result reached by the courts below.

#### A. A Question of Statutory Interpretation

[16] The questions before the Court essentially raise a dispute about statutory interpretation. We are not concerned with the concept of "property" in the abstract. The notion of "property" is, in any event, a term of some elasticity that takes its meaning from the context. The task is to interpret the definitions in the *BIA* and *PPSA* in a purposeful way having regard to "their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 1). Because a fishing licence may not qualify as "property" for the general purposes of the common law does not mean that it is also excluded from the reach of the statutes. For particular purposes Parliament can and does create its own lexicon.

[17] In determining the scope of the definition of "property" in a statutory context, it is necessary to have regard to the overall purpose of the *BIA*,

pêcheurs s'attendent à rembourser leurs emprunts grâce aux revenus d'une seule année de pêche. Dans un secteur où la possession de l'un des rares permis disponibles constitue un préalable à la participation aux activités, la valeur des autres actifs liés à la pêche est tributaire de la détention d'un permis.

[15] Par contre, les appelants ont raison de dire que le seul fait qu'un « droit » ou un « pouvoir » de pêcher possède une valeur commerciale ne fait pas pour autant du permis un bien au sens de la *LFI* ou de la *PPSA*. Dans le passé, des tribunaux de première instance de la Nouvelle-Écosse ont statué que les permis de pêche ne constituent pas des biens et que les syndicats ne peuvent demander qu'ils leur soient dévolus. Voir, à titre d'exemple, *Jenkins, Re* (1997), 32 C.B.R. (4th) 262 (C.S.N.-É.), et *Townsend, Re* (2002), 32 C.B.R. (4th) 318 (C.S.N.-É.). On ne saurait faire abstraction du texte de la loi, aussi valables que puissent être les conclusions des juridictions inférieures sur le plan pratique.

#### A. Une question d'interprétation législative

[16] Les questions soumises à la Cour sont essentiellement des questions d'interprétation législative. Nous ne sommes pas appelés à examiner la notion de « bien » dans l'abstrait. Ce terme correspond de toute façon à une notion plutôt élastique, qui tire son sens du contexte. En conséquence, il s'agit de donner aux définitions pertinentes de la *LFI* et la *PPSA* une interprétation téléologique tenant compte de [TRADUCTION] « leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 1). Ce n'est pas parce qu'un permis de pêche ne peut être considéré comme un « bien » en common law en général qu'il est d'office exclu du champ d'application des lois. En effet, le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire.

[17] Pour déterminer la portée de la définition d'un « bien » dans le contexte législatif qui nous occupe, il faut examiner l'objet général de la *LFI*,

which is to regulate the orderly administration of the bankrupt's affairs, keeping a balance between the rights of creditors and the desirability of giving the bankrupt a clean break: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 7. The exemption of designated property from distribution among creditors under s. 67(1) is to allow the bankrupt to continue a living pending discharge and, when discharged, to make a fresh start. Those exemptions do not, it seems to me, bear much similarity to the proposed "exempting" of a valuable asset such as a commercial fishing licence. If Saulnier had "sold" his licences prior to discharge the cash proceeds would, it seems, be after-acquired property that would be divided amongst his creditors under s. 67(1)(c) of the *BIA*.

[18] Within this overall purpose an appropriate interpretation must be given to the following definition of "property" in s. 2 of the *BIA*:

"property" means any type of property, whether situated in Canada or elsewhere, and includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, as well as obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

[19] The *PPSA*, on the other hand, is designed to facilitate the creation of a security interest to enable holders of personal property to use it as collateral, and to enable lenders to predict accurately the priority of their claims against the assets in question.

Proceeding from the premise that all security agreements are designed to accomplish the same end and that borrowers usually have little bargaining power, the *PPSA* prescribes a detailed system for the regulation of default rights and remedies which is designed to provide consistency and fairness in the enforcement of security interests.

(J. S. Ziegel, B. Geva and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3rd ed. 1995), vol. III, at p. 18)

qui consiste à assurer la bonne administration des affaires du failli en maintenant un juste équilibre entre les droits des créanciers et l'opportunité de permettre au failli de repartir à neuf : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7. Le paragraphe 67(1) exclut certains types de biens du patrimoine attribué aux créanciers afin de permettre au failli de subsister jusqu'à sa libération et de repartir ensuite à neuf. Ces exclusions ne s'apparentent guère, selon moi, à l'exclusion proposée d'un élément d'actif de grande valeur comme un permis de pêche commerciale. Si M. Saulnier avait « vendu » ses permis avant sa libération, le produit de la vente aurait, semble-t-il, été considéré comme un bien acquis après la faillite et faisant partie du patrimoine attribué à ses créanciers en vertu de l'al. 67(1)c) de la *LFI*.

[18] C'est au regard de ce contexte général qu'il faut déterminer le sens qu'il convient de donner à la définition d'un « bien » à l'art. 2 de la *LFI*, qui est reproduit ci-dessous :

« bien » Bien de toute nature, qu'il soit situé au Canada ou ailleurs. Sont compris parmi les biens les biens personnels et réels, en droit ou en equity, les sommes d'argent, marchandises, choses non possessoires et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de domaines, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, sur des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

[19] Quant à elle, la *PPSA* vise à faciliter la création de sûretés permettant aux détenteurs de biens personnels de les offrir en garantie et aux prêteurs de connaître avec précision le rang de leur réclamation à l'égard des biens en question.

[TRADUCTION] Partant du principe que tous les contrats de garantie visent le même objectif et que les emprunteurs ont généralement un faible pouvoir de négociation, la *PPSA* établit un système détaillé régissant les droits et recours en cas de défaut, dans le but de garantir l'uniformité et l'équité dans l'exécution des sûretés.

(J. S. Ziegel, B. Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions : Cases, Text and Materials* (3<sup>e</sup> éd. 1995), vol. III, p. 18)



To the same effect see *C.I.B.C. v. Marathon Realty Co.*, [1987] 5 W.W.R. 236 (Sask. C.A.), at p. 247, and *Credit Suisse Canada v. 1133 Yonge Street Holdings Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 632 (C.A.).

[20] Within that overall purpose, an interpretation must be given to the somewhat circular definitions given in s. 2 of the *PPSA*:

(w) “intangible” means personal property that is not goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument or money;

. . .

(ad) “personal property” means goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument, money or an intangible;

[21] Of course a creditor/lender who enters into a security agreement that is not registerable under the *PPSA* may still have contractual rights against the borrower. However, the objective of lenders is to achieve priority (or to know in advance what priority they *can* achieve) over other claimants. Otherwise a miscreant could enter into a series of unregistered financing agreements purporting to use and re-use the same boat and licence as collateral.

#### B. *The Interest Conferred by a Fishing Licence*

[22] The fishery is a public resource. The fishing licence permits the holder to participate for a limited time in its exploitation. The fish, once caught, become the property of the holder. Accordingly, the fishing licence is more than a “mere licence” to do that which is otherwise illegal. It is a licence coupled with a proprietary interest in the harvest from the fishing effort contingent, of course, on first catching it.

[23] It is extremely doubtful that a simple licence could itself be considered property at common law. See generally A. M. Honoré, “Ownership”, in

Au même effet, voir *C.I.B.C. c. Marathon Realty Co.*, [1987] 5 W.W.R. 236 (C.A. Sask.), p. 247, et *Credit Suisse Canada c. 1133 Yonge Street Holdings Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 632 (C.A.).

[20] Il nous faut, dans le cadre de cet objectif général, donner un sens aux définitions plutôt circulaires figurant à l’art. 2 de la *PPSA* :

w) « bien immatériel » Bien personnel qui n’est pas un objet, un titre, un titre de créance garanti, une valeur mobilière, un effet ou une somme d’argent;

. . .

ad) « bien personnel » Objet, titre, titre de créance garanti, valeur mobilière, effet, somme d’argent ou bien immatériel;

[21] Certes, un créancier prêteur ayant conclu un contrat de garantie qui n’est pas enregistrable sous le régime de la *PPSA* peut quand même avoir des droits contractuels à exercer contre l’emprunteur. Toutefois, l’objectif de chaque prêteur est d’obtenir priorité sur les réclamations des autres créanciers (ou de savoir à l’avance quel rang *pourra* prendre sa créance). Autrement, un mécréant pourrait signer une série de contrats de financement non enregistrés cédant apparemment tous en garantie le même bateau et le même permis.

#### B. *L’intérêt conféré par un permis de pêche*

[22] Les ressources halieutiques constituent une ressource publique. Le permis de pêche autorise son titulaire à participer à l’exploitation de cette ressource pendant une période limitée. Une fois capturé, le poisson devient la propriété du titulaire du permis. En conséquence, le permis de pêche représente davantage qu’un « simple permis » d’exercer une activité qui autrement serait illégale. Il constitue un permis auquel se rattache un intérêt propriétaire sur le fruit des efforts de pêche, à condition bien sûr de capturer quelque chose.

[23] Il est extrêmement douteux qu’un simple permis puisse en soi être considéré comme un bien en common law. Voir, de façon générale,

A. G. Guest, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961). On the other hand, if not property in the common law sense, a fishing licence is unquestionably a major commercial asset.

[24] Successive Ministers of Fisheries have issued policies underscoring their support for stability in the fishing industry, which necessitates continuity in the ranks of licence holders. Despite a policy favouring stability and continuity, the Minister's *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada, 1996* seeks to guard against any notion that such licences should be read as conferring a property interest on licence holders, which could possibly impose a fetter on the exercise of the Minister's "absolute discretion" in their issuance. Thus s. 5(a) of the Licensing Policy states:

A "licence" grants permission to do something which, without such permission, would be prohibited. As such, a licence confers no property or other rights which can be legally sold, bartered or bequeathed. Essentially, it is a privilege to do something, subject to the terms and conditions of the licence.

The Minister's statement of policy expresses a departmental position that has no regulatory status and which, in the eye of the law, does not add to or subtract from his "absolute discretion" under s. 7(1) of the *Fisheries Act* to issue licences. Nor does this informal policy determine whether the licence can be construed as "property" for the purposes of the *BIA* and *PPSA*. The reality, as found by the courts below, is that the commercial market operates justifiably on the assumption that licences can be transferred on application to the Minister with the consent of the existing licence holder, that licences will be renewed from year to year, and that the Minister's policy will not be changed to the detriment of the existing licence holders. Thus, despite the Minister's protestations, the market attributes a high market value to what might otherwise be seen, as some of the cases put it, as a "transitory and ephemeral" right.

A. M. Honoré, « Ownership », dans A. G. Guest, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961). Par contre, si un permis de pêche n'est pas un bien au sens de la common law, il constitue indiscutablement un élément d'actif commercial très important.

[24] Les ministres qui se sont succédé à Pêches et Océans Canada ont établi des politiques témoignant de leur souci de soutenir la stabilité du secteur de la pêche, ce qui nécessite une continuité dans les rangs des titulaires de permis. Malgré une orientation favorable à la stabilité et à la continuité, la *Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'est du Canada, 1996* émanant du ministre tente d'écarter l'idée que ces permis devraient être interprétés comme conférant un intérêt de propriété à leurs titulaires, ce qui pourrait limiter l'exercice du pouvoir du ministre de les délivrer « à discrétion ». Ainsi, l'alinéa 5(a) de cette politique précise :

Un « permis » autorise une activité qui autrement est interdite. Un permis ne confère donc aucun droit de propriété ou aucun autre droit pouvant être légalement vendu, échangé ou légué. Il s'agit essentiellement du privilège de mener une activité, mais sous réserve des conditions liées au permis.

L'énoncé de politique du ministre exprime une position du ministère qui n'a aucune valeur réglementaire et qui, en droit, n'ajoute ni ne retranche rien au pouvoir du ministre de délivrer des permis « à discrétion » en vertu du par. 7(1) de la *Loi sur les pêches*. Cette politique informelle ne détermine pas non plus si le permis peut être considéré comme un « bien » pour l'application de la *LFI* et de la *PPSA*. En réalité, comme l'ont constaté les juridictions inférieures, le secteur de la pêche commerciale présume, à juste titre, que les permis peuvent être transférés sur demande au ministre, avec le consentement du titulaire de permis actuel, que les permis seront renouvelés, d'une année à l'autre, et que la politique ministérielle ne sera pas modifiée au détriment de ceux qui détiennent déjà un permis. Ainsi, malgré les protestations du ministre, le marché attribue une valeur marchande élevée à ce qui pourrait autrement être considéré comme un droit [TRADUCTION] « transitoire et éphémère », pour reprendre les termes utilisés dans certaines décisions.

[25] The jurisprudence indicates a number of different approaches.

(i) The Traditional “Property” Approach

[26] The appellants rely on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640. In that case, the court dismissed the trust company’s claim that a valuable tobacco quota listed in a chattel mortgage could properly be made the subject of Ontario PPSA registration. Cory J.A., as he then was, referred to some traditional indicia of rights of property and concluded that renewal of the tobacco quota year to year was subject to the “unfettered discretion of the [Tobacco B]oard” and that the quota itself was “transitory and ephemeral” (pp. 647-48). Accordingly, the quota did “not constitute intangible personal property as that term is utilized” in the Ontario PPSA (p. 649). The Quebec Court of Appeal reached a similar conclusion under the BIA in relation to a fishing licence in *Noël (Syndic) (Re)*, [1994] Q.J. No. 978 (QL).

[27] The *Bouckhuys* approach has been followed in some of the Ontario PPSA cases; see e.g. *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hallahan* (1990), 69 D.L.R. (4th) 449 (Ont. C.A.), and *Bank of Montreal v. Bale* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114 (Ont. C.A.), but it has been criticized as insufficiently sensitive to the particular context of personal property security legislation, which (so the critics say) commands a broader concept of intangible property if the purposes of that legislation are to be achieved. See e.g. J. S. Ziegel and D. L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis* (1994), at pp. 41-42. As discussed below, more recent cases have tended to restrict *Bouckhuys* to its facts. Even in the “regulatory cases” the courts now adopt a more purposeful approach to the definitions in the BIA and in personal property security legislation, and consider traditional common law notions of

[25] La jurisprudence propose plusieurs approches.

(i) L’approche fondée sur la définition traditionnelle d’un « bien »

[26] Les appelants s’appuient sur l’arrêt *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640, dans lequel la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’argument de la société de fiducie selon lequel un contingent de tabac de grande valeur inclus dans un acte d’hypothèque mobilière pouvait faire l’objet d’un enregistrement sous le régime de la loi ontarienne sur les sûretés mobilières. Le juge Cory, plus tard juge de notre Cour, a mentionné certains indices traditionnels de l’existence d’un droit de propriété et a conclu que le renouvellement d’un contingent de tabac année après année était assujéti au [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire absolu de la commission [du tabac] » et que le contingent lui-même était « transitoire et éphémère » (p. 647-648). Par conséquent, le contingent ne « constitu[ait] pas un bien personnel immatériel au sens de la *Loi sur les sûretés mobilières* » de l’Ontario (p. 649). La Cour d’appel du Québec a tiré une conclusion similaire relativement à un permis de pêche pour l’application de la LFI dans *Noël (Syndic) (Re)*, [1994] J.Q. n° 978 (QL).

[27] L’approche adoptée dans *Bouckhuys* a été appliquée dans certaines décisions mettant en cause la loi ontarienne sur les sûretés mobilières; voir, à titre d’exemple, *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Hallahan* (1990), 69 D.L.R. (4th) 449 (C.A. Ont.), et *Bank of Montreal c. Bale* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114 (C.A. Ont.). Certains estiment toutefois que cette approche ne tient pas suffisamment compte du contexte particulier de la législation sur les sûretés mobilières, qui commande une conception plus large de la notion de biens immatériels, laquelle serait essentielle, selon les critiques, à la réalisation de ses objectifs. Voir J. S. Ziegel et D. L. Denomme, *The Ontario Personal Property Security Act : Commentary and Analysis* (1994), p. 41-42. Comme je l’explique plus loin, la jurisprudence plus récente tend à restreindre la portée de l’arrêt *Bouckhuys* aux faits qui lui sont propres. Même dans les décisions axées sur l’approche

property as less of a stumbling block to recognition of licences and quotas as “property” for statutory purposes. I agree with this evolution.

[28] In any event, there is a significant difference between a quota (as in *Bouckhuys*) and a fishing licence, which bears some analogy to a common law *profit à prendre* which is undeniably a property right. A *profit à prendre* enables the holder to enter onto the land of another to extract some part of the natural produce, such as crops or game birds (B. Ziff, *Principles of Property Law* (2nd ed. 1996), at pp. 333-34; *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; M. J. Mossman and W. F. Flanagan, *Property Law: Cases and Commentary* (2nd ed. 2004), at p. 545). Equally, a “profit of piscary” (being a type of *profit à prendre*) is recognized as a property right to fish in the privately owned waters of another.

[29] Fichaud J.A. in the court below noted numerous cases where it was held that “during the term of a license the license holder has a beneficial interest to the earnings from his license” (para. 37). See also: *Waryk v. Bank of Montreal* (1991), 85 D.L.R. (4th) 514 (B.C.C.A.), at pp. 521-24; *British Columbia Packers Ltd. v. Sparrow*, [1989] 4 C.N.L.R. 63 (B.C.C.A.), at p. 68; *Buston v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2720 (T.C.C.), at pp. 2733-34. This is another way of expressing substantially the same idea. The earnings flow from the catch which is lawfully reduced to possession at the time of the catch, as is the case with a *profit à prendre*.

[30] Some analytical comfort may be drawn in this connection from the observations of R. Megarry and H. W. R. Wade on *The Law of Real Property* (4th ed. 1975), at p. 779:

A licence may be coupled with some proprietary interest in other property. Thus the right to enter another

« réglementaire », les tribunaux adoptent maintenant une interprétation plus téléologique des définitions de la *LFI* et des lois sur les sûretés mobilières, et ils considèrent la notion traditionnelle de bien en common law comme un moins grand obstacle à la reconnaissance des permis et des contingents comme des « biens » pour l’application de ces lois. Je souscris à ce courant.

[28] Quoi qu’il en soit, il y a une grande différence entre un contingent (comme dans *Bouckhuys*) et un permis de pêche, qui s’apparente davantage à un profit à prendre en common law, lequel constitue sans conteste un droit de propriété. Un profit à prendre permet à celui qui en est titulaire d’accéder au bien-fonds d’une autre personne pour en extraire une partie des produits naturels, comme les récoltes ou le gibier à plumes (B. Ziff, *Principles of Property Law* (2<sup>e</sup> éd. 1996), p. 333-334; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; M. J. Mossman et W. F. Flanagan, *Property Law : Cases and Commentary* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 545). De même, un « profit de pêche » (un type de profit à prendre) est reconnu comme un droit de propriété sur le poisson qui se trouve dans des eaux privées appartenant à une autre personne.

[29] Le juge Fichaud a mentionné, dans l’arrêt dont appel, de nombreuses décisions portant que [TRADUCTION] « pendant la durée de validité d’un permis, son titulaire a un intérêt bénéficiaire dans les revenus qu’il génère » (par. 37). Voir également : *Waryk c. Bank of Montreal* (1991), 85 D.L.R. (4th) 514 (C.A.C.-B.), p. 521-524; *British Columbia Packers Ltd. c. Sparrow*, [1989] 4 C.N.L.R. 63 (C.A.C.-B.), p. 68; *Buston c. Canada*, [1993] A.C.I. n<sup>o</sup> 426 (QL) (C.C.I.), par. 45-51. C’est une autre façon d’exprimer essentiellement la même idée. Les revenus proviennent des poissons dont la prise de possession, en droit, coïncide avec le moment de leur capture, comme dans le cas d’un profit à prendre.

[30] Les observations formulées par R. Megarry et H. W. R. Wade dans *The Law of Real Property* (4<sup>e</sup> éd. 1975), p. 779, supportent cette analyse dans une certaine mesure :

[TRADUCTION] Un permis peut être assorti d’un intérêt propriétaire sur un autre bien. Ainsi, le droit d’accéder au

man's land to hunt and take away the deer killed, or to enter and cut down a tree and take it away, involves two things, namely, a licence to enter the land and the grant of an interest (a profit à prendre) in the deer or tree.

And at p. 822:

A right to "hawk, hunt, fish and fowl" may thus exist as a profit, for this gives the right to take creatures living on the soil which, when killed, are capable of being owned.

(See also *Kelly v. Kelly* (1990), 92 A.L.R. 74 (H.C.); *Pennington v. McGovern* (1987), 45 S.A.S.R. 27 (S.C.).)

[31] The analogy of a commercial fishing licence to the *profit à prendre* has already been noted by the High Court of Australia in *Harper v. Minister for Sea Fisheries* (1989), 168 C.L.R. 314. In that case a challenge was made to the authority of the Tasmanian government to issue a licence to fish for abalone, *inter alia*, in the Australian fishing zone beyond the coastal waters of the state of Tasmania. The facts are far removed from our case, as is the relevant statutory regime, yet of interest are the observations of Brennan J. with whom Dawson, Toohey and McHugh JJ. concurred:

A fee paid to obtain such a privilege is analogous to the price of a profit à prendre; it is a charge for the acquisition of a right akin to property. Such a fee may be distinguished from a fee exacted for a licence merely to do some act which is otherwise prohibited (for example, a fee for a licence to sell liquor) where there is no resource to which a right of access is obtained by payment of the fee. [p. 335]

[32] The concurring judgment of Mason C.J., Deane and Gaudron JJ. pointed out that notwithstanding its resemblance in some respects to a *profit à prendre*, the fishing licence is nevertheless a statutory creation:

What was formerly in the public domain is converted into the exclusive but controlled preserve of those who

bien-fonds d'une autre personne pour chasser le cerf et d'emporter l'animal abattu, ou d'accéder au bien-fonds, d'y couper un arbre et de l'emporter, comporte deux éléments : la permission d'accéder au bien-fonds et la concession d'un droit (un profit à prendre) sur le cerf ou l'arbre.

Et à la p. 822 :

Le droit « de chasser au faucon, de chasser le gros et le petit gibier et de pêcher » peut donc constituer un profit à prendre, étant donné que ce droit confère celui de prendre, sur le bien-fonds, des êtres vivants qui, une fois tués, deviennent susceptibles d'appropriation.

(Voir également *Kelly c. Kelly* (1990), 92 A.L.R. 74 (H.C.); *Pennington c. McGovern* (1987), 45 S.A.S.R. 27 (C.S.).)

[31] L'analogie entre un permis de pêche commerciale et le profit à prendre a déjà été mentionnée par la Haute Cour d'Australie dans *Harper c. Minister for Sea Fisheries* (1989), 168 C.L.R. 314. Dans cette affaire, on contestait l'autorité du gouvernement tasmanien de délivrer un permis de pêche à l'ormeau, notamment, dans la zone de pêche australienne, au-delà des eaux côtières de l'État de Tasmanie. Le contexte factuel et le régime législatif en cause étaient très différents de ceux qui nous occupent, mais les observations du juge Brennan, auxquelles ont souscrit les juges Dawson, Toohey et McHugh, sont néanmoins pertinentes :

[TRADUCTION] Les droits versés pour obtenir un tel privilège s'apparentent au prix à payer pour acquérir un profit à prendre; il s'agit de frais payables pour acquérir un droit analogue à un droit de propriété. On peut distinguer ces droits des droits exigés pour obtenir un permis conférant simplement le droit de faire quelque chose qui autrement serait interdit (par exemple, les droits versés en vue d'obtenir un permis pour la vente de boissons alcooliques), et dont le versement ne confère pas de droit d'accès à une ressource. [p. 335]

[32] Dans leurs motifs concordants, le juge en chef Mason et les juges Deane et Gaudron soulignent que, bien qu'il ressemble à certains égards à un profit à prendre, le permis de pêche est néanmoins une création de la loi :

[TRADUCTION] Ce qui faisait autrefois partie du domaine public est maintenant réservé de façon exclusive, mais à

hold licences. The right of commercial exploitation of a public resource for personal profit has become a privilege confined to those who hold commercial licences. This privilege can be compared to a profit à prendre. In truth, however, it is an entitlement of a new kind created as part of a system for preserving a limited public natural resource . . . [p. 325]

[33] In my view these observations are helpful. A fishing licence is, no doubt, a creature of the *Fisheries Act* and its *Regulations*. Our Court has already emphasized the broad scope and discretion of the Minister in relation to such licences in *Comeau's Sea Foods*. Nevertheless, there are important points of analogy between the fishing licences issued to the appellant Saulnier and the form of common law property called a *profit à prendre*, which may include a profit of piscary. If the question were whether a fishing licence is a *profit à prendre*, the answer would almost certainly be no. But that is not the question. The question before us is whether the fishing licences thus conceived can satisfy the statutory definition of the *BIA* and *PPSA*, purposefully interpreted.

[34] My point is simply that the subject matter of the licence (i.e. the right to participate in a fishery that is exclusive to licence holders) coupled with a proprietary interest in the fish caught pursuant to its terms, bears a reasonable analogy to rights traditionally considered at common law to be proprietary in nature. It is thus reasonably within the contemplation of the definition of "property" in s. 2 of the *BIA*, where reference is made to a "profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property". In this connection the property in question is the fish harvest.

[35] Of course, the holder's rights under a fishing licence are limited in time, place and the manner of their exercise by the *Fisheries Act* and *Regulations*. To say that the fishing licence is *coupled* with a proprietary interest does not encumber the Minister's discretion with proprietary fetters. The analogy used for present purposes does not prevail over the legislation. The licence is no more

certaines conditions, aux titulaires de permis. Le droit d'exploiter une ressource publique à des fins commerciales pour son profit personnel est devenu un privilège réservé à ceux qui détiennent un permis commercial. Ce privilège peut se comparer à un profit à prendre. En vérité, toutefois, il s'agit d'une nouvelle sorte de droit faisant partie d'un système visant à préserver une ressource naturelle publique qui n'est pas illimitée . . . [p. 325]

[33] À mon avis, ces observations sont utiles. Il ne fait pas de doute qu'un permis de pêche est une création de la *Loi sur les pêches* et du *Règlement*. Dans *Comeau's Sea Foods*, notre Cour a déjà souligné la grande latitude et le vaste pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministre en ce qui concerne ces permis. Il n'en demeure pas moins qu'il existe d'importantes similitudes entre les permis de pêche délivrés à l'appelant Saulnier et le droit de propriété appelé profit à prendre en common law, qui inclut un profit de pêche. S'il s'agissait de déterminer si un permis de pêche *est* un profit à prendre, il faudrait sans doute répondre par la négative. Mais là n'est pas la question. Il s'agit plutôt de déterminer si, vus sous cet angle, les permis de pêche répondent aux définitions énoncées dans la *LFI* et la *PPSA*, interprétées en fonction de leur objet.

[34] Je veux simplement souligner que l'objet du permis (c.-à-d. le droit de participer à une pêche réservée aux titulaires de permis), assorti d'un intérêt propriétaire sur les prises effectuées conformément au permis, s'apparente raisonnablement à des droits que la common law considère traditionnellement comme de nature propriétaire. Il peut donc raisonnablement être inclus dans la définition du terme « bien » énoncée à l'art. 2 de la *LFI*, qui fait mention des « profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, sur des biens, ou en provenant ou s'y rattachant ». Dans ce contexte, les biens en cause sont les poissons capturés.

[35] Bien sûr, la *Loi sur les pêches* et le *Règlement* limitent les droits du titulaire d'un permis de pêche quant à la durée, au lieu et aux modalités de leur exercice. Dire que le permis de pêche est *assorti* d'un intérêt propriétaire n'a pas pour effet de soumettre le pouvoir discrétionnaire du ministre à des contraintes liées au droit propriétaire. L'analogie utilisée dans les présents motifs n'a pas préséance sur la

and no less than is described in the relevant legislation. Nevertheless, during its lifetime, however fragile, the fishing licence clearly confers something more than a “mere” permission to do something which is otherwise illegal.

(ii) The Regulatory Approach

[36] *Bouckhuys* resulted in a line of cases in which licences and quotas were held to be intangible property (or not) according to the degree of renewal discretion vested in the issuing authority. In *Sugarman (in trust) v. Duca Community Credit Union Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 257 (C.A.), the court distinguished *Bouckhuys* on the basis that the authority issuing nursing home licences was bound to grant licences to operators that qualified, with little discretion to refuse, and an administrative appeal procedure in the event issuance or renewal was refused. See also *Foster (Re)* (1992), 89 D.L.R. (4th) 555 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 564-65. The Nova Scotia Court of Appeal in the present case adopted a variant of the “regulatory” approach in holding that a licence holder’s ability to request a renewal or reissuance of a licence to its designate, and to resist an arbitrary denial by the Minister, forms part of a “bundle of rights” which collectively constitute a type of property in which a security interest can be taken. A somewhat similar approach was taken in the English case of *Re Rae*, [1995] B.C.C. 102, where the Court of Chancery held that a Minister’s stated policy of renewing licences (similar to the policy in Canada) created what the Minister herself described as an “entitlement” sufficient to bring the fishing licence into the bankrupt’s estate. It should be noted, however, that under the English legislation, unlike the Canadian legislation, a licence is issued “in respect of a named vessel”, and the court was therefore able to say that the licence was an interest “incidental to property, namely his vessels” (p. 113).

loi. Le permis est tel que la législation applicable le décrit — sans plus, ni moins. Néanmoins, pendant sa durée, si incertaine soit-elle, le permis de pêche confère manifestement plus qu’une « simple » permission de faire quelque chose qui autrement serait illégal.

(ii) L’approche réglementaire

[36] L’arrêt *Bouckhuys* a produit une série de décisions dans lesquelles des permis et des contingents ont été considérés ou non comme des biens immatériels, selon l’étendue du pouvoir discrétionnaire des autorités responsables de leur renouvellement. Dans *Sugarman (in trust) c. Duca Community Credit Union Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 257 (C.A.), la cour a établi une distinction d’avec l’affaire *Bouckhuys*, parce que l’autorité chargée de délivrer des permis aux maisons de soins infirmiers était tenue d’accorder un permis aux exploitants admissibles, son pouvoir discrétionnaire de leur refuser un permis était limité et son refus, le cas échéant, de délivrer ou de renouveler le permis pouvait faire l’objet d’un appel administratif. Voir également *Foster (Re)* (1992), 89 D.L.R. (4th) 555 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 564-565. Dans l’affaire qui nous occupe, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a adopté une variante de l’approche « réglementaire » en statuant que la capacité d’un titulaire de permis d’en demander le renouvellement, ou la redélivrance à la personne qu’il désigne, et de contester un refus arbitraire du ministre fait partie d’un « faisceau de droits » qui constituent, collectivement, un type de bien susceptible d’être grevé d’une sûreté. Une approche semblable a été appliquée dans l’arrêt britannique *Re Rae*, [1995] B.C.C. 102, où la Cour de la Chancellerie a statué que la politique de renouvellement des permis émanant d’un ministre (analogue à la politique applicable au Canada) créait ce que la ministre, elle-même, décrivait comme un « droit » suffisant pour que le permis de pêche soit inclus dans l’actif du failli. Il faut toutefois noter que, contrairement à la législation canadienne, la loi britannique prévoit la délivrance de permis [TRADUCTION] « à l’égard d’un bateau déterminé », ce qui a permis à la cour de conclure que le permis en cause constituait un intérêt [TRADUCTION] « accessoire à des biens, à savoir ses bateaux » (p. 113).

[37] In my view, the debate about the extent to which licences are “transitory and ephemeral” is of limited value. A lease of land for one day or one hour is undeniably a property interest, as is a lease terminable at pleasure. A third party may be willing to pay “key money” to take over a shop lease that is soon to expire in the expectation (reasonable or not) that a renewal will be forthcoming. Uncertainties of renewal do not detract from the interest presently possessed by the holder, but nor does an expectation of renewal based on a Minister’s policy which could change tomorrow, transform a licence into a property interest.

[38] A difficulty with the “regulatory approach” is that there are no clear criteria to determine how much “fetter” on the issuing authority’s discretion is enough to transform a “mere licence” into some sort of interest sufficient to satisfy the statutory definitions in the *BIA* and the *PPSA*. In *Bouckhuys*, the fetters on the authority issuing tobacco quota were considered too weak, the discretion too great, to qualify the tobacco quota as Ontario *PPSA* “property”. In *Sugarman* and *Foster* the “fetters” placed on the issuing authorities of nursing home licences and taxi licences, respectively, were thought to be enough to confer a proprietary interest within the terms of the Ontario *PPSA*. The regulatory frameworks in all three cases were different to be sure, but at what point does a licence that does not qualify under personal property security legislation become transformed into a qualifying licence? See generally T. Johnson, “Security Interests in Discretionary Licences Under the *Ontario Personal Property Security Act*” (1993), 8 *B.F.L.R.* 123, at p. 240; J. S. Ziegel, “Regulated Licences and the *OPPSA*: No End in Sight to the Judicial Imbroglia” (1998), 30 *Can. Bus. L.J.* 284, at p. 284. The cases do not suggest an answer. No doubt criteria will emerge more clearly as cases that rely on a “regulatory approach” evolve. In this respect, however, I do not believe the “judicial review” paradigm offered by the Nova Scotia Court of Appeal in this case is helpful. The *Regulations* permit *anyone* to apply for a fisheries licence and *everyone* is entitled to a

[37] À mon avis, le débat sur l’étendue du caractère « transitoire et éphémère » des permis se révèle d’une utilité limitée. Un bail foncier d’une journée ou d’une heure constitue sans conteste un intérêt de propriété, tout comme un bail résiliable en tout temps. Un tiers peut être prêt à payer un « pas de porte » pour obtenir la cession du bail d’un magasin peu avant qu’il expire en s’attendant (raisonnablement ou non) à ce qu’il soit renouvelé incessamment. Le fait que le renouvellement ne soit pas garanti ne diminue en rien l’intérêt que possède le titulaire du permis, mais la perspective du renouvellement d’un permis conformément à une politique du ministre qui pourrait en tout temps être modifiée, ne transforme pas non plus un permis en intérêt de propriété.

[38] L’« approche réglementaire » pose problème notamment parce qu’elle ne comporte aucun critère clair pour déterminer dans quelle mesure le pouvoir discrétionnaire de l’autorité chargée d’accorder le permis doit être « limité » pour qu’un « simple permis » se transforme en un intérêt suffisant pour répondre aux définitions énoncées dans la *LFI* et la *PPSA*. Dans *Bouckhuys*, les limites imposées à l’autorité chargée de délivrer un contingent de tabac ont été jugées trop faibles, son pouvoir discrétionnaire trop large, pour que le contingent de tabac puisse être considéré comme un « bien » au sens de la loi ontarienne sur les sûretés mobilières. Dans *Sugarman* et *Foster*, les « limites » imposées à l’autorité chargée de délivrer respectivement des permis de maisons de soins infirmiers et des permis de taxi ont été jugées suffisantes pour conférer un intérêt propriétaire au sens de la loi ontarienne sur les sûretés mobilières. Certes, ces trois arrêts mettaient en cause des régimes réglementaires différents, mais il y a lieu de se demander à quelles conditions un permis inadmissible pour l’application d’une loi sur les sûretés mobilières peut devenir admissible. Voir, de façon générale, T. Johnson, « Security Interests in Discretionary Licences Under the *Ontario Personal Property Security Act* » (1993), 8 *B.F.L.R.* 123, p. 240; J. S. Ziegel, « Regulated Licences and the *OPPSA* : No End in Sight to the Judicial Imbroglia » (1998), 30 *Rev. can. dr. comm.* 284, p. 284. La jurisprudence ne répond pas à cette question. Des critères plus nets ressortiront sans



ministerial decision that complies with procedural fairness. I cannot agree that these elements are capable, as such, of constituting a licence “property” in the hands of a holder.

[39] In any event, I agree with the observation adopted by Major J. in *Comeau’s Sea Foods* that he could not find in the fisheries legislation any legal underpinning for the “vesting” of an interest in a licence “beyond the rights which it gives for the year in which it was issued” (para. 33). See also *Joliffe v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 511 (T.D.), at p. 520; *Bennett, Re* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314 (B.C.S.C.); *Ward (Bankrupt), Re* (2000), 229 N.B.R. (2d) 121 (Q.B.), and *Dugas, Re* (2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200. To the extent the regulatory cases are considered relevant here they do not assist the appellants, in my opinion. Section 7(1) of the *Fisheries Act* says that the Minister’s discretion is “absolute”.

[40] However, I do not believe the prospect of renewal, whether or not subject to an “unfettered” discretion, is determinative. For present purposes the appellants do not have to prove a renewal or even the reasonable prospect of it. The question under the *PPSA* is whether the holder (in this case the appellant Saulnier) had a qualifying interest in the licence either *at the time he entered into a GSA* with the Royal Bank in April 1999, or at the time the Bank sought to realize on Saulnier’s after-acquired property, and the question under the *BIA* is whether he had a qualifying interest within the meaning of that Act *when he made an assignment in bankruptcy* on July 8, 2004.

doute graduellement des décisions qui s’appuieront sur l’approche réglementaire. Je ne crois toutefois pas que le paradigme de « contrôle judiciaire » proposé par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse en l’espèce soit utile à cet égard. Le *Règlement* permet à *quiconque* de présenter une demande de permis de pêche et *chacun* a droit à une décision ministérielle qui respecte l’équité procédurale. Je ne peux être d’accord pour dire que ces éléments peuvent, en eux-mêmes, faire en sorte qu’un permis constitue un « bien » de son titulaire.

[39] Quoi qu’il en soit, je souscris à la remarque que le juge Major a fait sienne dans *Comeau’s Sea Foods*, selon laquelle il lui était impossible de trouver dans la législation sur les pêcheries un fondement juridique à l’« octroi » d’un intérêt dans un permis « au-delà des droits qui sont accordés pour l’année pour laquelle il est délivré » (para. 33). Voir également *Joliffe c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 511 (1<sup>re</sup> inst.), p. 520; *Bennett, Re* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314 (C.S.C.-B.); *Ward (Bankrupt), Re* (2000), 229 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121 (B.R.), et *Dugas, Re* (2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200. Dans la mesure où les arrêts fondés sur l’approche réglementaire sont pertinents en l’espèce, j’estime qu’ils ne sont d’aucune utilité pour les appelants. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* prévoit que le ministre peut octroyer des permis de pêche « à discrétion ».

[40] Toutefois, je ne crois pas que la perspective d’un renouvellement, assujéti ou non à un pouvoir discrétionnaire « illimité », soit déterminante. En l’occurrence, les appelants ne sont pas tenus de prouver un renouvellement ni même la perspective raisonnable d’un renouvellement. La question qui se pose dans le contexte de la *PPSA* est de savoir si le titulaire du permis (en l’espèce, l’appelant Saulnier) avait un intérêt admissible dans le permis *au moment où il a conclu un CGG* avec la Banque Royale en avril 1999, ou au moment où la banque a voulu réaliser sa sûreté sur les biens acquis ultérieurement par M. Saulnier, et celle qui se pose dans le contexte de la *LFI* est de savoir s’il avait un intérêt admissible au sens de cette loi *lorsqu’il a fait cession de ses biens* le 8 juillet 2004.

(iii) The “Commercial Realities” Approach

[41] This approach is well illustrated by the trial decision of Kennedy C.J.S.C. in this case, who put the argument succinctly:

That evidence confirms my understanding, that on the east coast of Canada fishing licenses, particularly for lobster, are commonly exchanged between fishermen for a great deal of money.

Fishing vessels of questionable value are traded for small fortunes because of the licences that are anticipated to come with them.

To ignore commercial reality would be to deny creditors access to something of significant value in the hands of the bankrupt. That would be both artificial and potentially inequitable. [paras. 51-52 and 58]

Similar views have been expressed in other licensing contexts: see *Saskatoon Auction Mart Ltd. v. Finesse Holsteins* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67 (Sask. Q.B.); *G. Slocombe & Associates Inc. v. Gold River Lodges Ltd.* (2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840, at para. 8; and the English cases of *Re Celtic Extraction Ltd.*, [2000] 2 W.L.R. 991 (C.A.), at p. 1000, and *Swift v. Dairywise Farms Ltd.*, [2000] 1 W.L.R. 1177 (Ch.).

[42] The criticism of this approach is that many things that have commercial value do not constitute property, while the value of some property may be minimal. There is no necessary connection between proprietary status and commercial value. See generally T. G. W. Telfer, “Statutory Licences and the Search for Property: The End of the Imbroglia?” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 224, at p. 238. I agree with the Court of Appeal that “commercial realities” cannot legitimate wishful thinking about the notion of “property” in the *BIA* and the *PPSA*, although commercial realities provide an appropriate context in which to interpret the statutory provisions. The *BIA* and the *PPSA* are, after all, largely commercial statutes which should be interpreted

(iii) L’approche fondée sur la « réalité commerciale »

[41] La décision de première instance du juge en chef Kennedy, qui résume l’argument comme suit, illustre bien cette approche :

[TRADUCTION] Cette preuve confirme que, comme je l’ai compris, sur la côte est du Canada, les pêcheurs s’échangent couramment les permis de pêche, particulièrement les permis de pêche au homard, pour des sommes d’argent considérables.

Certains paient le prix fort pour des bateaux de pêche de valeur douteuse en raison des permis qu’ils s’attendent à obtenir du même coup.

Faire abstraction de la réalité commerciale équivaudrait à nier aux créanciers l’accès à un bien de grande valeur du failli, ce qui serait à la fois artificiel et potentiellement inéquitable. [par. 51-52 et 58]

Des points de vue semblables sur les permis ont été exprimés dans des contextes différents : voir *Saskatoon Auction Mart Ltd. c. Finesse Holsteins* (1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67 (B.R. Sask.); *G. Slocombe & Associates Inc. c. Gold River Lodges Ltd.* (2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840, par. 8; et dans les décisions britanniques *Re Celtic Extraction Ltd.*, [2000] 2 W.L.R. 991 (C.A.), p. 1000, et *Swift c. Dairywise Farms Ltd.*, [2000] 1 W.L.R. 1177 (Ch.).

[42] On a critiqué cette approche en soulignant que bien des choses ayant de la valeur sur le plan commercial ne constituent pas des biens, alors que certains biens ont très peu de valeur. Il n’y a pas nécessairement de lien entre la qualité de bien et la valeur commerciale. Voir, de façon générale, T. G. W. Telfer, « Statutory Licences and the Search for Property : The End of the Imbroglia? » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 224, p. 238. À l’instar de la Cour d’appel, je crois que la « réalité commerciale » ne saurait légitimer une perception de la notion de « bien » qui relève de la pensée magique dans le contexte de la *LFI* et de la *PPSA*, quoiqu’elle fournisse un contexte approprié pour l’interprétation des dispositions législatives en cause. Après tout, la

in a way best suited to enable them to accomplish their respective commercial purposes.

(iv) The Preferred Approach

[43] As described above, the holder of a s. 7(1) licence acquires a good deal more than merely permission to do that which would otherwise be unlawful. The holder acquires the right to engage in an exclusive fishery under the conditions imposed by the licence and, what is of prime importance, a proprietary right in the wild fish harvested thereunder, and the earnings from their sale. While these elements do not wholly correspond to the full range of rights necessary to characterize something as “property” at common law, the question is whether (even leaving aside the debate about the prospects of renewal) they are sufficient to qualify the “bundle of rights” the appellant Saulnier *did* possess as property for purposes of the statutes.

(a) *Fishing Licences Qualify as Property Within the Scope of Section 2 of the BIA*

[44] For ease of reference I repeat the relevant part of s. 2:

“property” means any type of property, whether situated in Canada or elsewhere, and includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, as well as obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

The terms of the definition are very wide. Parliament unambiguously signalled an intention to sweep up a variety of assets of the bankrupt not normally considered “property” at common law. This intention should be respected if the purposes of the *BIA* are to be achieved.

*LFI* et la *PPSA* sont des lois à caractère en grande partie commercial, qui devraient être interprétées de manière à favoriser la réalisation de leurs objectifs commerciaux respectifs.

(iv) L'approche à privilégier

[43] Comme je l'ai déjà expliqué, le titulaire d'un permis visé au par. 7(1) acquiert bien davantage que la simple permission de faire ce qui autrement serait illégal. Le titulaire acquiert le droit de participer à des activités de pêche exclusive en conformité avec les conditions fixées par le permis et, ce qui est de toute première importance, un droit propriétaire dans les poissons sauvages capturés en vertu de ce permis et dans les revenus tirés de leur vente. Bien que ces éléments ne correspondent pas entièrement à la totalité des droits nécessaires pour que quelque chose soit considéré comme un « bien » en common law, la question à résoudre est celle de savoir (même sans tenir compte du débat sur les perspectives de renouvellement) s'ils suffisent pour que le « faisceau de droits » que l'appelant Saulnier possédait *effectivement* soit considéré comme un bien pour l'application des lois.

a) *Les permis de pêche constituent des biens au sens de l'art. 2 de la LFI*

[44] Par souci de commodité, je reproduis ci-dessous l'extrait pertinent de l'art. 2 :

« bien » Bien de toute nature, qu'il soit situé au Canada ou ailleurs. Sont compris parmi les biens les biens personnels et réels, en droit ou en equity, les sommes d'argent, marchandises, choses non possesseurs et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de domaines, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, sur des biens, ou en provenant ou s'y rattachant;

Cette définition est très générale. Le législateur a clairement manifesté son intention d'englober un large éventail d'éléments d'actif du failli qui, en common law, ne sont pas habituellement considérés comme des « biens ». Pour assurer la réalisation des objectifs de la *LFI*, il faut respecter la volonté du législateur à cet égard.

[45] Reliance was placed on s. 16 of the *Regulations* which provides that a fishing licence is a “document” which is “the property of the Crown and is not transferable”. From this it was inferred that the licence, in its commercial dimension, is declared by the *Regulations* to be a property right in the hands of the Crown. I think s. 16 merely says that the *Regulations* contemplate that the *documentation* of the licence (as opposed to the licence itself) is the property of the Crown, in the same way that a Canadian Passport is declared to be the property of the Crown, not the holder: *Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2008] 1 F.C.R. 641, 2007 FCA 247, at para. 6. A fisher whose licence is suspended or revoked cannot refuse the Minister’s demand for a return of the documentation on the basis the Minister gave it to him and it is now his property.

[46] I prefer to look at the substance of what was conferred, namely a licence to participate in the fishery coupled with a proprietary interest in the fish caught according to its terms and subject to the Minister’s regulation. As noted earlier, the *BIA* is intended to fulfill certain objectives in the event of a bankruptcy which require, in general, that non-exempt assets be made available to creditors. The s. 2 definition of property should be construed accordingly to include a s. 7(1) fishing licence.

[47] It is true that the proprietary interest in the fish is contingent on the fish first being caught, but the existence of that contingency is contemplated in the *BIA* definition and is no more fatal to the proprietary status for *BIA* purposes than is the case with the equivalent contingency arising under a *profit à prendre*, which is undeniably a property interest.

[48] Counsel for the Attorney General of Canada was greatly concerned that a holding that the fishing licence is property in the hands of the holder even for limited statutory purposes might be raised in future litigation to fetter the Minister’s discretion, but I do not think this concern is well founded. The licence is a creature of the regulatory

[45] L’article 16 du *Règlement*, qui prévoit qu’un permis de pêche est un « document » qui « appartient à la Couronne et est inaccessibles » a été invoqué. D’où l’inférence que le *Règlement* consacre le permis, dans sa dimension commerciale, comme un droit de propriété de la Couronne. Selon moi, l’art. 16 dit simplement que, suivant le *Règlement*, le *document écrit* attestant la délivrance du permis (par opposition au permis proprement dit) appartient à la Couronne, de la même manière qu’il est prévu qu’un passeport canadien appartient à la Couronne, et non à son détenteur : *Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2008] 1 R.C.F. 641, 2007 CAF 247, par. 6. Un pêcheur dont le permis est suspendu ou révoqué ne peut refuser de retourner le document au ministre sous prétexte que ce dernier le lui a donné et qu’il lui appartient maintenant.

[46] Je préfère examiner l’essence de ce qui a été conféré, à savoir le permis de participer à la pêche auquel se rattache un intérêt propriétaire sur les poissons capturés en conformité avec les conditions du permis et sous réserve des règlements pris par le ministre. Comme je l’ai mentionné antérieurement, la *LFI* vise la réalisation de certains objectifs en cas de faillite qui exigent que, règle générale, les créanciers aient accès aux éléments d’actif non exclus. La définition d’un bien énoncée à l’art. 2 doit être interprétée en conséquence de façon à inclure un permis de pêche visé au par. 7(1).

[47] Il est vrai que, pour bénéficier d’un intérêt propriétaire sur les poissons, il faut d’abord les capturer, mais l’existence de cette condition se reflète dans la définition de la *LFI* et n’exclut pas davantage un intérêt propriétaire pour l’application de la *LFI* que ne l’exclut la condition équivalente propre au profit à prendre, qui constitue indéniablement un intérêt de propriété.

[48] L’avocat du procureur général du Canada s’est beaucoup inquiété de la possibilité qu’une éventuelle conclusion portant que le permis de pêche est un bien de son titulaire, même aux fins limitées prévues par la loi, soit invoquée dans d’autres litiges pour limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, mais j’estime que cette préoccupation n’est

system. Section 7(1) of the *Fisheries Act* speaks of the Minister's "absolute discretion". The Minister gives and the Minister (when acting properly within his jurisdiction under s. 9 of the Act) can take away, according to the exigencies of his or her management of the fisheries. The statute defines the nature of the holder's interest, and this interest is not expanded by our decision that a fishing licence qualifies for inclusion as "property" for certain statutory purposes.

[49] It follows that in my view the trustee was entitled to require the appellant Saulnier to execute the appropriate documentation to obtain a transfer of the fishing licences to the third party purchaser.

[50] It may well be that in the course of a bankruptcy the fishing licence will expire, or has already expired. If so, the trustee will have the same right as the original holder of an expired licence to go to the Minister to seek its replacement, and has the same recourse (or the lack of it) if the request is rejected. The bankrupt can transfer no greater rights than he possesses. The trustee simply steps into the shoes of the appellant Saulnier and takes the licence "warts and all".

(b) *The Fishing Licence Is Also "Personal Property" Within the Meaning of Section 2 of the PPSA*

[51] I repeat, for convenience, the relevant *PPSA* definitions:

(w) "intangible" means personal property that is not goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument or money;

. . .

(ad) "personal property" means goods, a document of title, chattel paper, a security, an instrument, money or an intangible;

The definition of "intangible" simply describes something that otherwise constitutes "personal

pas fondée. Le permis est une création du régime réglementaire. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* autorise le ministre à octroyer un permis « à discrétion ». Le ministre octroie les permis et il a le pouvoir de les révoquer (dans l'exercice régulier de sa compétence en application de l'art. 9) selon ce qu'exige sa gestion des pêches. La loi définit la nature de l'intérêt du titulaire du permis, et notre conclusion qu'un permis de pêche constitue un « bien » à certaines fins législatives n'élargit pas la portée de cet intérêt.

[49] Il s'ensuit, à mon avis, que le syndic était en droit d'exiger que l'appelant Saulnier signe les documents requis pour que les permis de pêche soient transférés au tiers acheteur.

[50] Il se peut fort bien qu'un permis de pêche expire ou ait déjà expiré avant la libération du failli. Si tel est le cas, le syndic aura, au même titre que le titulaire initial du permis expiré, le droit de demander au ministre de le remplacer et, en cas de refus, le droit d'exercer les mêmes recours que le titulaire initial (ou de n'en exercer aucun si celui-ci ne peut en exercer aucun). Le failli ne peut transférer des droits plus étendus que ceux qu'il possède. Le syndic prend simplement la place de l'appelant Saulnier et il prend possession du permis « avec tous ses défauts ».

b) *Le permis de pêche constitue également un « bien personnel » au sens de l'art. 2 de la PPSA*

[51] Par souci de commodité, je reproduis à nouveau les définitions pertinentes de la *PPSA* :

[TRADUCTION]

w) « bien immatériel » Bien personnel qui n'est pas un objet, un titre, un titre de créance garanti, une valeur mobilière, un effet ou une somme d'argent;

. . .

ad) « bien personnel » Objet, titre, titre de créance garanti, valeur mobilière, effet, somme d'argent ou bien immatériel;

Suivant la définition qui en est donnée, un « bien immatériel » est simplement ce qui constitue

property” but is not one of the listed types of *intangible* personal property. “Intangible” would include an interest created by statute having the characteristics of a licence coupled with an interest at common law as in the case of a *profit à prendre*. Again, to repeat, I do not suggest that a fishing licence constitutes a *profit à prendre* at common law, for clearly there would be numerous conceptual objections to such a characterization. Our concern is exclusively with the extended definitions of “personal property” in the context of a statute that seeks to facilitate financing by borrowers and the protection of creditors. In my view the grant by the Fisheries and Oceans Minister of a licence coupled with a proprietary interest as described above is sufficient to satisfy the *PPSA* definition.

[52] In this respect, the registration is therefore valid to include the s. 7(1) fishing licence and, in the absence of any other *PPSA* defence, the respondent bank is entitled to proceed with its *PPSA* remedies.

#### V. Disposition

[53] For these reasons I would uphold the result of the decision of the courts below and dismiss the appeal with costs in this Court to the respondents.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Nickerson Jacquard, Yarmouth.*

*Solicitors for the respondents: Wickwire Holm, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Seafood Producers Association of Nova Scotia, the Groundfish Enterprise Allocation Council, the*

autrement un « bien personnel », mais qui ne fait pas partie des biens personnels *matériels* énumérés. La notion de « bien immatériel » engloberait un intérêt d’origine législative, ayant les caractéristiques d’un permis assorti d’un intérêt en common law, comme dans le cas d’un profit à prendre. Je tiens à préciser encore une fois que je ne prétends pas qu’un permis de pêche constitue un profit à prendre en common law, car de nombreuses objections conceptuelles s’opposeraient à pareille qualification. Notre examen se limite aux définitions élargies de la notion de « bien personnel » dans le contexte d’une loi visant à faciliter l’obtention de financement et à protéger les créanciers. À mon avis, l’octroi par le ministre des Pêches et des Océans d’un permis assorti d’un intérêt propriétaire semblable à celui que nous venons de décrire répond à la définition énoncée dans la *PPSA*.

[52] À cet égard, l’enregistrement inclut donc valablement le permis de pêche visé au par. 7(1) et, comme aucun autre moyen de défense fondé sur la *PPSA* n’a été invoqué, la banque intimée est en droit d’exercer les recours qui y sont prévus.

#### V. Dispositif

[53] Pour ces motifs, je suis d’avis de confirmer le résultat des décisions des juridictions inférieures et de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour en faveur des intimées.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Nickerson Jacquard, Yarmouth.*

*Procureurs des intimées : Wickwire Holm, Halifax.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs des intervenants l’Association des producteurs de fruits de mer de la Nouvelle-Écosse, le Conseil des allocations aux entreprises*

*BC Seafood Alliance, the Canadian Association of Prawn Producers and the Fisheries Council of Canada: Stewart McKelvey, Halifax.*

*d'exploitation du poisson de fond, BC Seafood Alliance, l'Association canadienne des producteurs de crevettes et le Conseil canadien des pêches : Stewart McKelvey, Halifax.*

**David Mostyn Pritchard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. PRITCHARD**

**Neutral citation: 2008 SCC 59.**

File No.: 31970.

2008: April 18; 2008: October 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Classification of murder — Unlawful confinement and murder — Whether confinement during course of robbery is forcible confinement for purposes of classifying murder as first or second degree murder — Whether accused caused victim's death while committing forcible confinement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).*

M, a wholesale drug supplier, and his wife S, hid a large quantity of marijuana in a secret location on their farm about 250 to 300 meters away from the farmhouse. M left the farm for a few days. When he returned home, S was missing. S and M's footprints and those of at least one other person led to the marijuana stash. The marijuana was gone. There was no sign of a struggle and a search failed to locate S's body. Based on circumstantial evidence, the accused was charged with murdering S during the course of the robbery. At trial, the Crown argued that the accused had forced S at gunpoint to disclose where the marijuana was stashed and to transport the marijuana to a truck. The Crown also argued that S had been unlawfully confined and then murdered, therefore the jury could return a verdict of first degree murder pursuant to s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. The jury convicted the accused of first degree murder and the Court of Appeal upheld the conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 231(5) of the *Criminal Code* reflects Parliament's sentencing policy to treat murders committed in connection with crimes of domination as

**David Mostyn Pritchard** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PRITCHARD**

**Référence neutre : 2008 CSC 59.**

N° du greffe : 31970.

2008 : 18 avril; 2008 : 30 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Classification du meurtre — Séquestration et meurtre — La séquestration au cours d'un vol qualifié constitue-t-elle une séquestration pour la classification du meurtre comme meurtre au premier degré ou comme meurtre au deuxième degré? — L'accusé a-t-il causé la mort de la victime en commettant la séquestration? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).*

M, un fournisseur « en gros » de drogue, et sa femme S ont caché une grosse quantité de marijuana à un endroit secret de leur ferme situé à 250-300 mètres de la maison. M a quitté la ferme pour quelques jours. À son retour, S avait disparu. Les traces de pas de S et de M ainsi que celles d'au moins une autre personne menaient à la planque de marijuana. La marijuana avait disparu. Il n'y avait pas trace de lutte et une fouille n'a pas permis de trouver le corps de S. Sur le fondement d'une preuve circonstancielle, l'accusé a été inculpé du meurtre de S commis au cours d'un vol qualifié. Au procès, le ministère public a fait valoir que l'accusé avait forcé S sous la menace d'un fusil à révéler la planque de marijuana et à transporter la marijuana à un camion. Il a aussi soutenu que S avait été séquestrée, puis tuée, de sorte que le jury pouvait prononcer un verdict de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e du *Code criminel*. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré, et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 231(5) du *Code criminel* reflète la politique du Parlement en matière de détermination de la peine, qui est de considérer que les meurtres commis



particularly blameworthy and deserving of more severe punishment. In view of the wording of s. 231(5), second degree murder will be elevated to first degree murder where the murder is causally and temporally linked to one of the predicate offences set out in that provision in circumstances that make the killer's entire course of conduct a single transaction. Robbery, unlike unlawful confinement, is not a predicate offence under s. 231(5); however, S was unlawfully confined for the purposes of applying s. 231(5)(e) if she was coercively restrained or directed contrary to her wishes for any significant period of time before her death and her confinement was not limited to what was integral to the particular act of killing her. The word "forcible" used in s. 231(5)(e) adds nothing to the elements of the offence of unlawful confinement. [2] [19] [24-25] [27] [35]

To find the accused guilty of first degree murder, the jury had to find that S's death was part of a continuing series of events constituting a single transaction that establishes both her death and the distinct offence of unlawful confinement. The required temporal-causal connection is established if the unlawful confinement creates the continuing illegal domination of the victim that provides the accused with a position of power which he or she exploits in order to murder the victim. The fact that the series of events also discloses a robbery does not bar or alter the operation of s. 231(5)(e). If the accused's argument were correct an accused would be better off having forcibly confined, robbed and killed his victim than if he had just forcibly confined and killed her. Such an outcome would defeat rather than promote Parliament's intention because it would treat a criminal wrong additional to those listed in s. 231(5) as mitigating its effect. [3] [22] [35]

In this case, the jury was entitled to return a verdict of first degree murder. There was ample evidence to support the requisite elements of a confinement within the meaning of s. 279(2), quite independent of the killing. It was open to the jury to conclude from the accused's evidence that he buried the victim and noted blood on the back of her head, that a gunshot was the source of the wound and the cause of her death, and that a gun played a role in the accused achieving a position of dominance over her to locate and transfer the marijuana to his truck. The purpose of the confinement — the robbery — did not detract from the fact that she was confined at gunpoint during a period which, given the distance between the stash to the house, must have been of significant duration. On the other hand, the act of killing, by a gunshot wound to the head, must have been

à l'occasion de crimes de domination sont particulièrement répréhensibles et qu'ils méritent une peine plus sévère. Il ressort du libellé du par. 231(5) qu'un meurtre au deuxième degré sera assimilé à un meurtre au premier degré dans les cas où il existe un lien causal et temporel entre le meurtre et l'une des infractions sous-jacentes prévues dans cette disposition dans des circonstances qui font de l'ensemble des actes en question une seule affaire. Le vol qualifié, contrairement à la séquestration, n'est pas une infraction sous-jacente selon le par. 231(5); toutefois, pour l'application de l'al. 231(5)e, S a été séquestrée si elle a été soumise à la contrainte physique ou forcée d'agir contre sa volonté pendant un laps de temps assez long avant sa mort et que sa séquestration n'était pas seulement un élément inhérent au meurtre. Le mot « *forcible* », qui figure dans la version anglaise de l'al. 231(5)e, n'ajoute rien aux éléments de l'infraction de séquestration. [2] [19] [24-25] [27] [35]

Pour déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré, le jury devait constater que la mort de S faisait partie d'une série continue d'événements constituant une seule opération qui établit à la fois sa mort et l'infraction distincte de séquestration. Le lien temporel-causal requis est établi lorsque la séquestration crée une domination illégale continue sur la victime et que l'accusé exploite sa position de force pour commettre le meurtre. Le fait que la série d'événements révèle en plus un vol qualifié n'empêche pas l'application de l'al. 231(5)e. Si l'argument de l'accusé était juste, un accusé serait en meilleure position s'il avait séquestré, volé et tué sa victime que s'il l'avait seulement séquestrée et tuée. Un tel résultat irait à l'encontre de l'intention du législateur, car il permettrait qu'un crime non énuméré à la liste du par. 231(5) serve à atténuer l'effet de cette disposition. [3] [22] [35]

En l'espèce, le jury était en droit de prononcer un verdict de meurtre au premier degré. Une preuve abondante permettait de conclure que les éléments constitutifs de la séquestration au sens du par. 279(2) commise indépendamment de la perpétration du meurtre avaient été établis. Le jury pouvait parfaitement conclure, d'après le témoignage de l'accusé, qu'il avait enterré la victime et remarqué la tache de sang derrière sa tête, qu'un coup de feu avait atteint la victime et causé sa mort, et que le recours à un fusil avait aidé l'accusé à dominer la victime en vue de localiser la marijuana et de la transférer dans son camion. Le but de la séquestration — le vol — ne change rien au fait que, sous la menace d'un fusil, la victime a été séquestrée pendant un laps de temps qui, compte tenu de la distance entre la planque et la maison, a dû être assez long. D'autre part, la victime est sans

almost instantaneous. On this evidence, the jury was thus entitled to conclude that the accused, having got his hands on the marijuana, chose to exploit the position of dominance over S, that resulted from her confinement at gunpoint, by killing her. This provided a sufficient temporal and causal connection to make these events a “single transaction”. [4] [37-38]

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Strong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 516; **referred to:** *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Tremblay* (1997), 117 C.C.C. (3d) 86; *R. v. Mullings*, 2005 CarswellOnt 3022; *R. v. Kingsley* (1995), 105 C.C.C. (3d) 85; *R. v. Simon* (2001), 154 C.C.C. (3d) 562; *R. v. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Bradley* (2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30; *R. v. Sandhu*, 2005 CarswellOnt 8306; *R. v. Gourgon* (1979), 19 C.R. (3d) 272; *R. v. Dollan* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. vii; *R. v. Pitre* (1991), 2 B.C.A.C. 186; *R. v. Hein* (2004), 189 C.C.C. (3d) 381; *R. v. Johnson* (2002), 166 C.C.C. (3d) 44.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 230, 231(1), (2), (5), 279(2), (3), 343.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Hall and Kirkpatrick J.J.A.) (2007), 217 C.C.C. (3d) 1, 238 B.C.A.C. 1, 393 W.A.C. 1, 2007 CarswellBC 269, [2007] B.C.J. No. 243 (QL), 2007 BCCA 82, upholding the accused’s conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

*Richard C. Gibbs, Q.C., and Rod H. G. Holloway*, for the appellant.

*Trevor Shaw and Kathleen M. Ker*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — In this case it was established that Mrs. Pirkko Skolos was killed during a marijuana

doute morte presque aussitôt après avoir été atteinte d’un coup de feu à la tête. D’après cette preuve, il était ainsi loisible au jury de conclure que l’accusé, après avoir mis la main sur la marijuana, a choisi d’exploiter sa situation de domination — résultant du fait qu’il avait séquestré S sous la menace d’une arme à feu — pour la tuer. Il existait donc un lien temporel et causal suffisant pour faire de ces événements une « seule affaire ». [4] [37-38]

### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Strong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 516; **arrêts mentionnés :** *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. c. Tremblay*, [1997] J.Q. n° 1816 (QL); *R. c. Mullings*, 2005 CarswellOnt 3022; *R. c. Kingsley*, [1995] J.Q. n° 1325 (QL); *R. c. Simon*, [2001] J.Q. n° 1328 (QL); *R. c. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Bradley* (2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30; *R. c. Sandhu*, 2005 CarswellOnt 8306; *R. c. Gourgon* (1979), 19 C.R. (3d) 272; *R. c. Dollan* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, autorisation d’appel refusée, [1982] 1 R.C.S. vii; *R. c. Pitre* (1991), 2 B.C.A.C. 186; *R. c. Hein* (2004), 189 C.C.C. (3d) 381; *R. c. Johnson* (2002), 166 C.C.C. (3d) 44.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 230, 231(1), (2), (5), 279(2), (3), 343.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Hall et Kirkpatrick) (2007), 217 C.C.C. (3d) 1, 238 B.C.A.C. 1, 393 W.A.C. 1, 2007 CarswellBC 269, [2007] B.C.J. No. 243 (QL), 2007 BCCA 82, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l’accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*Richard C. Gibbs, c.r., et Rod H. G. Holloway*, pour l’appellant.

*Trevor Shaw et Kathleen M. Ker*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — En l’espèce, il a été établi que M<sup>me</sup> Pirkko Skolos a été tuée pendant un vol de

“rip-off” at her remote farm near Topley, British Columbia. The appellant no longer disputes that the evidence is sufficient to support a conviction of second degree murder. The question posed by this appeal is whether s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, raises the murder from second degree to first degree because it was committed, the Crown contends, in the course of an unlawful confinement of the victim by the appellant contrary to s. 279(2). The jury accepted the Crown’s argument and returned a verdict of first degree murder.

[2] The appellant contends that there was no evidence before the members of the jury that would have allowed them, had they been properly instructed, to reach such a conclusion. The case against him (apart from some admissions he made in a statement to the police) was wholly circumstantial. It was not enough, he says, for the Crown to adduce evidence of confinement that was incidental to or ancillary to the robbery. The jury should have been so instructed. Robbery, unlike unlawful confinement, is not a predicate offence under s. 231(5). The effect of the trial judge’s instruction to the jury, the appellant continues, was to make robbery a predicate offence, thereby increasing his ineligibility for parole from 10 to 25 years, contrary to Parliament’s intention as manifested when it limited the s. 231(5) list of enumerated offences.

[3] I agree with the appellant that for s. 231(5) to raise murder from second degree to first degree the Crown must prove that the killing occurred as part of a continuing series of events constituting a single transaction that establishes not only the killing but also the distinct offence of unlawful confinement. However, if unlawful confinement is established, the fact that the series of events discloses in addition a robbery does not bar or alter the operation of s. 231(5)(e).

[4] In this case there was ample evidence of unlawful confinement. The appellant admits that

marijuana à sa ferme, située dans un lieu isolé près de Topley en Colombie-Britannique. L’appelant ne conteste plus que la preuve suffit pour justifier une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Il s’agit de déterminer en l’espèce si le meurtre au deuxième degré peut être assimilé à un meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, parce qu’il a été commis, selon le ministère public, pendant que l’appelant, en contravention du par. 279(2), tenait M<sup>me</sup> Pirkko Skolos séquestrée. Le jury a accepté l’argument du ministère public et a prononcé un verdict de meurtre au premier degré.

[2] L’appelant soutient que les jurés ne disposaient d’aucun élément de preuve leur permettant, s’ils avaient reçu des directives appropriées, de tirer une telle conclusion. Toute la preuve qui pesait contre lui (à part quelques aveux faits dans une déclaration à la police) était circonstancielle. Il ne suffisait pas, selon lui, que le ministère public établisse que la séquestration était accessoire au vol qualifié. Le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens. Le vol qualifié, contrairement à la séquestration, n’est pas une infraction sous-jacente selon le par. 231(5). L’appelant ajoute que l’exposé au jury avait pour effet de faire du vol qualifié une infraction sous-jacente, ce qui prolonge sa période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle, la faisant passer de 10 ans à 25 ans, contrairement à la volonté du législateur, qui a établi une liste restreinte d’infractions donnant lieu à l’application du par. 231(5).

[3] Je reconnais avec l’appelant que le ministère public doit, pour qu’un meurtre au deuxième degré puisse être assimilé à un meurtre au premier degré par application du par. 231(5), prouver que le meurtre faisait partie d’une série continue d’événements constituant une seule opération qui établit non seulement le meurtre mais également l’infraction distincte de séquestration. Toutefois, si la séquestration est établie, le fait que la série d’événements révèle en plus un vol qualifié n’empêche pas l’application de l’al. 231(5)e.

[4] En l’espèce, il y avait amplement de preuves démontrant la séquestration. L’appelant admet que

he is the person who eventually buried the body of Mrs. Skolos. As he did so he noted a patch of blood (thought to be the entry point of a bullet) on the back of her head. This suggested that she was shot while already under the control of the assailant. The appellant testified that he had earlier planned the robbery with another person, and their plan included use of a gun. There was evidence that the assailant kept the victim under control for a significant period of time prior to the murder. The marijuana was stashed 250 to 300 metres from the farmhouse at a location kept secret by Mrs. Skolos and her husband. The marijuana had first to be located and then moved from the “stash” to the waiting truck. The appellant points out that there was no evidence of a struggle or attempt to escape. In fact, he says, there is nothing to suggest lack of co-operation on the victim’s part. In my view, however, it was open to the jury to conclude that the victim’s “co-operation” in disclosing the location of the stash and perhaps in acting as a “mule” to help ferry the marijuana to the appellant’s truck, was secured at gunpoint (as the appellant had planned, according to his own evidence) before she was murdered. The judge’s instruction on this point was, if anything, unduly favourable to the appellant. The jury was entitled to return a verdict of first degree murder. I would therefore dismiss the appeal.

#### I. Facts

[5] In November 1995, a “wholesale” drug supplier named Myles Skolos received a large shipment of marijuana at the farm where he lived with his wife, Pirkko. They hid the marijuana in three trunks at a “stash”. Some time later he left to attend his brother’s funeral on Vancouver Island leaving his wife behind. When he returned, his wife was missing, as were her wallet and some cheques. The footprints of himself and his wife and those of at least one other person could be seen in the snow leading to the location of the stash. Two of the trunks and all of the marijuana were gone.

c’est lui qui finalement a enterré le corps de M<sup>me</sup> Skolos. À ce moment, il a remarqué une tache de sang (qu’on croit être le point d’entrée d’une balle) à l’arrière de la tête de la victime. Cela tend à indiquer qu’elle était déjà sous la domination de son agresseur lorsqu’elle a été abattue. L’appelant a témoigné qu’il avait initialement prévu de commettre le vol qualifié avec une autre personne et que leur plan comportait l’utilisation d’une arme à feu. Il ressort de la preuve que l’agresseur a gardé la victime sous sa domination pendant assez longtemps avant le meurtre. La marijuana était planquée à 250-300 mètres de la maison, à un endroit que M<sup>me</sup> Skolos et son mari gardaient secret. Il fallait d’abord la localiser, puis la transporter de la « planque » au camion qui attendait. L’appelant fait remarquer qu’il n’y avait aucune preuve de lutte ou de tentative de fuite. En fait, dit-il, rien ne porte à croire que la victime a refusé de coopérer. À mon avis, toutefois, le jury pouvait parfaitement conclure que c’est sous la menace d’une arme à feu que l’appelant a amené la victime à « coopérer », c’est-à-dire à lui indiquer l’emplacement de la planque et peut-être à servir de « mule » pour l’aider à transporter la marijuana jusqu’à son camion (comme il l’avait d’ailleurs prévu, selon ses propres déclarations) avant qu’elle ne soit tuée. Les directives du juge à ce sujet ont plutôt été indûment favorables à l’appelant. Le jury était en droit de prononcer un verdict de meurtre au premier degré. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

#### I. Les faits

[5] En novembre 1995, un fournisseur « en gros » de drogue, Myles Skolos, a reçu un important chargement de marijuana à la ferme où il vivait avec sa femme, Pirkko. Ils ont mis la marijuana dans trois coffres qu’ils ont cachés dans une « planque ». Quelque temps plus tard, M. Skolos a laissé sa femme pour aller à l’enterrement de son frère sur l’île de Vancouver. À son retour, sa femme, de même que son portefeuille et des chèques avaient disparu. On pouvait voir dans la neige les traces de pas de M. Skolos ainsi que celles de sa femme et d’au moins une autre personne en direction de la planque. Deux des coffres et toute la marijuana avaient disparu.

[6] When the police searched the farm, it appeared that a large truck or vehicle had driven up the driveway, but no distinctive tire pattern imprints could be identified. There was no sign of a struggle or blood at the farmhouse or at the stash. An extensive search of the farm by a tracking dog failed to locate the victim's body.

[7] The police learned from Bill Wall, the brother of a major Skolos customer, that he might have told the appellant about the arrival of the shipment. The appellant had a substantial record as a drug dealer and an enforcer. The police interviewed the appellant and intercepted his private communications. The appellant denied knowing of the shipment. He admitted having been to the farm on earlier occasions but denied going there around the time when the victim disappeared.

[8] Over a period of several months, the appellant gave information and alibis to the police that he later admitted were false. However, on January 19, 2000, on the eve of trial, the appellant entered into a Limited Immunity Agreement with the police. In it he promised to cooperate fully with the investigation and to show police the location of the victim's body, which he said he had buried in order to assist Bill Wall who was the "real" murderer. In return, the Crown agreed that the appellant would not be charged with first degree murder in connection with the death. The body was never found, despite the instructions given by the appellant and extensive police searching. Bill Wall denied any involvement. The Crown continued with the first degree murder charge.

[9] The appellant's statement of January 19, 2000 was generally consistent with his testimony at trial. He said that he and Bill Wall had discussed for many months a plan to steal the Skolos marijuana using a gun to secure "co-operation". He claimed to have met Bill Wall by coincidence on November 23, who told him that the plan was "a go" that night. Wall told him the marijuana had arrived at the Skolos farm and that he and an associate were going to go and get it. The appellant was not going to participate in the rip-off, according to

[6] Lorsque la police a fouillé la ferme, il a semblé qu'un gros camion ou autre véhicule automobile avait roulé dans l'allée, mais aucune empreinte de pneu distinctive n'a pu être identifiée. Il n'y avait pas trace de lutte, ni trace de sang à la maison et à la planque. Une fouille minutieuse de la ferme à l'aide d'un chien pisteur n'a pas permis de trouver le corps de la victime.

[7] Bill Wall, le frère d'un important client de M. Skolos, a indiqué aux policiers qu'il était possible qu'il ait parlé à l'appelant de l'arrivée de la cargaison. L'appelant avait de lourds antécédents comme trafiquant de drogue et homme de main. La police l'a interrogé et a intercepté ses communications privées. Il a nié être au courant de l'arrivée de la cargaison. Il a admis être déjà allé à la ferme, mais il a dit ne pas s'y être rendu à l'époque où la victime a été portée disparue.

[8] Pendant plusieurs mois, l'appelant a fourni à la police des renseignements et des alibis qu'il a par la suite reconnu être faux. Toutefois, le 19 janvier 2000, la veille du procès, il a conclu une entente d'immunité restreinte avec la police. Dans cette entente, il s'est engagé à collaborer pleinement à l'enquête et à indiquer aux policiers où se trouvait le corps de la victime, qu'il avait, dit-il, enterré pour aider Bill Wall, le « véritable » meurtrier. En retour, le ministère public a convenu que l'appelant ne serait pas accusé de meurtre au premier degré. En dépit des renseignements donnés par l'appelant et des fouilles exhaustives qu'ont effectuées les policiers, le corps n'a jamais été trouvé. Bill Wall a nié toute participation. Le ministère public a maintenu les accusations de meurtre au premier degré.

[9] La déclaration faite par l'appelant le 19 janvier 2000 était dans l'ensemble compatible avec le témoignage qu'il a livré au procès. Il a dit avoir discuté pendant de nombreux mois avec Bill Wall du plan de voler la marijuana des Skolos en utilisant une arme à feu pour obtenir leur « coopération ». Il prétend avoir rencontré Bill Wall par hasard le 23 novembre, qui lui aurait alors dit que le plan serait mis à exécution le même soir. Celui-ci lui aurait dit que la marijuana avait été livrée à la ferme des Skolos et que lui et un de ses collaborateurs s'y

Wall, but they would all meet together later that night.

[10] The appellant testified that when Bill Wall eventually arrived with two trunks of marijuana, Wall said that he had accidentally shot Mrs. Skolos. According to the appellant, Wall had told him the gun went off accidentally as he and the victim were walking back to the house from the stash but that he “just kept shooting her” and “just lost it”.

[11] The appellant testified that he and Wall lifted the trunks of marijuana out of Wall’s truck and put them into a shed. The appellant also said he told Wall that he would bury the victim’s body in a hole he had already dug for someone else (a target in a different dispute). The appellant later went back and retrieved the trunks after Wall had left. He testified that after burying the victim (noting the blood on the back of her head) he covered over the hole with debris and leaves to make the ground look unaltered. Then he returned to his girlfriend at a motel loaded with the marijuana and cash.

[12] Bill Wall testified at length. He denied everything. He said he never discussed ripping off the marijuana shipment at the Skolos farm with the appellant. He had no reason to do so. He had a profitable ongoing business relationship with the victim and her husband.

[13] The appellant’s girlfriend testified that on the night in question, he left their motel room for about eight hours and returned with two trunks filled with marijuana and a great deal of new-found money. She also led the police to one of the two stolen trunks which the appellant had disposed of by throwing it over an embankment. Inside this trunk, police found a plastic bag bearing the appellant’s thumbprint. The plastic bag was identified as being of the same type as the bag in which Myles Skolos kept his personal supply of “bud”.

rendraient pour en prendre possession. L’appelant ne devait pas, selon M. Wall, participer au vol, mais ils étaient tous censés se rencontrer plus tard ce soir-là.

[10] L’appelant a témoigné que, lorsque Bill Wall s’est présenté avec deux coffres de marijuana, celui-ci lui a dit qu’il avait accidentellement tiré sur M<sup>me</sup> Skolos. Bill Wall lui aurait dit que le coup de feu était parti accidentellement pendant qu’il revenait de la planque à la maison avec la victime, mais qu’il [TRADUCTION] « continuait à tirer sur elle » et qu’il « avait complètement perdu la tête ».

[11] Dans son témoignage, l’appelant a indiqué que lui et M. Wall ont sorti les coffres de marijuana du camion de M. Wall et les ont placés dans une remise. Il aurait également dit à celui-ci qu’il enterrerait le corps de la victime dans un trou qu’il avait déjà creusé pour y cacher le corps de quelqu’un d’autre (personne-cible dans une autre affaire). Il est par la suite revenu récupérer les coffres après le départ de M. Wall. Il a témoigné qu’après avoir enterré la victime (remarquant la tache de sang derrière sa tête) il a comblé le trou avec des déblais et des feuilles pour que le sol paraisse intact. Il est ensuite allé rejoindre sa petite amie à un motel, bourré de marijuana et d’argent.

[12] Bill Wall a longuement témoigné. Il a tout nié. Il a dit n’avoir jamais discuté avec l’appelant de l’éventuel vol de la cargaison de marijuana à la ferme des Skolos. Il n’avait aucune raison de le faire. Il entretenait une relation d’affaires fructueuse avec la victime et son mari.

[13] La petite amie de l’appelant a témoigné que, le soir en question, il s’est absenté de la chambre du motel pendant environ huit heures et est revenu avec deux coffres remplis de marijuana et une importante somme d’argent de fraîche date. Elle a également dirigé les policiers vers l’un des deux coffres volés dont l’appelant s’était débarrassé en le lançant par-dessus un talus. À l’intérieur du coffre, les policiers ont trouvé un sac de plastique portant l’empreinte du pouce de l’appelant. Les policiers ont établi qu’il s’agissait du même genre de sac de plastique dans lequel Myles Skolos gardait sa provision personnelle de « bourgeons ».

## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of British Columbia (Preston J.)*

[14] The trial was long and complex, beginning with 130 days of *voir dire*s and motions. The Crown closed its case after calling 73 witnesses and entering 141 exhibits, including audio recordings. After an unsuccessful application for a directed verdict on first degree murder ([2002] B.C.J. No. 2964 (QL), 2002 BCSC 1387), the defence called nine witnesses, including the accused. The trial judge distributed copies of his written charge to each of the jurors. His instructions on the s. 231(5)(e) confinement issue read in part as follows:

The murder only becomes first degree murder if it took place while [the victim] was unlawfully confined or while [the accused] was attempting to unlawfully confine her.

If you find that the restraint on [the victim's] movements was only momentary and took place only as an integral part of the robbery then the unlawful confinement will not be enough to raise second degree murder to first degree murder. If the restraint is more than momentary and was characterized by the domination of [the victim] by [the accused], then the unlawful confinement is sufficient to raise second degree murder to first degree murder.

[15] During their deliberations the jurors sought clarification about the confinement necessary to classify murder as first degree murder, to which the trial judge replied:

As you can see, robbery involves an act of violence or threat of violence toward the person from whom something is stolen. Some robberies involve only a momentary restriction on the movements of the person being robbed. The taking of a wallet at knifepoint would be an example if the matter was over in a matter of seconds.

If there is exercise of domination of the victim by the robber and consequent restriction of the victim's

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Preston)*

[14] Le procès, qui a débuté avec 130 jours de voir-dire et de requêtes, a été long et complexe. Le ministère public a clos sa preuve après avoir fait entendre 73 témoins et déposé 141 pièces, dont des enregistrements sonores. Après le rejet d'une demande de verdict imposé de meurtre au premier degré ([2002] B.C.J. No. 2964 (QL), 2002 BCSC 1387), la défense a fait entendre neuf témoins, dont l'accusé. Le juge du procès a distribué une copie de son exposé à chaque juré. Voici un extrait de ses directives sur la question de la séquestration dans le contexte de l'al. 231(5)e :

[TRADUCTION] Un meurtre est assimilé à un meurtre au premier degré seulement s'il a été commis lors de la séquestration de [la victime] ou pendant que [l'accusé] tentait de la séquestrer.

Si vous concluez que la restriction des mouvements de [la victime] n'était que momentanée et qu'elle faisait seulement partie intégrante du vol qualifié, il ne s'agit pas d'une séquestration justifiant qu'on assimile un meurtre au deuxième degré à un meurtre au premier degré. Par contre, si la restriction était plus que momentanée et qu'elle était caractérisée par la domination de [l'accusé] sur [la victime], alors la séquestration suffit pour qu'un meurtre au deuxième degré soit assimilé à un meurtre au premier degré.

[15] Pendant leurs délibérations, les jurés ont demandé des précisions sur les caractéristiques d'une séquestration justifiant qu'un meurtre soit considéré comme un meurtre au premier degré, ce à quoi le juge a répondu :

[TRADUCTION] Comme vous pouvez le constater, le vol qualifié implique un acte de violence ou une menace de violence contre la personne qui en est victime. Dans certains cas, la restriction des mouvements de la victime n'est que momentanée. Le vol d'un portefeuille à la pointe du couteau, s'il ne dure que quelques secondes, en est un exemple.

Si le voleur exerce une domination sur la victime et que, de ce fait, la restriction des mouvements de la victime

movements which is more than momentary then the offence of unlawful confinement would be made out.

As stated, the jury returned a verdict of first degree murder.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2007), 217 C.C.C. (3d) 1, 2007 BCCA 82

(1) Reasons of Newbury J.A. (Concurring in the Result)

[16] Newbury J.A. held that the evidence was capable of providing the basis for the jury's inferences that the victim had been killed in the course of the robbery of the marijuana and that the appellant was in fact the killer. After reviewing the authorities she concluded that "the trial judge's instruction to the jury on the issue of confinement was correct . . . . It was open to the jury to conclude, from the evidence before them, that [the victim] had been confined and killed in the course of that confinement" (para. 86). Newbury J.A. differed from her colleagues on an evidentiary question that was not pursued by the appellant in this Court.

(2) Reasons of Hall J.A. (Kirkpatrick J.A. Concurring)

[17] Hall J.A. considered there to be a solid basis in the evidence for the jury to render a verdict of first degree murder, altogether aside from the appellant's statement to the police in January 2000 and testimony at trial. In his view, the totality of the circumstantial evidence "ineluctably" led to the conclusion that the appellant robbed the deceased of marijuana and killed her in the course of confining her during the commission of that robbery.

### III. Relevant Statutory Provisions

[18] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

#### **First Degree Murder**

**231.** (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

est plus que momentanée, alors la perpétration de l'infraction de séquestration est établie.

Comme je l'ai déjà dit, le jury a prononcé un verdict de meurtre au premier degré.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2007), 217 C.C.C. (3d) 1, 2007 BCCA 82

(1) Motifs de la juge Newbury (souscrivant au résultat)

[16] La juge Newbury a statué que la preuve permettait au jury d'inférer que la victime avait été tuée pendant le vol de la marijuana et que l'appelant était effectivement le meurtrier. Après avoir examiné la jurisprudence, elle a conclu que [TRADUCTION] « les directives du juge du procès sur la question de la séquestration étaient fondées [ . . . ] Il était loisible au jury de conclure, au vu de la preuve offerte en l'espèce, que [la victime] avait été séquestrée et qu'elle avait été tuée pendant sa séquestration » (par. 86). La juge Newbury était en désaccord avec ses collègues quant à une question de preuve qui n'a toutefois pas été soulevée par l'appelant devant la Cour.

(2) Motifs du juge Hall (le juge Kirkpatrick y souscrivant)

[17] Le juge Hall a estimé que dans l'ensemble — à part la déclaration que l'appelant avait faite aux policiers en janvier 2000 et son témoignage au procès — le jury disposait d'une forte preuve lui permettant de rendre un verdict de meurtre au premier degré. À son avis, la totalité de la preuve circonstancielle menait [TRADUCTION] « inéluctablement » à la conclusion que l'appelant avait volé la marijuana à la victime et avait tuée celle-ci pendant qu'il la séquestrait lors de la perpétration du vol qualifié.

### III. Dispositions législatives pertinentes

[18] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

#### **Meurtre au premier degré**

**231.** (1) Il existe deux catégories de meurtres : ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.



(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

- (a) section 76 (hijacking an aircraft);
- (b) section 271 (sexual assault);
- (c) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);
- (d) section 273 (aggravated sexual assault);
- (e) section 279 (kidnapping and forcible confinement); or
- (f) section 279.1 (hostage taking).

- a) l'article 76 (détournement d'aéronef);
- b) l'article 271 (agression sexuelle);
- c) l'article 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);
- d) l'article 273 (agression sexuelle grave);
- e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);
- f) l'article 279.1 (prise d'otage).

### Confinement

#### 279. . . .

(2) Every one who, without lawful authority, confines, imprisons or forcibly seizes another person is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

(3) In proceedings under this section, the fact that the person in relation to whom the offence is alleged to have been committed did not resist is not a defence unless the accused proves that the failure to resist was not caused by threats, duress, force or exhibition of force.

### Séquestration

#### 279. . . .

(2) Quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

(3) Dans les poursuites engagées en vertu du présent article, le fait que la personne à l'égard de laquelle il est allégué que l'infraction a été commise n'a pas offert de résistance, ne constitue une défense que si le prévenu prouve que l'absence de résistance n'a pas été causée par des menaces, la contrainte, la violence ou une manifestation de force.

### Robbery

**343.** Every one commits robbery who

- (a) steals, and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, uses violence or threats of violence to a person or property;

### Vol qualifié

**343.** Commet un vol qualifié quiconque, selon le cas :

- a) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;

(b) steals from any person and, at the time he steals or immediately before or immediately thereafter, wounds, beats, strikes or uses any personal violence to that person;

(c) assaults any person with intent to steal from him; or

(d) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

#### IV. Analysis

[19] Section 231(5) reflects Parliament's sentencing policy to treat murders committed in connection with crimes of domination as particularly blameworthy and deserving of more severe punishment. The phrase "while committing or attempting to commit" "requires the killing to be closely connected, temporally and causally, with an enumerated offence": *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 43. See also *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at p. 632; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at pp. 722-23; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (Ont. C.A.), at p. 541. The purpose of s. 231(5) was described by Cory J. in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306, at p. 323:

First degree murder is an aggravated form of murder and not a distinct substantive offence. . . . It is only to be considered after the jury has concluded that the accused is guilty of murder by causing the death of the victim. An accused found guilty of second degree murder will receive a mandatory life sentence. What the jury must then determine is whether such aggravating circumstances exist that they justify ineligibility for parole for a quarter of a century. It is at this point that [s. 231(5)] comes into play. The gravity of the crime and the severity of the sentence both indicate that a substantial and high degree of blameworthiness, above and beyond that of murder, must be established in order to convict an accused of first degree murder. [Emphasis deleted.]

[20] The "high degree of blameworthiness" is found in a situation "where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another . . . . Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree" (*Paré*, at p. 633).

b) vole quelqu'un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;

c) se livre à des voies de fait sur une personne avec l'intention de la voler;

d) vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive ou d'une imitation d'une telle arme.

#### IV. Analyse

[19] Le paragraphe 231(5) reflète la politique du Parlement en matière de détermination de la peine, qui est de considérer que les meurtres commis à l'occasion de crimes de domination sont particulièrement répréhensibles et qu'ils méritent une peine plus sévère. L'expression « en commettant ou tentant de commettre » « exige l'existence d'un lien temporel et causal étroit entre le meurtre et une infraction énumérée » : *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 43. Voir aussi *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, p. 632; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 722-723; *R. c. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.), p. 541. Le juge Cory a décrit l'objet du par. 231(5) dans *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306, p. 323 :

Le meurtre au premier degré est une forme grave de meurtre et non une infraction matérielle précise distincte. [. . .] Cette disposition ne doit être prise en considération qu'après que le jury a reconnu l'accusé coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime. L'accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré se voit imposer une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Ce que le jury doit alors décider c'est s'il existe des circonstances aggravantes justifiant l'impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant un quart de siècle. C'est alors qu'entre en jeu l'exigence d'un lien de causalité énoncée au par. [231(5)]. La gravité du crime et la sévérité de la sentence indiquent [toutes] les deux qu'il faut établir l'existence d'un degré substantiel et élevé de culpabilité, outre celle de meurtre, pour que l'accusé soit déclaré coupable de meurtre au premier degré. [Soulignement omis.]

[20] Le degré de culpabilité est élevé « lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne [. . .] Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré » (*Paré*, p. 633).

[21] Conduct amounting to a violation of s. 279(2) (unlawful confinement) is one of the “aggravating circumstances” enumerated in s. 231(5). Robbery (s. 343) is not. The appellant emphasizes, quite rightly, the severe consequence of applying s. 231(5): ineligibility for parole for 25 years. Section 231(5), he says, should be read purposefully and textually with this drastic consequence in mind. The appellant argues that “[t]he confinement inherent in any robbery is often minimal and is intended only to overcome potential resistance to theft. The definition of confinement requiring a degree of forcible restraint or domination beyond what is incidental to any robbery is preferable”, he says, “because it requires the trier of fact to consider the degree and nature of the confinement during a robbery to decide whether the robber actually confined the victim for a purpose other than facilitating theft. This ensures that confinement incidental to any robbery will not automatically lead to a finding of first degree murder when a murder occurs during a robbery” (Appellant’s Factum, at para. 3 (emphasis added)). There must, he says, be evidence of unlawful confinement “independent” of the robbery for s. 231(5) to be invoked in this case (para. 80).

[22] If the appellant’s argument is correct an accused would be better off having forcibly confined, robbed and killed his victim than if he had just forcibly confined and killed her. Such an outcome would defeat rather than promote Parliament’s intention because it would treat a criminal wrong *additional* to those listed in s. 231(5) as mitigating its effect.

[23] The appellant points out that robbery *was* included as a predicate offence for murder in s. 230 of the *Criminal Code* which purported, in certain circumstances, to eliminate the requirement of proof of subjective foresight of death, and was struck down in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R.

[21] Une conduite qui constitue une violation du par. 279(2) (séquestration) est un des « facteurs aggravants » énumérés au par. 231(5). Le vol qualifié (art. 343) n’y figure pas. L’appelant insiste, très justement, sur la grave conséquence qu’entraîne l’application du par. 231(5), à savoir l’impossibilité de bénéficier d’une libération conditionnelle pendant 25 ans. Il faut, dit-il, interpréter le par. 231(5) textuellement et téléologiquement en conservant à l’esprit cette conséquence dramatique. Il soutient que [TRADUCTION] « [l]a séquestration inhérente à tous les vols qualifiés est souvent minimale et vise seulement à contrer l’éventuelle résistance au vol ». À son avis, « il est préférable de donner à la séquestration une définition qui suppose l’exercice d’une forme de contrainte ou de domination plus grande que celle qui est accessoire à la perpétration d’un vol qualifié » « parce que le juge des faits doit ainsi tenir compte du degré et de la nature de la séquestration pendant un vol qualifié pour décider si le voleur a effectivement séquestré la victime pour une fin autre que celle de faciliter le vol. Cette approche permet d’éviter que la séquestration accessoire à un vol qualifié mène automatiquement à un verdict de meurtre au premier degré lorsque le meurtre se produit au cours d’un vol qualifié » (mémoire de l’appelant, par. 3 (je souligne)). Selon lui, il faut démontrer que la séquestration a eu lieu « indépendamment » du vol qualifié pour que le par. 231(5) puisse être invoqué en l’espèce (par. 80).

[22] Si l’argument de l’appelant était juste, un accusé serait en meilleure position s’il avait séquestré, volé et tué sa victime que s’il l’avait seulement séquestrée et tuée. Un tel résultat irait à l’encontre de l’intention du législateur, car il permettrait qu’un crime *non énuméré* à la liste du par. 231(5) serve à atténuer l’effet de cette disposition.

[23] L’appelant fait remarquer que le vol qualifié *était* une infraction sous-jacente au meurtre selon l’art. 230 du *Code criminel*, qui visait, dans certaines circonstances, à éliminer l’exigence de faire la preuve d’une prévision subjective de la mort et qui a été annulé par la Cour dans *R. c. Martineau*,

633. His position is that the Crown is seeking to introduce by the back door into s. 231(5) what it failed to achieve through the front door in s. 230, namely, making robbery a predicate offence. This line of argument, with respect, is not persuasive. We are concerned in s. 231(5)(e) with unlawful confinement. It is the appellant, not Parliament, who has injected robbery into the s. 231(5)(e) argument. The question before the Court under s. 231(5)(e) is whether, in addition to murder, the necessary elements of confinement (s. 279(2)) have been established on the evidence.

#### A. *Unlawful Confinement*

[24] The authorities establish that if for any significant period of time Mrs. Skolos was coercively restrained or directed contrary to her wishes, so that she could not move about according to her own inclination and desire, there was unlawful confinement within s. 279(2): see *Luxton*, at p. 723; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (Ont. C.A.), per Cory J.A., at p. 475; *R. v. Tremblay* (1997), 117 C.C.C. (3d) 86 (Que. C.A.), per LeBel J.A. (as he then was), at pp. 91-92; and *R. v. Mullings*, 2005 CarswellOnt 3022 (S.C.J.), per Durno J., at para. 39.

[25] Some confusion is caused by the words “forcible confinement” appearing in parenthesis in s. 231(5)(e). The parenthetical note is not an operative part of s. 231(5)(e) but is inserted only for ease of reference. In s. 279(2) itself, the adverb “forcibly” is used only to qualify the verb “seizes”. It is not used to qualify either “confines” or “imprisons”. The word “forcible” in s. 231(5)(e) adds nothing to the elements of the offence set out in s. 279(2). What is important to note about s. 231(5), however, is not only that it refers to the enumerated offences (such as s. 279(2)) but that it requires a temporal and causal relationship between the killing and commission of the enumerated offence, as will be discussed.

[1990] 2 R.C.S. 633. Il soutient que le ministère public cherche, sur le fondement du par. 231(5), à obtenir de façon détournée ce qu’il n’a pu obtenir directement en s’appuyant sur l’art. 230, c’est-à-dire faire du vol qualifié une infraction sous-jacente. Soit dit en tout respect, ce raisonnement n’est pas convaincant. Il est question de séquestration à l’al. 231(5)e. C’est l’appelant et non le législateur qui a introduit le vol qualifié dans l’argument fondé sur l’al. 231(5)e. En ce qui concerne l’al. 231(5)e, la Cour doit décider si, en plus du meurtre, les éléments constitutifs de l’infraction de séquestration ont été établis (par. 279(2)).

#### A. *La séquestration*

[24] Selon la jurisprudence, si pendant un laps de temps assez long M<sup>me</sup> Skolos a été soumise à la contrainte physique ou forcée d’agir contre sa volonté, de sorte qu’elle n’était pas libre de ses mouvements, il s’agit d’une séquestration au sens du par. 279(2) : voir *Luxton*, p. 723; *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (C.A. Ont.), le juge Cory, p. 475; *R. c. Tremblay*, [1997] J.Q. n° 1816 (QL), le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour), par. 15-17; et *R. c. Mullings*, 2005 CarswellOnt 3022 (C.S.J.), le juge Durno, par. 39.

[25] L’emploi du terme « *forcible* » entre parenthèses dans la version anglaise de l’al. 231(5)e cause une certaine confusion. La mention entre parenthèses n’est pas une composante essentielle de la disposition; elle y est insérée par souci de commodité. Au paragraphe 279(2), la locution « de force » (*forcibly* dans la version anglaise) qualifie seulement le verbe « saisit ». Elle ne qualifie pas les verbes « séquestre » et « emprisonne ». Le mot « *forcible* », qui figure dans la version anglaise de l’al. 231(5)e, n’ajoute rien aux éléments de l’infraction prévue au par. 279(2). Ce qu’il importe de retenir à propos du par. 231(5), toutefois, c’est que non seulement il renvoie aux infractions énumérées (comme celles visées au par. 279(2)), mais qu’il exige aussi, comme nous le verrons plus loin, l’existence d’un lien temporel et causal entre le meurtre et la perpétration de l’infraction énumérée.

B. *Unlawful Confinement in Connection With Offences Not Enumerated in Section 231(5)*

[26] The appellant's theory of the immunizing effect of robbery is based on his reading of the Alberta Court of Appeal's decision in *R. v. Strong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 516, where the court held that "Parliament has clearly chosen to omit robbery from the list of offences" enumerated in what is now s. 231(5) and

[i]t cannot, therefore, have intended that the transitory restraint inherent in the violence or threatened violence of every robbery would trigger the section. That would be to put robbery in the list of offences in s. [231(5)] without expressly mentioning it. [Emphasis added; p. 527.]

See also *R. v. Kingsley* (1995), 105 C.C.C. (3d) 85 (Que. C.A.); *R. v. Simon* (2001), 154 C.C.C. (3d) 562 (Que. C.A.), at para. 22. Although every robbery involves an element of violence or threatened violence, the level of violence does not always occasion confinement of the significant duration required to satisfy s. 279(2) (see *Gratton and Tremblay*). Not all robberies involve domination of the victim. Thus, not all robbery-murders will satisfy s. 231(5)(e).

[27] Even a confinement which satisfies s. 279(2) will not trigger s. 231(5)(e) if it is consumed in the very act of killing. In order to trigger s. 231(5)(e), the confinement and the murder must constitute distinct criminal acts: *R. v. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at para. 108. Thus, the issue under s. 231(5)(e) is not whether there was confinement independent of the act of robbery but whether there was unlawful confinement distinct and independent from the act of killing. If, as counsel for the appellant aptly put it, "the murder and the confinement are coextensive, then you cannot convict of first-degree" (transcript, at p. 22). His submission invoked *Kimberley* where it was said (at para. 108) that if "the act of confinement and the act of killing are one and the same" there is no basis on which the appellant could be

B. *La séquestration associée à des infractions non énumérées au par. 231(5)*

[26] La thèse de l'appelant concernant l'effet immunisant du vol qualifié se fonde sur son interprétation de *R. c. Strong* (1990), 60 C.C.C. (3d) 516, de la Cour d'appel de l'Alberta, dans lequel la cour a conclu qu'[TRADUCTION] « il est clair que le législateur a choisi de ne pas inclure le vol qualifié dans la liste des infractions » énumérées à l'actuel par. 231(5) et qu'il

[TRADUCTION] ne peut donc avoir voulu que le recours momentané à la contrainte inhérente à la violence ou à la menace de violence qu'impliquent tous les vols qualifiés déclenche l'application de l'article. Cela équivaldrait à inclure le vol qualifié dans la liste des infractions figurant au [par. 231(5)] sans en faire expressément mention. [Je souligne; p. 527.]

Voir également *R. c. Kingsley*, [1995] J.Q. n° 1325 (QL); *R. c. Simon*, [2001] J.Q. n° 1328 (QL), par. 22. Bien que tous les vols qualifiés impliquent le recours à la violence ou à la menace de violence, la séquestration ne sera pas dans tous les cas, selon le niveau de violence, suffisamment longue pour tomber sous le coup du par. 279(2) (voir *Gratton et Tremblay*). Le vol qualifié ne comporte pas dans tous les cas la domination de la victime. Ainsi, les meurtres associés à des vols qualifiés ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'al. 231(5)e).

[27] Même si la séquestration satisfait aux exigences du par. 279(2), elle ne donnera pas lieu à l'application de l'al. 231(5)e si elle se dissout dans l'acte même du meurtre. Pour déclencher l'application de l'al. 231(5)e, la séquestration et le meurtre doivent constituer des actes criminels distincts : *R. c. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Ont.), le juge Doherty, par. 108. Ainsi, pour ce qui est de l'al. 231(5)e, il s'agit de savoir non pas si la séquestration a été perpétrée indépendamment du *vol qualifié* mais plutôt si la séquestration a été commise de manière distincte et indépendamment du *meurtre*. Si, comme l'a fait valoir l'avocat de l'appelant [TRADUCTION] « le meurtre et la séquestration se confondent, un verdict de meurtre au premier degré est exclu » (transcription, p. 22). Il s'est appuyé sur l'arrêt *Kimberley* dans lequel la

convicted of first degree murder under s. 231(5)(e). For example, an incompetent murderer could take a significant amount of time to kill the victim by strangulation, but the time would be inextricably tied up with the act of killing. However, where the jury is satisfied that there was confinement *not* limited to what was “integral to” the particular act of killing disclosed by the evidence, the Crown has established a distinct criminal act under s. 279(2). If the jury is satisfied that the murder was committed in the course of that confinement such that the series of events may be characterized as a “single transaction” the requirements of s. 231(5)(e) are met. See *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 86.

[28] Proof of robbery does not by itself trigger s. 231(5), but nor does proof of robbery bar or alter its application. If the offence of unlawful confinement has been established, the fact the confinement was made even worse by an act of robbery will not assist the accused. This approach seems to have worked well in practice at the trial level. In *R. v. Bradley* (2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30, for example, the accused, on a cocaine binge, broke into his ex-wife’s apartment and killed her with an axe. The issue was whether the accused had committed the murder “while committing” criminal harassment and thereby raised his criminal act to first degree murder under s. 231(6). The court held that the accused’s entry into the doorway (while “growling” with his arms over his head) constituted criminal harassment, especially in light of the couple’s “highly abusive relationship” in which he had previously stalked and threatened to kill her. The harassment was separate from the murder (para. 114) while still forming part of the same transaction with the killing (para. 109).

[29] In *R. v. Sandhu*, 2005 CarswellOnt 8306 (S.C.J.), on the other hand, a number of accused

cour énonce (au par. 108) que si [TRADUCTION] « la séquestration et le meurtre ne font qu’un » rien ne permet de déclarer l’appelant coupable de meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e). À titre d’exemple, un meurtrier malhabile pourrait mettre un temps considérable à étrangler à mort sa victime, mais le temps est inextricablement lié au fait de tuer. Toutefois, si le jury est convaincu que la séquestration *n’était pas* un élément « inhérent » au geste meurtrier mis en preuve, cela signifie que le ministère public a réussi à démontrer la perpétration d’un acte criminel distinct, prévu au par. 279(2). Si le jury est convaincu que le meurtre a été commis pendant cette séquestration de telle sorte que la série d’événements constitue une « seule opération », les exigences de l’al. 231(5)e) sont remplies. Voir *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 86.

[28] La preuve d’un vol qualifié, à elle seule, ne déclenche pas l’application du par. 231(5), mais elle n’empêche pas non plus son application. Si la perpétration de l’infraction de séquestration a été établie, le fait qu’un vol qualifié rend l’acte encore plus répréhensible n’aidera pas l’accusé. Sur le plan pratique, cette approche semble avoir donné de bons résultats en première instance. Dans *R. c. Bradley* (2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30, par exemple, l’accusé, après une consommation immodérée de cocaïne, est entré par effraction dans l’appartement de son ex-épouse et l’a tuée à coups de hache. Il s’agissait de savoir si l’accusé avait commis le meurtre « en commettant » l’infraction de harcèlement criminel, de telle sorte que son acte criminel devait être assimilé à un meurtre au premier degré par application du par. 231(6). La cour a statué que le fait qu’il soit entré dans l’embrasure de la porte (en [TRADUCTION] « grognant » et en tenant ses bras au dessus de sa tête) constituait du harcèlement criminel, surtout compte tenu de la « relation hautement violente » du couple, au cours de laquelle il l’avait traquée et avait menacé de la tuer. Le harcèlement était distinct du meurtre (par. 114) tout en faisant partie, avec le meurtre, de la même opération (par. 109).

[29] Par ailleurs, dans *R. c. Sandhu*, 2005 CarswellOnt 8306 (C.S.J.), plusieurs accusés ont

individuals surrounded and killed the victim in a sudden attack, lasting between 30 and 45 seconds. The accused brought a motion for a directed verdict of acquittal on the charge of first degree murder by virtue of the unlawful confinement. The court agreed and granted the motion, holding that there was no evidence of two discrete acts, only a killing “carried out in a rapid, efficient and collaborative manner” (para. 21). Although the accused individuals did confine the victim, they did so only as an incident of the attack which caused his death. The court’s analysis is consistent with the rationale of s. 231(5) set out in *Paré* and *Kimberley*. If no extra domination is involved in the act of confinement, then it cannot be said that the accused confined the victim and then *exploited* that domination by an act of killing. Only one episode of domination existed, created by the act of killing, which at the same time confined the victim. In such a case, the rationale of s. 231(5) is absent.

### C. *Expanding the Dictum in R. v. Strong*

[30] The appellant urges the Court to take the doctrinal peg provided by *Strong* and the cases that have followed it to exclude from s. 231(5) not only unlawful confinement “inherent” in “every robbery” but also confinement inflicted for “purposes” of committing other offences *not* enumerated in s. 231(5), or “ancillary” to a non-enumerated offence (Factum, at paras. 59, 72 and 79), a proposition which takes in much of the *Criminal Code*. In the end, as stated earlier, his proposition is that there must be evidence of “an unlawful confinement independent of the non-predicate offence” (para. 80 (emphasis added)).

[31] Such an approach was rejected by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Gourgon* (1979), 19 C.R. (3d) 272, *per* McFarlane J.A., at p. 279:

Nothing is expressed or implied in those sections about the purpose of the confinement. Neither is there

cerné et tué la victime au cours d’une attaque soudaine, qui a duré entre 30 et 45 secondes. L’accusé a présenté une demande de verdict imposé d’acquiescement à l’égard de l’accusation de meurtre au premier degré en raison de la séquestration. La cour a accueilli la demande au motif que la preuve permettait d’établir seulement la perpétration d’un meurtre [TRADUCTION] « commis rapidement, efficacement et en collaboration » (par. 21), et non celle de deux infractions distinctes. Certes, les accusés ont séquestré la victime, mais il s’agissait d’un aspect accessoire de l’attaque ayant causé la mort. L’analyse de la cour est compatible avec le raisonnement appliqué dans *Paré* et *Kimberley* en ce qui concerne le par. 231(5). Si la séquestration n’implique pas l’exercice d’une domination supplémentaire, alors on ne peut dire que l’accusé a séquestré la victime et qu’il a par la suite *exploité* cette situation de domination pour commettre le meurtre. Il y a eu seulement un épisode de domination, créé par le meurtre, à l’occasion duquel la victime a été séquestrée. Il ne s’agit pas d’un cas d’application du par. 231(5).

### C. *Étendre la portée de l’opinion incidente dans R. c. Strong*

[30] L’appelant exhorte la Cour à adopter la voie tracée par l’arrêt *Strong* et les arrêts qui l’ont suivi pour exclure du par. 231(5) non seulement la séquestration « inhérente » à « tout vol qualifié » mais également la séquestration qui « vise » à perpétrer d’autres infractions *non* énumérées au par. 231(5) ou qui est « accessoire » à une infraction non énumérée (mémoire, par. 59, 72 et 79), une proposition qui embrasse une bonne partie du *Code criminel*. En fin de compte, comme je l’ai déjà signalé, la thèse de l’appelant consiste à dire qu’il faut démontrer que [TRADUCTION] « la séquestration a eu lieu indépendamment de l’infraction qui n’est pas sous-jacente » (par. 80 (je souligne)).

[31] Cette approche a été rejetée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Gourgon* (1979), 19 C.R. (3d) 272, le juge McFarlane, p. 279 :

[TRADUCTION] Que ce soit expressément ou implicitement, rien dans ces dispositions ne concerne le but de la

anything in the history of the legislation to suggest a limitation of that nature to be placed upon the word “confinement”. The interpretation that confinement for the one purpose of robbery is excluded cannot be supported. [Emphasis added.]

It was also rejected by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Dollan* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. vii, where Zuber J.A. said, at p. 245, that

[i]t is of no consequence that the unlawful confinement may be incidental to the commission of some other crime as long as there has been an unlawful confinement contrary to [s. 279(2)] . . . .

It was rejected again by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Pitre* (1991), 2 B.C.A.C. 186, *per* Wood J.A., at para. 29:

. . . there was evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could find that Dr. Piderman was confined when the assault which caused his death was inflicted. Whether that confinement was incidental to a robbery or not is irrelevant.

The Ontario Court of Appeal also rejected the approach in *Kimberley*, *per* Doherty J.A., at para. 103:

The section itself, however, contains no such limitation. It speaks of offences against s. 279. Unlawful confinement is one of the offences created by that section. There is nothing in s. 231(5)(e) which suggests that unlawful confinements that are incidental to or in furtherance of other crimes are not encompassed by the section.

As well, the Saskatchewan Court of Appeal rejected it in *R. v. Hein* (2004), 189 C.C.C. (3d) 381, *per* Gerwing J.A., at para. 27:

. . . the victim’s mobility was taken away and she was rendered helpless. This was sufficient for the judge to direct as he did on the possibility of unlawful confinement leading to first degree murder. We find no error in his charge.

See also *R. v. Johnson* (2002), 166 C.C.C. (3d) 44 (Ont. C.A.), at para. 39.

séquestration. Rien non plus dans l’historique législatif ne permet de penser que le législateur ait pu restreindre ainsi la notion de « séquestration ». La thèse que la séquestration à seule fin de perpétrer un vol qualifié est exclue ne saurait être retenue. [Je souligne.]

Elle a aussi été rejetée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Dollan* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240 (autorisation d’appel refusée, [1982] 1 R.C.S. vii, le juge Zuber, p. 245 :

[TRADUCTION] Il importe peu que la séquestration puisse être accessoire à la perpétration d’un autre crime pourvu qu’il y ait eu séquestration en violation [du par. 279(2)] . . . .

Elle a été de nouveau rejetée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Pitre* (1991), 2 B.C.A.C. 186, le juge Wood, par. 29 :

[TRADUCTION] . . . la preuve permettait à un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit de façon raisonnable de conclure que le D<sup>r</sup> Piderman était séquestré lors de l’agression ayant entraîné sa mort. Il importe peu de savoir si la séquestration était accessoire ou non à un vol qualifié.

La Cour d’appel de l’Ontario l’a aussi rejetée dans *Kimberley*, le juge Doherty, par. 103 :

[TRADUCTION] Toutefois, la disposition ne contient pas en soi de limite de cette nature. Elle fait mention d’infractions commises en violation de l’art. 279, la séquestration étant l’une des infractions créées par cette disposition. Rien dans l’al. 231(5)(e) ne permet de conclure que les séquestrations accessoires ou liées à la perpétration d’autres crimes ne sont pas visées par cette disposition.

De plus, la Cour d’appel de la Saskatchewan l’a rejetée dans *R. c. Hein* (2004), 189 C.C.C. (3d) 381, le juge Gerwing, par. 27 :

[TRADUCTION] . . . la victime a été privée de sa liberté de mouvement et a été rendue impuissante. Cette situation justifiait les directives du juge concernant la possibilité de conclure à l’existence d’un cas de séquestration donnant lieu à un verdict de meurtre au premier degré. Nous concluons que l’exposé au jury ne comporte pas d’erreur.

Voir également *R. c. Johnson* (2002), 166 C.C.C. (3d) 44 (C.A. Ont.), par. 39.



[32] The proposition that a period of confinement attributable to the commission of a non-enumerated offence should be subtracted from s. 231(5) consideration is again raised here and should again be rejected. As indicated at the outset, I agree with the logic in the foregoing line of cases that the fact the accused confined the victim for the purpose of committing a non-enumerated offence does not alter the operation of s. 231(5)(e).

#### D. *The Temporal and Causal Connection*

[33] It must also be established, of course, that the murderer did the killing “while committing or attempting to commit” the enumerated offence. As pointed out in *Paré*, this does not require “an exact coincidence” in timing of the murder and the predicate offence, although there must be a “close temporal and causative link” (*Paré*, at p. 629). As Wilson J. expressed the point in *Paré*, at p. 633:

... it is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and makes the entire course of conduct a “single transaction”. This approach, in my view, best gives effect to the philosophy underlying s. [231(5)].

[34] The *dictum* is illustrated by the facts of *Paré* itself where the accused murdered a young boy two minutes after indecently assaulting him. The killing was motivated by fear that the child would tell his mother about the incident. The killing and the sexual assault were linked temporally (a single continuing transaction) and causally (fear of disclosure of the sexual assault led to the killing). Equally, in the present case it was open to the jury to conclude that the offences were linked temporally and causally.

#### E. *Summary of the Proper Interpretation of Section 231(5)(e)*

[35] The jurisprudence therefore establishes that second degree murder will be elevated to first

[32] La thèse que la période de séquestration attribuable à la commission d'une infraction non énumérée ne doit pas être prise en compte pour l'application du par. 231(5) est une fois de plus soulevée en l'espèce et devrait, cette fois encore, être rejetée. Comme je l'ai indiqué au départ, je souscris au raisonnement adopté dans la jurisprudence susmentionnée selon lequel le fait que l'accusé ait séquestré sa victime pour commettre une infraction non énumérée n'empêche pas l'application de l'al. 231(5)e).

#### D. *Le lien temporel et causal*

[33] Bien sûr, il faut aussi établir que le meurtrier a tué la victime « en commettant ou tentant de commettre » l'infraction énumérée. Comme il a été souligné dans *Paré*, il n'est pas pour autant nécessaire qu'il y ait « simultanéité parfaite » entre le meurtre et l'infraction sous-jacente, mais « l'existence d'un étroit lien temporel et causal » est requise (*Paré*, p. 629). Comme l'a fait remarquer le juge Wilson dans *Paré* :

... c'est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d'événements qui aboutissent au meurtre. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et fait de l'ensemble des actes qui constituent la conduite en question « une seule affaire ». C'est ce point de vue qui, à mon avis, traduit le mieux la philosophie qui sous-tend le par. [231(5)]. [p. 633]

[34] La remarque incidente est étayée par le contexte factuel de cet arrêt, où l'accusé a assassiné un jeune garçon deux minutes après avoir commis sur lui un attentat à la pudeur. Le meurtre a été motivé par la crainte que le garçon ne raconte l'incident à sa mère. Il existait un lien temporel (une seule opération continue) et causal (la cause du meurtre étant la crainte que l'agression sexuelle ne soit divulguée) entre le meurtre et l'agression sexuelle. En l'espèce, il était tout aussi loisible au jury de conclure que les infractions étaient liées sur les plans temporel et causal.

#### E. *Résumé de l'interprétation qu'il convient de donner à l'al. 231(5)e*

[35] Ainsi, il ressort de la jurisprudence qu'un meurtre au deuxième degré sera assimilé à un

degree murder where the murder and the predicate offence (in this case unlawful confinement) are linked together both causally and temporally in circumstances that make the entire course of conduct a single transaction (*Paré*). The temporal-causal connection is established where the unlawful confinement creates a “continuing illegal domination of the victim” that provides the accused with a position of power which he or she chooses to exploit to murder the victim (*Paré*, at p. 633, and *Johnson*, at para. 39). If this is established the fact that along the way other offences are committed is no bar to the application of s. 231(5).

#### V. Application to the Facts

[36] In his January 19, 2000 statement to the police the appellant had underlined the planned use of a gun in this robbery:

The plan was to go with guns, to get control of him eh, like, like I had said when you go and do one of these robberies you got to get control of the people and the easiest way is with a gun, you know you can control them from a hundred and fifteen feet, ah, most people are really intimidated and scared by it. . . . [Appellant’s Record, at p. 9004]

[37] In my view, it was open to the jury to conclude from the appellant’s evidence that he buried the victim and noted blood on the back of her head, that a gunshot was the source of the wound and the cause of her death, and that a gun played a role in the appellant achieving a position of dominance over her to locate and transfer the marijuana to his truck. The purpose of the confinement (robbery) did not detract from the fact that she was confined at gunpoint during a period which, given the distance of 250 to 300 metres through the snow from the stash to the house, must have been of significant duration. On the other hand, the act of killing, by a gunshot wound to the head, must have been almost instantaneous. There was ample evidence to support the requisite elements of a confinement within the meaning of s. 279(2) quite independent of the killing.

meurtre au premier degré dans les cas où il existe un lien causal et temporel entre le meurtre et l’infraction sous-jacente (en l’espèce, la séquestration) dans des circonstances qui font de l’ensemble des actes en question une seule affaire (*Paré*). Le lien temporel-causal est établi lorsque la séquestration crée une « domination illégale continue [. . .] sur la victime » et que l’accusé choisit d’exploiter sa position de force pour commettre le meurtre (*Paré*, p. 633, et *Johnson*, par. 39). Si cette condition est remplie, le fait qu’en cours de route d’autres infractions aient été commises ne saurait empêcher l’application du par. 231(5).

#### V. Application aux faits

[36] Dans sa déclaration à la police datée du 19 janvier 2000, l’appelant avait souligné qu’il était prévu d’utiliser une arme à feu pour commettre le vol :

[TRADUCTION] Il était prévu de s’y rendre armés de fusils afin de le maîtriser, comme, comme je l’avais dit, lorsque vous commettez un de ces vols vous devez tenir les gens en main et c’est avec un fusil qu’on peut le plus facilement y arriver, vous savez que vous pouvez les tenir en main à une distance de cent quinze pieds [. . .] la plupart des gens sont vraiment intimidés et effrayés par la vue d’un fusil. . . [dossier de l’appelant, p. 9004]

[37] À mon avis, le jury pouvait parfaitement conclure, d’après le témoignage de l’appelant, qu’il avait enterré la victime et remarqué la tache de sang derrière sa tête, qu’un coup de feu avait atteint la victime et causé sa mort, et que le recours à un fusil avait aidé l’appelant à dominer la victime en vue de localiser la marijuana et de la transférer dans son camion. Le but de la séquestration (le vol) ne change rien au fait que, sous la menace d’un fusil, la victime a été séquestrée pendant un laps de temps qui, compte tenu de la distance de 250-300 mètres à parcourir dans la neige, de la planque à la maison, a dû être assez long. D’autre part, la victime est sans doute morte presque aussitôt après avoir été atteinte d’un coup de feu à la tête. Une preuve abondante permettait de conclure que les éléments constitutifs de la séquestration au sens du par. 279(2) commise indépendamment de la perpétration du meurtre avaient été établis.

[38] It was open to the jury to conclude that the appellant, having got his hands on the marijuana, chose to exploit the position of dominance over Mrs. Skolos that resulted from her confinement at gunpoint, by killing her, thereby eliminating a potential witness. This provided a sufficient temporal and causal connection to make these sordid events a “single transaction” within the meaning of *Paré*.

[39] The trial judge instructed the jury that the Crown must establish unlawful confinement that was not “an integral part of the robbery”. This was favourable to the appellant, as it suggested that confinement “integral” to the robbery as well as confinement “integral” to the killing would not trigger s. 231(5)(e).

[40] The jury reached its verdict on the basis of an instruction that was free of reversible error and I agree with the B.C. Court of Appeal that its verdict should be upheld.

#### VI. Disposition

[41] The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Legal Services Society of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

[38] Il était loisible au jury de conclure que l'appelant, après avoir mis la main sur la marijuana, a choisi d'exploiter sa situation de domination — résultant du fait qu'il avait séquestré M<sup>me</sup> Skolos sous la menace d'une arme à feu — pour la tuer, éliminant ainsi un témoin potentiel. Il existait donc un lien temporel et causal suffisant pour faire de ces événements sordides une « seule affaire » au sens de *Paré*.

[39] Le juge du procès a indiqué au jury que le ministère public devait établir que la victime avait été séquestrée et que la séquestration ne faisait pas [TRADUCTION] « partie intégrante du vol qualifié ». Cette directive était favorable à l'appelant étant donné qu'elle donnait à penser que la séquestration faisant partie « intégrante » du vol qualifié et celle faisant partie « intégrante » du meurtre ne déclencheraient pas l'application de l'al. 231(5)e).

[40] Le jury s'est appuyé sur une directive exempte d'erreur justifiant annulation pour rendre son verdict et, comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, je suis d'avis de maintenir le verdict.

#### VI. Dispositif

[41] Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Legal Services Society of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2008 Vol. 3**

**2<sup>e</sup> cahier, 2008 Vol. 3**

**Cited as [2008] 3 S.C.R. 215-450**

**Renvoi [2008] 3 R.C.S. 215-450**

---



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH  
JACQUES GAGNÉ

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET  
MONIQUE GROULX

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
PAULINE MCTAVISH  
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL  
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

### **Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. .... 265**

Intellectual property — Patents — Medicines — Selection patents — Validity — Whether selection patent invalid on grounds of anticipation, obviousness or double patenting.

Intellectual property — Patents — Anticipation — Two-step approach to anticipation — Requirements of “prior disclosure” and “enablement”.

Intellectual property — Patents — Obviousness — Four-step approach to obviousness — When “obvious to try” test appropriate.

Intellectual property — Patents — Double patenting — Whether doctrine of selection patents invalid on ground of double patenting.

### **R. v. J.F. .... 215**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted by jury of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failing to provide necessities of life — Both offences arising in respect of same act of omission against accused’s foster son — Whether verdicts inconsistent — If so, whether conviction of manslaughter by criminal negligence should be set aside and acquittal entered.

Criminal law — Criminal negligence — Failure to provide necessities of life — Elements of offences — Relationship between both offences — Accused convicted of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failure to provide necessities of life — Whether verdicts can be explained by differences between offences.

### **R. v. Mahalingan ..... 316**

Criminal law — Charge to jury — Defence theory — Accused convicted of aggravated assault — Whether new trial should be ordered because trial judge’s instructions to jury on theory of defence inadequate.

Criminal law — Issue estoppel — Application — Whether doctrine of issue estoppel should be retained in criminal law.

### **R. v. Solowan ..... 309**

Criminal law — Sentencing — Summary convictions — Crown electing to prosecute hybrid offences by way of summary conviction — Trial judge imposing maximum sentence — Whether trial judge erred in imposing maximum custodial sentences without first finding that accused was “worst offender who had committed the worst offence” — Whether “worst offender committing the worst offence” principle limits imposition of maximum sentence where it is otherwise appropriate in light of sentencing principles —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. .... 265**

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Brevets de sélection — Validité — Allégation d’invalidité du brevet de sélection pour cause d’antériorité, d’évidence ou de double protection.

Propriété intellectuelle — Brevets — Antériorité — Critère à deux volets — Exigence de la « divulgation antérieure » et du « caractère réalisable » pour établir l’antériorité.

Propriété intellectuelle — Brevets — Évidence — Démarche à quatre volets — Dans quels cas y a-t-il lieu d’appliquer le critère de l’« essai allant de soi » pour statuer sur l’évidence?

Propriété intellectuelle — Brevets — Double protection — La notion de brevet de sélection est-elle infondée pour cause de double protection?

### **Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette ..... 392**

Biens — Troubles de voisinage — Responsabilité sans faute — Exploitation d’une cimenterie — Le droit civil du Québec admet-il, en vertu de l’art. 976 C.c.Q., l’existence d’un régime de responsabilité civile sans faute en matière de troubles de voisinage fondé sur le caractère excessif des inconvénients subis? — La loi spéciale qui régit les activités de la cimenterie confère-t-elle une immunité à cette dernière en matière de troubles de voisinage?

Prescription — Interruption — Demande en justice — Dommages pour troubles de voisinage reliés à l’exploitation d’une cimenterie étalés dans le temps — L’action en justice a-t-elle interrompu la prescription relativement aux dommages postérieurs à son dépôt? — Ces dommages découlent-ils de la « même source »? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2896.

Dommages-intérêts — Évaluation — Méthode de la moyenne — Recours collectif — Troubles de voisinage reliés à l’exploitation d’une cimenterie — Membres du groupe répartis dans quatre zones résidentielles afin de s’assurer qu’un préjudice de base soit commun aux résidents de chaque zone — Recouvrement assujéti à une procédure de réclamation individuelle, mais évaluation de la somme accordée à chaque membre selon une moyenne établie par zone — La méthode de la moyenne est-elle légitime pour évaluer les dommages-intérêts subis par les membres du groupe visé par le recours collectif?

### **R. c. J.F. .... 215**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Jury ayant déclaré l’accusé coupable d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle et l’ayant acquitté d’homicide involontaire coupable résultant de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence — Infractions

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Whether sentences imposed proportionate to offences — Whether Court of Appeal disregarded Crown's election to proceed by way of summary conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718.1, 787(1).

### **St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette ..... 392**

Property — Neighbourhood disturbances — No-fault liability — Operation of cement plant — Whether in Quebec civil law scheme of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 C.C.Q. applies where annoyances suffered are excessive — Whether special statute governing plant's activities confers immunity on plant for neighbourhood disturbances.

Prescription — Interruption — Judicial demand — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant causing damage that spread out over time — Whether lawsuit interrupted prescription for damage suffered after lawsuit filed — Whether that damage arose from "same source" — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2896.

Damages — Assessment — Use of average amounts — Class action — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant — Members of group divided into four residential zones to ensure that there some basic injury common to residents of each zone — Recovery subject to individual claims procedure, but amount to be awarded to each member assessed using average determined for each zone — Whether it appropriate to use average amounts in assessing damages of members of group covered by class action.

## SOMMAIRE (Fin)

toutes deux fondées sur la même omission par le père nourricier accusé — Les verdicts sont-ils incompatibles? — Dans l'affirmative, faut-il substituer un acquittement à la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable par négligence criminelle?

Droit criminel — Négligence criminelle — Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Éléments des infractions — Lien entre les deux infractions — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Les verdicts peuvent-ils s'expliquer par les différences entre les infractions?

### **R. c. Mahalingan ..... 316**

Droit criminel — Exposé au jury — Thèse de la défense — Accusé reconnu coupable de voies de fait graves — Un nouveau procès devrait-il être ordonné parce que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates?

Droit criminel — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Faut-il conserver en droit criminel la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

### **R. c. Solowan ..... 309**

Droit criminel — Détermination de la peine — Déclarations de culpabilité par voie sommaire — Choix du ministère public de poursuivre des infractions mixtes par voie sommaire — Imposition de la peine maximale par le juge du procès — Le juge du procès a-t-il fait erreur en imposant des peines d'emprisonnement maximales sans d'abord conclure que l'accusé était « le pire délinquant ayant commis la pire infraction »? — Le principe « pire délinquant ayant commis la pire infraction » limite-t-il l'imposition de la peine maximale si celle-ci est par ailleurs appropriée compte tenu des principes de détermination de la peine? — Les peines infligées sont-elles proportionnelles aux infractions? — La Cour d'appel a-t-elle fait preuve d'indifférence à l'égard du choix du ministère public de procéder par voie sommaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XXIII, art. 718.1, 787(1).

**Her Majesty The Queen** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**J.F.** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

**INDEXED AS: R. v. J.F.**

**Neutral citation: 2008 SCC 60.**

File No.: 32203.

2008: April 18; 2008: October 31.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted by jury of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failing to provide necessities of life — Both offences arising in respect of same act of omission against accused's foster son — Whether verdicts inconsistent — If so, whether conviction of manslaughter by criminal negligence should be set aside and acquittal entered.*

*Criminal law — Criminal negligence — Failure to provide necessities of life — Elements of offences — Relationship between both offences — Accused convicted of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failure to provide necessities of life — Whether verdicts can be explained by differences between offences.*

M was four years old when he died in his foster home from multiple blunt traumas to his head. M's body was extensively bruised. M's foster mother confessed to beating M and pleaded guilty to manslaughter. The accused, M's foster father, was charged with manslaughter by criminal negligence and manslaughter by failing to provide the necessities of life. He was convicted by a jury on the first count, but acquitted on the second. The accused appealed his conviction. A

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée au  
pourvoi incident*

c.

**J.F.** *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : R. c. J.F.**

**Référence neutre : 2008 CSC 60.**

N° du greffe : 32203.

2008 : 18 avril; 2008 : 31 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Jury ayant déclaré l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et l'ayant acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Infractions toutes deux fondées sur la même omission par le père nourricier accusé — Les verdicts sont-ils incompatibles? — Dans l'affirmative, faut-il substituer un acquittement à la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable par négligence criminelle?*

*Droit criminel — Négligence criminelle — Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Éléments des infractions — Lien entre les deux infractions — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Les verdicts peuvent-ils s'expliquer par les différences entre les infractions?*

M est décédé à l'âge de quatre ans à la suite de multiples traumatismes à la tête causés par un objet contondant dans son foyer d'accueil. Le corps de M présentait de nombreuses contusions. Sa mère nourricière a avoué l'avoir battu et a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. L'accusé, le père nourricier de M, a été inculpé d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de

majority of the Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial on the charge of manslaughter by criminal negligence on the basis that the verdicts were inconsistent. The Crown appealed as of right on the issue of inconsistent verdicts. The accused cross-appealed the order for a new trial, contending that an acquittal ought to have been entered.

*Held* (Deschamps J. dissenting): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed. The order setting aside the conviction on the charge of manslaughter by criminal negligence should be affirmed and an acquittal entered.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The verdicts rendered at trial are inconsistent and the conviction of manslaughter by criminal negligence must be quashed. There was no reasonable basis upon which to convict and acquit the accused at the same trial, of the same offence committed in the same way against the same victim. The accused was tried on two counts of manslaughter by omission. Though each count alleged different “underlying” or “predicate” offences, the accused’s guilt in respect of both counts was made by the Crown to depend on exactly the same failure to perform exactly the same duty: the duty to protect his foster child from foreseeable harm from his spouse. The *actus reus*, the prosecution theory, and essentially the fault element are common to both offences. The count of failure to provide the necessities of life required proof of a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the omission would lead to a risk of danger to M’s life, or a risk of permanent endangerment to his health. Criminal negligence, the more serious offence, required proof that the same omission represented a marked and substantial departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where the accused either recognized and ran an obvious and serious risk to M’s life or gave no thought to that risk. The conviction can only be supported upon a finding that the accused failed in his duty to protect M, the factual foundation and the gravamen of both counts. The verdicts signify that a lesser degree of fault was not established whereas a greater degree of fault was proven beyond a reasonable doubt. Even if the fault requirements were treated as equivalent,

fournir les choses nécessaires à l’existence. Un jury l’a déclaré coupable du premier chef, mais l’a acquitté du deuxième. L’accusé a porté sa déclaration de culpabilité en appel. La Cour d’appel, à la majorité, a annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement à l’accusation d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle en raison de l’incompatibilité des verdicts. Le ministère public a interjeté appel de plein droit sur la question de l’incompatibilité des verdicts. L’accusé a formé un appel incident contre l’ordonnance de nouveau procès au motif qu’un acquittement aurait plutôt dû être inscrit.

*Arrêt* (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli. L’ordonnance annulant la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle est confirmée et un acquittement inscrit.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les verdicts rendus en première instance sont incompatibles et la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle doit être annulée. Aucun fondement raisonnable ne permettait de déclarer l’accusé coupable et de l’acquitter lors du même procès, de la même infraction, commise de la même façon, contre la même victime. L’accusé subissait son procès relativement à deux chefs d’homicide involontaire coupable par omission. Même si chaque chef reposait sur des infractions sous-jacentes différentes, le ministère public a fondé la culpabilité de l’accusé dans les deux cas exactement sur la même omission d’exécuter exactement la même obligation : protéger l’enfant dont il était le père nourricier d’un préjudice prévisible aux mains de sa conjointe. *L’actus reus*, la thèse de la poursuite et l’élément de faute, pour l’essentiel, sont communs aux deux infractions. Le chef d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence exigeait la preuve d’un écart marqué par rapport à la conduite d’un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l’omission risquerait de mettre en danger la vie de M ou d’exposer sa santé à un péril permanent. La négligence criminelle, l’infraction la plus grave, exigeait la preuve que la même omission constituait un écart marqué et important par rapport à la conduite d’un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où l’accusé soit a eu conscience d’un risque grave et évident pour la vie de M, sans pour autant l’écarter, soit ne lui a accordé aucune attention. La déclaration de culpabilité ne peut reposer que sur la conclusion que l’accusé a manqué à son obligation de prendre des mesures pour protéger M, le fondement factuel et l’élément essentiel

the verdicts are incomprehensible. [1-4] [8-9] [17] [37] [38] [40]

The verdicts cannot be reconciled retrospectively based on arguments that the offences differ or the trial judge misdirected the jury. Abstract differences between the offences formed no part of the trial and are of no relevance on the facts of the case. Nor is it likely that the jury was misled by the trial judge's instructions with respect to failure to provide the necessities of life. Even if the instructions were erroneous, improper instructions do not make improper verdicts proper, nor inconsistent verdicts consistent. [5] [18] [23-24]

Where criminal negligence and failure to provide the necessities of life are alleged, the jury first should consider whether the accused failed a duty to provide the necessities of life. If so, the jury is bound to find the accused guilty of that offence. The jury then should consider whether the accused, in failing to provide the necessities of life, showed a wanton or reckless disregard for the life or safety of the child. If so, the jury is bound to find the accused guilty of criminal negligence. If not, the jury could still find the accused guilty of failure to provide the necessities of life, but not of criminal negligence. [37]

This is not an appropriate case in which to order a new trial. Rather, an acquittal should be entered on the count of manslaughter by criminal negligence. Since, in this case, the Crown did not appeal the accused's acquittal on the count of manslaughter by failing to provide the necessities of life, a new trial would deprive the accused of the benefit of his acquittal and expose him to a finding that he did in fact commit the offence of which he was acquitted. [39] [41]

*Per Deschamps J. (dissenting):* The accused has not met the onus of proving that the verdicts were inconsistent, and the conviction on the charge of manslaughter by criminal negligence should be restored. When an appellant pleads that two verdicts are inconsistent, a court of appeal must determine whether the verdict appealed from is unreasonable because it tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable

des deux accusations. Les verdicts signifient que le degré de faute inférieur n'aurait pas été établi, alors que le degré de faute supérieur aurait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Même en considérant les exigences en matière de faute comme équivalentes, les verdicts sont incompréhensibles. [1-4] [8-9] [17] [37] [38] [40]

Les verdicts ne peuvent être conciliés rétrospectivement sur le fondement de la prétention que les infractions diffèrent et que les directives du juge au jury étaient erronées. Les distinctions abstraites entre les infractions n'ont pas été invoquées au procès et ne sont pas pertinentes vu les faits en cause. Le jury n'a pas non plus vraisemblablement reçu des directives erronées relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à la vie. Même si c'était le cas, des directives inappropriées n'ont pas pour effet de valider des verdicts incorrects, ni de remédier à l'incompatibilité des verdicts. [5] [18] [23-24]

Devant des allégations de négligence criminelle et d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le jury doit d'abord déterminer si l'accusé a manqué à une obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence. Si c'est le cas, le jury doit déclarer l'accusé coupable de cette infraction. Puis, il doit déterminer si l'accusé, en omettant de fournir les choses nécessaires à l'existence, a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant. Si oui, le jury doit déclarer l'accusé coupable de négligence criminelle. Si non, il peut encore déclarer l'accusé coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais non de négligence criminelle. [37]

Il ne s'agit pas d'un cas où il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il faut plutôt inscrire un acquittement relativement au chef d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Le ministère public n'ayant pas porté en appel l'acquittement relatif au chef d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, un nouveau procès priverait l'accusé du bénéfice de cet acquittement et risquerait de mener à la conclusion qu'il a en fait commis l'infraction dont il a été acquitté. [39] [41]

*La juge Deschamps (dissidente) :* L'accusé n'a pas démontré que les verdicts sont incompatibles et la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle doit être rétablie. Lorsqu'un appellant invoque l'incompatibilité de deux verdicts, la cour d'appel doit déterminer si le verdict porté en appel est déraisonnable parce qu'il tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis

compromise. No such demonstration was made in this case. [43] [61] [92]

The essential elements of the offences differ. Both are negligence-based offences for which fault requires proof of a failure to direct the mind to a risk of harm which the reasonable parent would have appreciated. However, the fault element of each offence is in large part premised on the *actus reus* of the offence and the *actus reus* of each offence differ. The *actus reus* of failing to provide the necessities of life required proof that the accused was under a legal duty to provide the necessities of life to M, that he failed, viewed objectively, to perform the duty, and that this failure, assessed objectively, endangered M's life or caused or was likely to cause M's health to be endangered permanently. The *actus reus* of criminal negligence required proof that the accused was under a legal duty to do something, that he failed, viewed objectively, to perform his duty, and that in failing to perform his duty, he showed, assessed objectively, a wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. While the two offences may involve the same legal duty, each offence sets out a different type of risk of harm and the trial judge's instructions to the jury were clear on that point. The jury was instructed on both counts to find a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances. For the offence of failing to provide the necessities of life, the jury was further instructed to consider whether the accused endangered M's life or caused or likely caused his health to be endangered permanently. This harm was described as unique to the offence of failing to provide the necessities of life. The charge to the jury set out the essential elements of each offence in such a way that the jury did not answer the same question when determining each verdict. [64-66] [68-69] [73-75] [91]

It was open to the jury to find that the accused failed to direct his mind to the health or safety of M, but not that M's health was endangered permanently. The time line of M's bruising was a crucial factual issue. A finding that the accused failed to direct his mind to the health or safety of M did not necessarily imply that M's health was permanently endangered. The jury was clearly instructed that the reasonable doubt standard applied to the harm unique to failing to provide the necessities of life and would have understood that the two counts had to be distinguished. The verdicts are

injustifiable. Cela n'a pas été démontré en l'espèce. [43] [61] [92]

Les éléments essentiels des infractions diffèrent. Il s'agit d'infractions fondées sur la négligence, dont l'élément de faute exige la preuve de l'omission d'envisager un risque de préjudice dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte. Toutefois, l'élément fautif de chaque infraction repose en grande partie sur l'*actus reus* de l'infraction et l'*actus reus* de chaque infraction diffère. L'*actus reus* de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence devait être établi par la preuve que l'accusé était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l'existence de M, que, d'un point de vue objectif, il a manqué à cette obligation et que ce manquement, toujours d'un point de vue objectif, a mis en danger la vie de M ou a exposé, ou était de nature à exposer, la santé de M à un péril permanent. L'*actus reus* de la négligence criminelle exigeait la preuve que l'accusé était légalement tenu d'accomplir quelque chose, qu'il a omis, d'un point de vue objectif, de s'acquitter de son devoir légal et que, par cette omission, il a montré, encore une fois d'un point de vue objectif, une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Bien que le même devoir légal puisse être en cause dans les deux infractions, le risque de préjudice diffère pour chacune et les directives que le juge a données au jury étaient claires sur ce point. Relativement aux deux chefs, les directives ont expliqué au jury qu'il devait conclure à un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un père ou d'une mère raisonnable dans les mêmes circonstances. Relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge a en outre demandé au jury de déterminer si l'omission de l'accusé avait mis la vie de M en danger ou avait exposé, ou était de nature à exposer, sa santé à un péril permanent. Ce préjudice a été décrit comme propre à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Vu la manière dont le juge a énuméré les éléments essentiels de chaque infraction dans ses directives, le jury n'a pas répondu à la même question pour rendre chacun des verdicts. [64-66] [68-69] [73-75] [91]

Le jury pouvait conclure à la fois que l'accusé n'avait pas porté attention à la santé ou à la sécurité de M, et que la santé de M n'avait pas été exposée à un péril permanent. La chronologie des ecchymoses constituait une question factuelle capitale. La seule conclusion que l'accusé n'avait pas porté attention à la santé ou à la sécurité de M n'impliquait pas nécessairement que la santé de M avait été exposée à un péril permanent. Le juge a clairement indiqué au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'appliquait au type de préjudice propre à l'infraction d'omission de

supportable on the instructions and the theory of the evidence. [77] [81] [84] [86-88]

Even if the verdict was unreasonable in this case, the just order would have been a new trial on both counts. An appeal from the acquittal was not necessary to order a new trial on both counts in this case because s. 686(8) of the *Criminal Code* empowers an appeal court to make any order that justice requires, including an order for a new trial where the court finds defects in the instructions on the charge that led to an acquittal. [95]

### Cases Cited

By Fish J.

**Referred to:** *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60; *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11, 135 C.C.C. (3d) 119; *R. v. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221, 127 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. v. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508; *R. v. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765; *R. v. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL); *R. v. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114; *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Beatty*, [2008] 1 S.C.R. 49, 2008 SCC 5; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *The Queen, [1985] 2 S.C.R. 255*; *R. v. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301; *R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 86(1), 215, 219, 222(5)(a), (b), 234, 236(b), 249(1)(a), 686(1)(a)(i), (8).

### Authors Cited

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.

fournir les choses nécessaires à l'existence et le jury devrait avoir compris que les deux infractions devaient être distinguées. Les verdicts peuvent s'appuyer sur les directives et sur la théorie de la preuve. [77] [81] [84] [86-88]

Même si le verdict était déraisonnable, la réparation appropriée aurait été une ordonnance de nouveau procès relativement aux deux chefs. Un appel de l'acquiescement n'était pas nécessaire pour qu'un nouveau procès soit ordonné en l'espèce, parce que le par. 686(8) du *Code criminel* confère à une cour d'appel le pouvoir de rendre toute ordonnance que la justice exige, et notamment une ordonnance de nouveau procès lorsque la cour conclut à l'existence de failles dans l'exposé au jury qui a mené à un acquiescement. [95]

### Jurisprudence

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60; *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. c. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11; *R. c. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221; *R. c. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. c. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508; *R. c. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765; *R. c. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL); *R. c. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *La Reine, [1985] 2 R.C.S. 255*; *R. c. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301; *R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1), 215, 219, 222(5)a, b), 234, 236b), 249(1)a), 686(1)a)(i), (8).

### Doctrine citée

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2007.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Lang and MacFarland J.J.A.) (2007), 226 O.A.C. 119, 222 C.C.C. (3d) 474, 51 C.R. (6th) 386, [2007] O.J. No. 2632 (QL), 2007 CarswellOnt 4238, 2007 ONCA 500, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial on a charge of manslaughter by criminal negligence. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

*Kimberley Crosbie*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Greg Brodsky, Q.C.*, and *Ryan Amy*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The respondent in this case was acquitted and convicted by the same jury at the same trial of the same offence committed in the same way against the same victim.

[2] He was tried on a single indictment containing two counts of manslaughter by omission. Though each count alleged different “underlying” or “predicate” offences, the respondent's guilt *in respect of both counts* was made by the Crown to depend on exactly the same failure to perform exactly the same duty. Toward the end of his charge, the trial judge made this clear to the jury in these terms:

The Crown alleges that by criminal negligence (count 1) and by a failure to provide the necessities of life (count 2), [J.F.] failed in his legal duty to protect his foster child, [K.M.], from foreseeable harm from his spouse; and, by his failure, contributed (that is to say caused) the death of [K.M.]. [Emphasis added; A.R., at p. 609.]

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Lang et MacFarland) (2007), 226 O.A.C. 119, 222 C.C.C. (3d) 474, 51 C.R. (6th) 386, [2007] O.J. No. 2632 (QL), 2007 CarswellOnt 4238, 2007 ONCA 500, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

*Kimberley Crosbie*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Greg Brodsky, c.r.*, et *Ryan Amy*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] L'intimé a été acquitté et déclaré coupable, par le même jury, dans le même procès, de la même infraction commise de la même façon, contre la même victime.

[2] L'acte d'accusation unique comportait deux chefs d'homicide involontaire coupable par omission. Même si chaque chef reposait sur des infractions sous-jacentes différentes, le ministère public a fondé la culpabilité de l'intimé *dans les deux cas* exactement sur la même omission d'exécuter exactement la même obligation. Vers la fin de ses directives au jury, le juge du procès l'a clairement indiqué en ces termes :

[TRADUCTION] Le ministère public soutient que [J.F.] a, par négligence criminelle (premier chef) et par omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (deuxième chef), manqué à son devoir légal de protéger l'enfant [K.M.] dont il était le parent nourricier contre un préjudice prévisible aux mains de sa conjointe, et a ainsi contribué au décès de [K.M.] (c'est-à-dire l'a causé). [Je souligne; d.a., p. 609.]

The same prohibited conduct, or *actus reus*, was thus common to both counts.

[3] The fault element, though not identical, was essentially common to both counts as well. So, too, was the theory of the prosecution, explained in these terms by the Crown in this Court:

The respondent was charged with two counts of manslaughter by unlawful act [more accurately, by unlawful omission] — the first by criminal negligence, and the second by failing to provide the necessities of life. The theory of the Crown, in essence, was that the respondent had failed to fulfill his legal duty to protect [K.M.] and that failure was a contributing cause of his death. There was no allegation that the respondent himself inflicted any direct physical injury against [K.M.]. [Emphasis added; A.F., at para. 2.]

[4] In short, the jury in this case acquitted the respondent on one count of manslaughter by omission and convicted him on another count of manslaughter alleging the same omission. Both counts involved similar fault requirements. To the extent that they differed, the count on which the respondent was convicted (criminal negligence), was more serious than the count upon which he was acquitted (failure to provide the necessities of life). Moreover, as the judge's charge made plain, the jury was required to answer essentially the same question in determining whether the respondent was guilty of manslaughter *under either count*. In the circumstances of this case — bearing in mind, especially, the nature and evident gravity of the injuries inflicted — there was thus no reasonable basis upon which the jury could acquit the respondent on count 2 and convict him on count 1. It was not open to the jury to say “yes” and “no” to substantially the same question, as in fact it did.

[5] That is the unvarnished significance of the verdicts rendered at trial. And we must not obscure that reality beneath an intellectualized gloss, however attractive, on appeal. More particularly, we cannot reconcile the verdicts retrospectively on the

Les deux chefs reposaient donc sur le même comportement prohibé ou *actus reus*.

[3] Même s'il n'était pas identique, l'élément de faute était, lui aussi, essentiellement commun aux deux chefs. Il en était de même de la thèse du ministère public pour chacun des chefs — thèse qu'il a expliquée en ces termes devant notre Cour :

[TRADUCTION] Deux chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal [plus exactement, d'une omission illégale] ont été portés contre l'intimé — le premier fondé sur la négligence criminelle et le deuxième sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public a essentiellement soutenu que l'intimé avait manqué à son devoir légal de protéger [K.M.] et que cette omission avait contribué à son décès. Il n'a pas été allégué que l'intimé avait lui-même causé un préjudice corporel direct à [K.M.]. [Je souligne; m.a., par. 2.]

[4] En résumé, le jury a acquitté l'intimé d'un chef d'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'une omission, mais l'a déclaré coupable d'un autre chef d'homicide involontaire coupable fondé sur la même omission. Les exigences en matière de faute étaient similaires pour les deux chefs. Dans la mesure où ils différaient, le chef dont l'intimé a été déclaré coupable (négligence criminelle) était plus grave que le chef dont il a été acquitté (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence). En outre, comme il ressort clairement de l'exposé du juge, la question à laquelle le jury devait répondre pour déterminer si l'intimé était coupable d'homicide involontaire coupable *à l'égard de l'un ou l'autre chef* était essentiellement la même. Compte tenu des circonstances, et notamment de la nature des blessures infligées et de leur gravité évidente, aucun fondement raisonnable ne permettait en l'espèce à un jury d'acquitter l'intimé du deuxième chef et de le déclarer coupable du premier chef. Le jury ne pouvait pas répondre à la fois « oui » et « non » à ce qui était substantiellement la même question, comme il l'a fait en réalité.

[5] Voilà le sens pur et simple des verdicts rendus au procès. Il faut résister, en appel, à la tentation d'occulter cette réalité sous un voile intellectuel. Nous devons nous garder, plus particulièrement, de concilier rétrospectivement les verdicts sur le



basis of abstract differences between the underlying offences — differences of little relevance on the facts of this case and, evidently for that reason, neither relied on by the Crown at trial nor specifically explained by the judge in his charge to the jury.

[6] With respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal. Elementary fairness and legal principle both command that result. The rest is commentary.

## II

[7] The fault element required for conviction at trial was essentially common to both counts of manslaughter. On count 1, the requisite fault element was that of the underlying offence of criminal negligence; on count 2, the requisite fault element was that of failure to provide the necessities of life. Neither criminal negligence nor failure to provide the necessities of life requires proof of intention or actual foresight of a prohibited consequence. Under both counts, the jury was required to determine not what the respondent knew or intended, but what he *ought to have foreseen*.

[8] On the count alleging failure to provide necessities, the Crown was bound to establish that the respondent's failure to protect his foster child represented "a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child": *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 143 (emphasis added). It will later become apparent why I have emphasized the word "risk" in this description of the offence by the Chief Justice, speaking for the Court on this point.

[9] On the count alleging criminal negligence, the Crown was bound to show that the respondent's very same omission represented a *marked*

fondement de distinctions abstraites entre les infractions sous-jacentes, distinctions sans grande pertinence compte tenu des faits en cause et que, manifestement pour cette raison, le ministère public n'a pas invoquées au procès et le juge du procès n'a pas expliquées expressément dans son exposé au jury.

[6] Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident. Tant l'équité que les règles de droit élémentaires dictent ce résultat. Le reste n'est que commentaire.

## II

[7] L'élément de faute nécessaire pour entraîner une déclaration de culpabilité était, pour l'essentiel, commun aux deux chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable. Pour le premier chef, il s'agissait de l'élément de faute de l'infraction sous-jacente de négligence criminelle et, pour le deuxième chef, de l'élément de faute de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Aucune de ces infractions n'exige la preuve de l'intention ou de la prévision réelle d'une conséquence prohibée. Le jury devait déterminer, à l'égard des deux chefs, non pas ce que savait l'intimé ou quelle était son intention, mais ce qu'il *aurait dû prévoir*.

[8] Quant au chef reposant sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, il incombait au ministère public d'établir que l'omission de protéger l'enfant placé en famille d'accueil constituait « un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent » : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 143 (je souligne). On comprendra plus tard pourquoi j'ai souligné le mot « risquerait » dans la description de l'infraction faite par le Juge en chef, qui s'exprimait au nom de la Cour sur ce point.

[9] Quant au chef alléguant la négligence criminelle, le ministère public devait démontrer que la même omission constituait *un écart marqué et*

*and substantial departure* (as opposed to a *marked departure*) from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where the accused either recognized and ran an obvious and serious risk to the life of his child or, alternatively, gave no thought to that risk: *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at pp. 1430-31; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.).

[10] The difference between a *marked departure* and a *marked and substantial departure* has been considered in several appellate decisions since *Naglik* and *Tutton*, mainly but not exclusively in the context of driving offences: See, for example, *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (Ont. C.A.); *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (Ont. C.A.); *R. v. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11, 135 C.C.C. (3d) 119 (Que. C.A.); *R. v. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221, 127 C.C.C. (3d) 217 (Que. C.A.); *R. v. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. v. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508 (Ont. C.A.); *R. v. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.). This case does not turn on the nature or extent of the difference between the two standards.

[11] A brief comment on this branch of the matter will therefore suffice. If the fault element under both counts was the same — if a *marked departure* was sufficient in both instances — an acquittal on one and a conviction on the other would be plainly inconsistent because both counts alleged the identical *actus reus* as well. It is undisputed, however, that criminal negligence, unlike failure to provide the necessities of life, involves a *marked and substantial departure* from the norm of a reasonable person. In this light, the verdicts at trial — not guilty of failing to provide necessities, yet guilty of criminal negligence — are not only inconsistent, but incomprehensible as well.

[12] Moreover, Parliament has made it clear not only in the relevant procedural provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, but also in the sentencing provisions that criminal negligence is the more serious of the two offences. Criminal

*important* (par opposition à un *écart marqué*) par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où l'accusé soit a eu conscience d'un risque grave et évident pour la vie de son enfant, sans pour autant l'écart, soit ne lui a accordé aucune attention : *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, p. 1430-1431; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.).

[10] Depuis *Naglik* et *Tutton*, diverses cours d'appel se sont penchées sur ce qui différencie l'*écart marqué* de l'*écart marqué et important*, principalement, mais non exclusivement dans le contexte d'infractions en matière de conduite automobile : voir, par exemple, *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (C.A. Ont.); *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (C.A. Ont.); *R. c. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11 (C.A. Qué.); *R. c. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221 (C.A. Qué.); *R. c. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. c. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Ont.); *R. c. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.). Cependant, la présente affaire ne porte ni sur la nature ni sur l'étendue des différences entre ces deux normes.

[11] Un bref commentaire sur cette question suffira donc. Si l'élément de faute des deux chefs était le même — si un *écart marqué* était suffisant dans les deux cas — il y aurait manifestement incompatibilité de verdicts en cas d'acquittal à l'égard d'un chef et de déclaration de culpabilité à l'égard de l'autre, car l'*actus reus* des deux chefs était également identique. Or, nul ne conteste que la négligence criminelle, contrairement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, suppose l'existence d'un *écart marqué et important* par rapport à la norme de la personne raisonnable. Ainsi, non seulement les verdicts rendus au procès — non coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais coupable de négligence criminelle — sont incompatibles, mais ils sont incompréhensibles.

[12] En outre, le législateur a indiqué clairement, non seulement dans les dispositions procédurales applicables du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, mais également dans les dispositions relatives à la peine, que la négligence criminelle est la

negligence causing bodily harm must be prosecuted by indictment; failure to provide the necessities of life, a hybrid offence, can be prosecuted either by indictment or on summary conviction. Criminal negligence is punishable by a maximum of 10 years' imprisonment; failure to provide the necessities of life is punishable, on indictment, by a maximum of 5 years (at the time of trial, 2 years) and, on summary conviction, by 18 months (at the time of trial, 6 months).

[13] That criminal negligence is a more serious offence, signifying more blameworthy conduct, has been recognized by the courts as well. This is reflected in cases where the accused has been found guilty of both offences: Applying the rule against multiple convictions in accordance with *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, and *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, courts have systematically recorded a conviction of criminal negligence, as the more serious of the two offences, and entered a stay on the charge of failure to provide the necessities of life (see, for example, *R. v. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765 (Ct. J.)). And in the few reported cases where the accused was finally acquitted of one of these offences and convicted of the other, the conviction was for failure to provide the necessities of life and the acquittal for criminal negligence (see, for example, *R. v. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114 (Alta. Q.B.)). I am not aware of a single case in which a conviction has been recorded for failing to provide the necessities of life and a stay entered for criminal negligence pursuant to the rule against multiple convictions.

[14] Needless to say, I refer here to the rule against multiple convictions for the sole purpose

plus grave des deux infractions. Une poursuite pour négligence criminelle causant des lésions corporelles doit être engagée par voie de mise en accusation, tandis qu'une poursuite pour omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — infraction hybride — peut être engagée soit par voie de mise en accusation soit par procédure sommaire. La négligence criminelle est punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans, tandis que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence est punissable d'un emprisonnement maximal de 5 ans (2 ans, au moment du procès) lorsque le ministère public procède par acte d'accusation, et de 18 mois (6 mois, au moment du procès) lorsqu'il opte pour la procédure sommaire.

[13] Les tribunaux ont eux aussi reconnu que la négligence criminelle est une infraction plus grave, dénotant une conduite plus blâmable. C'est ce qui ressort des causes dans lesquelles l'accusé a été reconnu coupable des deux infractions : appliquant la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples conformément aux arrêts *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, et *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, les tribunaux ont systématiquement inscrit une déclaration de culpabilité à l'égard de la négligence criminelle, comme la plus grave des deux infractions, et ordonné l'arrêt des procédures à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (voir, par exemple, *R. c. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765 (C.J.)). En outre, dans les rares décisions publiées où l'accusé a été acquitté de l'une des infractions et déclaré coupable de l'autre, la déclaration de culpabilité visait l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, et l'acquiescement celle de négligence criminelle (voir, par exemple, *R. c. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL) (C. prov.); *R. c. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114 (B.R. Alb.)). Je ne connais aucune cause où, en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, une déclaration de culpabilité a été inscrite quant à un chef d'omission d'avoir fourni les choses nécessaires à l'existence et un arrêt des procédures a été ordonné quant à un chef de négligence criminelle.

[14] Il va sans dire que je mentionne ici la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples

of demonstrating that courts have generally treated criminal negligence as a more serious offence than failure to provide the necessities of life. The rule against multiple convictions applies, of course, only to *multiple convictions* — which is not our case. Our concern, rather, is with the rule against inconsistent verdicts, a conceptually distinct rule that precludes *a conviction on one charge* which cannot be reasonably reconciled with *an acquittal on the other*. More specifically, our concern is with the application of the rule against inconsistent verdicts to the facts and circumstances of this case. Nothing in these reasons is meant to modify in any way either the rule against multiple convictions or the rule against inconsistent verdicts.

[15] Thus, in *Provo* the accused — unlike the appellant in this case — *was found guilty on two counts*. Applying the rule against multiple convictions, the trial judge mistakenly entered an acquittal on the less serious charge. This Court held that the judge was bound instead to have entered a conditional stay, permitting the Court of Appeal, after quashing the conviction for the more serious charge, to substitute a conviction on the less serious charge upon which the accused had been *found guilty at trial* but erroneously “acquitted”.

[16] The relative seriousness of the two offences explains as well why criminal negligence has generally been held to require *a marked and substantial* departure from the norm (see, for example, *Palin; Fortier; L. (J.); Willock; Brown; Baker; E. (A.)*), while failure to provide the necessities of life has been held to require only a *marked* departure from the norm (see, for example, *Naglik*, at p. 143).

[17] As I have already mentioned, the verdicts at trial signify that a lesser degree of fault was not

uniquement dans le but de démontrer que les tribunaux traitent généralement la négligence criminelle comme une infraction plus grave que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence. Cette règle ne s’applique, évidemment, qu’aux *déclarations de culpabilité multiples* — ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Notre examen met plutôt en cause la règle interdisant les verdicts incompatibles, une règle distincte sur le plan conceptuel, qui interdit *une déclaration de culpabilité relativement à une accusation* qu’on ne peut raisonnablement concilier avec *un acquittement relativement à l’autre accusation*. Nous nous intéressons plus particulièrement à l’application de la règle interdisant les verdicts incompatibles aux faits et circonstances dont nous sommes saisis. Les présents motifs ne visent absolument pas à modifier de quelque façon que ce soit la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ou la règle interdisant les verdicts incompatibles.

[15] Ainsi, dans l’affaire *Provo*, l’accusé — contrairement à l’appelant en l’espèce — *a été déclaré coupable de deux chefs d’accusation*. En appliquant la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, le juge du procès a inscrit à tort un acquittement relativement à l’infraction la moins grave. La Cour a statué que le juge aurait plutôt dû inscrire une suspension conditionnelle pour permettre à la cour d’appel, après avoir annulé la déclaration de culpabilité relative à l’infraction la plus grave, de lui substituer une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction la moins grave, à l’égard de laquelle la *culpabilité de l’accusé avait été établie au procès*, mais dont il avait été « acquitté » à tort.

[16] La gravité relative des deux infractions explique également pourquoi on a généralement statué que la négligence criminelle exige *un écart marqué et important* par rapport à la norme (voir, par exemple, *Palin; Fortier; L. (J.); Willock; Brown; Baker; E. (A.)*), tandis que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence n’exige qu’un *écart marqué* (voir, par exemple, *Naglik*, p. 143).

[17] Comme je l’ai déjà mentionné, les verdicts rendus au procès signifient que le degré de faute

established, while a greater degree of fault was proven beyond a reasonable doubt. Even if the jury treated the fault requirements as equivalent, the verdicts would remain inconsistent because, as we have seen, the *actus reus* for both offences was, on the facts of this case, identical. In either case, the respondent's conviction cannot stand.

### III

[18] The Crown submits that the verdicts at trial are not inconsistent in view of the "operative statutory distinctions" between criminal negligence and failure to provide the necessities of life. The Crown relies as well on an instruction of the trial judge that it characterizes as erroneous in law.

[19] I shall deal more fully with each of these grounds in turn, but find it helpful to explain immediately, briefly and respectfully, why I disagree with them both.

[20] First, for the reasons already given, I think it unfair in principle and wrong in law to reconcile the respondent's conviction and acquittal by the jury on the basis of theoretical considerations that formed no part of the case against the accused at trial. Even if they had been raised at trial, which they were not, the distinctions raised by the Crown (and by Justice Deschamps) would not render consistent the respondent's acquittal and conviction on the facts of this case.

[21] Second, reading the judge's charge as a whole, I am not persuaded that he misdirected the jury with respect to the count on which the respondent was acquitted. In any event, as a matter of legal process and the legitimacy of verdicts, I would decline to uphold the respondent's conviction on the ground that it can be reconciled with his acquittal on another count of the same indictment *on the basis of a legal error at trial*.

inférieur n'aurait pas été établi, alors que le degré de faute supérieur aurait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Même si le jury a considéré que les exigences en matière de faute étaient équivalentes, ces verdicts demeurent incompatibles car, comme on l'a vu, l'*actus reus* des deux infractions était identique en l'espèce. Dans un cas comme dans l'autre, la déclaration de culpabilité de l'intimé ne peut être maintenue.

### III

[18] Le ministère public fait valoir que les verdicts prononcés au procès ne sont pas incompatibles compte tenu des « distinctions opérantes créées par la loi » entre la négligence criminelle et l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public se fonde également sur une directive du juge du procès qu'il qualifie d'erronée en droit.

[19] J'examinerai chacun de ces moyens tour à tour, mais j'estime utile d'expliquer d'emblée, brièvement et avec égards, pourquoi je les rejette l'un et l'autre.

[20] Premièrement, pour les motifs déjà exprimés, j'estime qu'il est inéquitable en principe et erroné en droit de faire appel à des considérations théoriques qui n'ont pas été invoquées contre l'accusé au procès pour tenter de concilier les verdicts de culpabilité et de non-culpabilité rendus par le jury. Même si elles avaient été plaidées au procès, ce qui n'a pas été le cas, les distinctions sur lesquelles s'appuient le ministère public (et la juge Deschamps) ne rendraient pas ces deux verdicts compatibles, compte tenu des faits de l'espèce.

[21] Deuxièmement, après avoir lu l'exposé au jury, considéré globalement, je ne suis pas convaincu que le juge ait donné une directive erronée au sujet du chef dont l'intimé a été acquitté. De toute manière, pour des raisons tenant au processus judiciaire et à la légitimité des verdicts, je refuserais de confirmer la déclaration de culpabilité de l'intimé au motif qu'une *erreur de droit commise au procès* permet de la concilier avec son acquittement quant à un autre chef figurant dans le même acte d'accusation.

## IV

[22] Essentially then, the Crown argues that the respondent's conviction of manslaughter by criminal negligence is consistent, for two reasons, with his acquittal of manslaughter by failing to provide the necessities of life: The first relates to "operative statutory distinctions" between the two predicate offences; the second, to an instruction by the trial judge now said to be erroneous but explicitly acquiesced in by the Crown at trial. The Crown recognizes that a *risk* of harm was the governing test under both counts. But the jury was directed — erroneously, in the Crown's view — to apply a test of likelihood — not *risk* — on the count alleging failure to provide the necessities of life. On the basis of this impugned instruction by the trial judge, the Crown now argues that the jury could reasonably, though wrongly as a matter of law, find the respondent not guilty of failing to provide the necessities of life in omitting to protect his child from the violence of his spouse — but nonetheless guilty of criminal negligence *because of the very same omission*.

[23] As I have already made plain, I would not allow the appeal on the basis of what the Crown characterizes as an erroneous instruction in law. On an allegation by the Crown that the trial judge erred in this regard, the appropriate recourse would have been for the Crown to appeal the acquittal and not for this Court to uphold the conviction on another count. This is particularly true where, as mentioned earlier, Crown counsel expressly acquiesced in the instruction now said to be erroneous. Finally, verdicts are deemed inconsistent — and therefore unreasonable as a matter of law — if no *properly instructed* jury could reasonably have returned them both: *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9. Improper instructions do not make improper verdicts proper. Nor do they make inconsistent verdicts consistent.

## IV

[22] Le ministère public plaide essentiellement que le verdict de culpabilité de l'intimé pour homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle est compatible, pour deux raisons, avec son acquittement de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. La première a trait aux « distinctions opérantes créées par la loi » entre les deux infractions sous-jacentes; la deuxième, à une directive du juge du procès à laquelle le ministère public a expressément donné son accord lors du procès, mais qu'il dit maintenant erronée. Le ministère public reconnaît que le critère applicable aux deux infractions est celui du *risque* de préjudice. Or, le juge a demandé au jury, à tort selon le ministère public, de déterminer si l'omission de fournir les choses nécessaires à la vie était de nature à causer un préjudice — plutôt que d'appliquer le critère du *risque*. Selon le ministère public, cette directive permettait au jury de conclure raisonnablement — bien qu'à tort, en droit — que l'intimé n'était pas coupable du défaut de fournir à l'enfant les choses nécessaires à l'existence en omettant de le protéger contre la violence de sa conjointe, mais qu'il était coupable de négligence criminelle *du fait de cette même omission*.

[23] Comme je l'ai déjà indiqué, je ne suis pas disposé à accueillir le pourvoi sur le fondement d'une directive que le ministère public dit erronée en droit. Si le juge du procès a commis une erreur de cette nature, le ministère public aurait dû porter l'acquiescement en appel, plutôt que de demander à notre Cour de confirmer la déclaration de culpabilité à l'égard d'un autre chef. Cela vaut plus particulièrement dans un cas où, comme je viens de le mentionner, le ministère public a expressément donné son accord à la directive qu'il prétend maintenant erronée. Enfin, des verdicts sont réputés incompatibles — et, par conséquent, déraisonnables en droit — si aucun jury *ayant reçu des directives appropriées* n'aurait pu rendre raisonnablement les deux verdicts : *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9. Des directives inappropriées n'ont pas pour effet de valider des verdicts incorrects, ni de remédier à l'incompatibilité des verdicts.

[24] In fairness to the trial judge, I think it important to add that his recharge was in full conformity with the submissions of counsel. It related what he had earlier said to the express terms of s. 215(2)(a)(ii) of the *Criminal Code*. I agree that the relationship between “risk”, “endangers”, and “is likely to” in the context of that provision could have been more felicitously explained; I am satisfied, however, that the jury is unlikely to have been misled by the trial judge’s recharge with respect to the Crown’s burden of proof under count 2.

[25] The respondent was charged in that count with manslaughter for failing to provide his foster child, K.M., with one of the necessities of life — protection from the injuries inflicted on K.M. by the respondent’s spouse. Reading the judge’s recharge in the context of his instructions as a whole, the jury may safely be thought to have understood that the respondent was guilty under count 2 if (1) his failure to protect the child contributed to the child’s death and (2) a reasonable parent in the same circumstances would have foreseen that failing to protect K.M. would cause the child’s health to be endangered permanently. Bearing in mind the severe injuries suffered by K.M. and the duration of the violence to which he was subjected, no reasonable parent could have foreseen the inevitable and real risk of permanent harm but nonetheless found that harm to be “unlikely”.

[26] I turn in this context to the second ground upon which the Crown urges us to find that the verdicts are not inconsistent. This ground is advanced in the following terms:

To prove criminal negligence, the Crown must establish that the accused showed a wanton disregard for the life or safety of a person that he or she was legally bound to protect. To found a conviction on failing to provide the necessities of life however, the accused must be proven to have shown such a disregard that the person’s life is endangered or their health is permanently endangered. To be certain, there is some overlap between the types of harm that children are to be protected against and both offences require an objective

[24] En toute justice pour le juge du procès, je tiens à ajouter que son nouvel exposé au jury était entièrement conforme aux observations des avocats. Il se rapportait à ce qu’il avait dit antérieurement au sujet du libellé exprès du sous-al. 215(2)a(ii) du *Code criminel*. Je conviens que les liens entre les termes « risque », « met en danger » et « est de nature à », dans le contexte de cette disposition, auraient pu être mieux expliqués. J’estime cependant peu probable que le nouvel exposé du juge du procès aux jurés les ait induits en erreur quant au fardeau de la preuve qui incombait au ministère public relativement au deuxième chef.

[25] Ce chef accusait l’intimé d’homicide involontaire coupable pour omission de fournir à K.M., dont il était parent nourricier, l’une des choses nécessaires à son existence, c’est-à-dire de le protéger contre les blessures que lui a infligées sa conjointe. Lorsqu’on considère la nouvelle directive dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury, on peut croire sans crainte que le jury avait compris que l’intimé était coupable à l’égard du deuxième chef si (1) son omission de protéger l’enfant avait contribué au décès de l’enfant et (2) un parent raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait prévu que l’omission de protéger K.M. exposerait sa santé à un péril permanent. Compte tenu de la gravité des blessures de K.M. et de la durée des sévices dont il a été victime, aucun parent raisonnable n’aurait pu prévoir le risque réel et inévitable de préjudice permanent et conclure, malgré tout, que l’omission n’était pas « de nature à » entraîner ce préjudice.

[26] Dans ce contexte, j’aborde le second moyen invoqué par le ministère public pour nous convaincre de statuer que les verdicts ne sont pas incompatibles. Cet argument est formulé ainsi :

[TRADUCTION] Pour prouver la négligence criminelle, le ministère public doit établir que l’accusé a montré une insouciance déréglée à l’égard de la vie ou de la sécurité d’une personne que la loi l’obligeait à protéger. Pour justifier une condamnation pour omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, il faut prouver que l’accusé a montré une insouciance telle que la vie de la personne est mise en danger ou que sa santé est exposée à un péril permanent. Certes, il existe un certain chevauchement entre les types de préjudices

foreseeability of some type of harm. However, there is a critical difference in the gravity of harm that needs to be foreseen between “safety” and permanent endangerment to health. [Emphasis deleted; A.F., at para. 38.]

[27] This abstract distinction between the two offences, like the first, is of little relevance on the facts of this case. Evidently for that reason, as I suggested earlier, neither distinction was relied on by the Crown at trial nor specifically explained by the judge in his charge to the jury. Indeed, the distinction between safety and permanent endangerment to health — the principal ground advanced by the Crown and relied upon by Justice Deschamps — *was at no time raised by either side throughout the entire course of the trial.*

[28] Nor was it mentioned by the trial judge in his charge to the jury. At the hearing of the appeal, Crown counsel was invited to “tell us where in the charge to the jury the judge explained that they could find a risk to safety without finding a risk to the [child’s] permanent endangerment to health”. She was, of course, unable to do so. Crown counsel was then asked whether the trial judge “[d]id . . . actually draw that distinction between the two [underlying offences]”. Quite properly, Crown counsel acknowledged that she “didn’t see where there was that directive in the charge” (transcript, at p. 18).

[29] This, too, was perfectly understandable in light of the facts of the case, notably the nature and extent of the injuries suffered by the victim. Understandably as well, the trial judge used the terms “health” and “safety” *interchangeably* in his instructions to the jury.

[30] In his instructions on criminal negligence, the trial judge stated:

contre lesquels les enfants doivent être protégés et les deux infractions exigent qu’un certain type de préjudice soit objectivement prévisible. Il existe toutefois une différence cruciale entre la « sécurité » et un péril permanent pour la santé sur le plan de la gravité du préjudice qui doit être prévu. [Soulignement omis; m.a., par. 38.]

[27] Comme la première distinction, cette distinction abstraite entre les deux infractions est sans grande pertinence vu les faits en cause. C’est d’ailleurs manifestement pour cette raison, comme je l’ai déjà indiqué, que le ministère public ne les a invoquées ni l’une ni l’autre au procès et que le juge du procès ne les a pas expliquées expressément dans son exposé au jury. De fait, la distinction entre la sécurité et un péril permanent pour la santé — distinction qui constitue le principal argument plaidé par le ministère public et sur lequel se fonde la juge Deschamps — *n’a jamais été invoquée à quelque moment que ce soit, par l’une ou l’autre des parties, de toute la durée du procès.*

[28] Le juge du procès n’a pas lui non plus mentionné cette distinction dans son exposé au jury. Lors de l’audition du pourvoi, l’avocate du ministère public a été invitée à [TRADUCTION] « indiquer où, dans l’exposé au jury, le juge a expliqué aux jurés qu’ils pouvaient conclure à l’existence d’un risque pour la sécurité sans conclure à celle d’un risque de péril permanent pour la santé [de l’enfant] ». Bien sûr, elle a été incapable de le faire. À la question suivante de savoir si le juge du procès [TRADUCTION] « a [. . .] effectivement fait cette distinction entre les deux [infractions sous-jacentes] », l’avocate du ministère public a répondu, à juste titre, en reconnaissant qu’elle n’avait [TRADUCTION] « pas vu où se trouvait cette directive dans l’exposé » (transcription, p. 18).

[29] Cette réponse était, elle aussi, tout à fait compréhensible compte tenu des faits en cause, plus particulièrement de la nature et de l’étendue des blessures subies par la victime. Il est aussi compréhensible que le juge du procès ait employé *de façon interchangeable* les mots « santé » et « sécurité » dans ses directives au jury.

[30] Dans ses directives au sujet de la négligence criminelle, le juge a dit :



Your approach to assessing the foreseeability of illegal violence here must proceed, not from the standpoint of what [J.F.] foresaw but, objectively, from the perspective of what a reasonable parent in identical circumstances could foresee. . . . Rather, you must consider whether there was a discernible risk of more than trifling or short-lived bodily harm to the child which a reasonable parent in the like circumstances would have appreciated and taken steps to prevent. [Emphasis added; A.R., at p. 543.]

[31] And, shortly afterward:

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [J.F.] had a duty to protect [K.M.] and that he failed to do it, you must go on to the next question.

Did [J.F.] show a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.]?

Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that the failure of [J.F.] to protect [K.M.] from harm at the hands of [his wife] showed a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.].

. . .

Criminal negligence requires more than just carelessness. For [J.F.] to be found criminally negligent, his failure to take protective steps on [K.M.'s] behalf must constitute a marked and substantial departure from what a reasonably prudent parent would do in the same circumstances. Crown counsel may prove this in either of two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

. . .

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to take protective steps would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to act, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonably prudent parent in the same circumstances, criminal negligence has been established whether or not [J.F.] recognized the risk to the health or safety of [K.M.]. [Emphasis added; A.R., at pp. 545-46.]

[TRADUCTION] Pour évaluer la prévisibilité de la violence illégale vous devez procéder, ici, non pas du point de vue de ce que [J.F.] a prévu, mais objectivement, en considérant ce qu'un parent raisonnable pourrait prévoir dans des circonstances identiques. [ . . . ] Vous devez plutôt examiner s'il existait un risque discernable que l'enfant subisse des lésions corporelles qui ne seraient pas anodines ou de nature passagère, risque qu'un parent raisonnable, placé dans des circonstances similaires, aurait reconnu et à l'égard duquel il aurait pris des mesures de prévention. [Je souligne; d.a., p. 543.]

[31] Et, il a ajouté peu après :

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [J.F.] avait le devoir de protéger [K.M.] et qu'il a manqué à ce devoir, vous devez passer à la question suivante.

[J.F.] a-t-il montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.]?

Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de protéger [K.M.] contre la violence de [sa conjointe] démontrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.].

. . .

La négligence criminelle nécessite plus que la simple imprudence. Pour que [J.F.] soit déclaré coupable de négligence criminelle, il faut que son omission de prendre des mesures de protection à l'égard de [K.M.] constitue un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

. . .

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de prendre des mesures de protection entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.], considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances, la négligence criminelle a été établie, que [J.F.] ait reconnu ou non le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.]. [Je souligne; d.a., p. 545-546.]

[32] In his instructions on failing to provide the necessities of life, the trial judge instructed the jury that the Crown is required to prove that the failure of the accused to provide the necessities of life was a marked departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances. He proceeded to explain that the Crown could do so in either of two ways: “by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood” (A.R., at p. 603 (emphasis added)).

[33] Neither counsel objected to these instructions.

[34] Finally, in imposing sentence, the trial judge observed that the jury necessarily found that the accused “was aware of the risk to the health or safety of [K.M.] from his wife’s conduct but ignored that risk, or alternatively, he failed to direct his mind to the risk to the health or safety of the child that a reasonable parent would have understood” (A.R., at p. 641 (emphasis added)).

[35] In these circumstances, I am persuaded that the “operative statutory distinctions” advanced by the Crown on this appeal were hardly “operative” at all. Neither explains satisfactorily the inconsistent verdicts at trial.

## V

[36] In *Tutton*, speaking for the Court on the relationship between criminal negligence and failure to provide necessities, McIntyre J. explained the appropriate analytical framework in the clearest of terms. Justice McIntyre’s reasons, framed in accordance with the wording of the indictment in that case, are nonetheless applicable to the present appeal:

The task of a trial judge charging a jury in these circumstances would be difficult and, in my view, it would

[32] Dans ses directives relatives à l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, le juge du procès a indiqué au jury que le ministère public doit prouver que l’omission constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu’un parent raisonnable ferait dans les mêmes circonstances. Il a ensuite expliqué que le ministère public pouvait faire cette preuve de deux façons : [TRADUCTION] « il peut démontrer que [J.F.] était conscient d’un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n’en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n’a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte » (d.a., p. 603 (je souligne)).

[33] Aucun des avocats ne s’est opposé à ces directives.

[34] Enfin, dans sa décision sur la peine, le juge a écrit que le jury avait nécessairement conclu que l’accusé [TRADUCTION] « était conscient du risque que la conduite de sa femme représentait pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais qu’il n’en avait pas tenu compte ou bien qu’il n’avait pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte » (d.a., p. 641 (je souligne)).

[35] Dans ces circonstances, je suis convaincu que les « distinctions opérantes créées par la loi » invoquées par le ministère public en l’espèce n’étaient pas vraiment « opérantes ». Aucune d’entre elles n’explique de façon satisfaisante les verdicts incompatibles rendus au procès.

## V

[36] Dans *Tutton*, le juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de la Cour sur le lien entre la négligence criminelle et l’omission de fournir les choses nécessaires à la vie, a exposé le cadre analytique applicable en des termes on ne peut plus clairs. Les motifs du juge McIntyre, bien que libellés en fonction de l’acte d’accusation en cause, n’en sont pas moins applicables en l’espèce :

Un exposé au jury dans de telles circonstances est une tâche difficile et, à mon sens, le juge du procès doit tenir

be necessary to keep clearly separate the two offences or the elements of the two offences which must be dealt with. This could be achieved by approaching the charge in two steps. The first step, I suggest, would be to deal with the underlying offence in s. 197(2) [now s. 215] of the *Code*, for under this indictment until this question is settled no approach can be made to the crime of manslaughter actually charged. The jury should be instructed on the elements of the offence under s. 197 and told that for a conviction under that section they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants were under a duty to provide necessaries of life to their son, and that they failed to do so without lawful excuse. If they were not so satisfied, they would acquit the accused and go no further, for the sole basis of the manslaughter allegation would be gone. If, however, they were to find that the accused had failed to provide the necessaries without lawful excuse, then it would be necessary for them to go further and consider whether in such failure they had shown a wanton and reckless disregard for the life and safety of their son. If the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that such conduct had been shown and that it had caused the death of the child, they would be obligated to convict of manslaughter, and on this indictment that is the only way a conviction of manslaughter could be reached. If, on the other hand, the jury were not so satisfied, they would be required to acquit the accused of the crime of manslaughter. If, however, they were satisfied that the necessaries of life had been withheld but in doubt as to whether the deprivation was the cause of the son's death, they could in that case convict of the included offence under s. 197 . . . [Emphasis added; pp. 1427-28.]

[37] I agree with McIntyre J. that where criminal negligence is “piggy-backed” onto an alleged failure to provide the necessaries of life — as it was explicitly in *Tutton* and, in effect, here as well — the analysis may be expected to proceed in two stages. The jury would then consider whether the accused had a duty to protect the child — that is, to provide the necessaries of life — and whether the accused failed in that duty. If so, the jury would be entitled to find that the accused committed an offence under s. 215(2)(a)(ii). The jury would then be required to decide whether the accused, in failing to provide the necessaries of life, showed a wanton or reckless disregard for the life or safety

nettement distincts les deux infractions ou les éléments des infractions à examiner. On peut y arriver par une étude de l'accusation en deux temps. Le premier, à mon avis, consisterait à examiner l'infraction sous-jacente prévue au par. 197(2) du *Code* [maintenant l'art. 215], car en vertu de l'acte d'accusation tant que cette question n'a pas été réglée, il n'est pas possible d'aborder la question de l'homicide involontaire coupable dont les intimés sont accusés. Le jury doit recevoir des directives quant aux éléments de l'infraction prévue à l'art. 197 et être avisé que, pour rendre un verdict de culpabilité en vertu de cet article, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les accusés étaient tenus de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence et qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit acquitter les accusés et ne pas aller plus loin, car tout le fondement de l'allégation d'homicide involontaire coupable disparaît. Cependant, si le jury devait conclure que les accusés ont omis de fournir les choses nécessaires à l'existence de leur fils sans excuse légitime, il serait alors tenu de procéder plus avant et de se demander si les accusés, en agissant de la sorte, ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils. Si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'une telle conduite avait été démontrée et qu'elle avait causé la mort de l'enfant, il serait tenu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable; selon le présent acte d'accusation, c'est la seule façon de parvenir à un tel verdict. Si, par ailleurs, le jury n'était pas convaincu de ce qui précède, il aurait l'obligation d'acquitter les accusés de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Si, toutefois, le jury était convaincu que la victime avait été privée des choses nécessaires à l'existence, mais s'il n'était pas certain que cette privation avait causé sa mort, le jury pourrait dans ce cas reconnaître les accusés coupables de l'infraction comprise prévue à l'art. 197 . . . [Je souligne; p. 1427-1428.]

[37] J'estime, comme le juge McIntyre, que lorsque la négligence criminelle se greffe à une omission alléguée de fournir les choses nécessaires à l'existence — comme c'était le cas explicitement dans *Tutton* et comme c'est en fait le cas en l'espèce aussi — on peut s'attendre à ce que l'analyse s'effectue en deux étapes. Le jury se demanderait alors si l'accusé avait envers l'enfant une obligation de protection — c'est-à-dire l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence — et s'il a manqué à cette obligation. Si c'est le cas, le jury pourrait conclure que l'accusé a commis l'infraction décrite au sous-al. 215(2)(a)(ii). Il lui faudrait alors déterminer si, en omettant de fournir les choses nécessaires

of the child. If so, the jury would be bound to find the accused guilty of criminal negligence. If not, the jury could still find the accused guilty of failure to provide the necessities of life, but not of criminal negligence.

## VI

[38] For all of these reasons, I agree with the majority in the Court of Appeal that the verdicts rendered at trial are inconsistent and that the respondent's conviction of manslaughter by criminal negligence must therefore be quashed.

[39] Unlike the Court of Appeal, however, I would not order a new trial. In an appropriate case, of which this is not one, a new trial may well be ordered where the verdicts at first instance are found to be inconsistent.

[40] Here, the respondent was found not to have committed manslaughter by failing to provide the necessities of life. His conviction of manslaughter by criminal negligence could only be supported on a new trial upon a finding, contrary to the jury's conclusion in this case, that the respondent did in fact fail in his duty to protect his child, the "necessar[y] of life" that was the factual foundation and the gravamen of both counts.

[41] The respondent's acquittal was not appealed. To order a new trial in these circumstances would deprive the respondent of the benefit of that acquittal, now final, and expose him on the new trial to a finding that he did in fact commit the offence of which he was acquitted, definitively, by the jury in this case.

[42] In the result, I would affirm the order of the Court of Appeal setting aside the respondent's conviction; dismiss the Crown's appeal against that

à l'existence, l'accusé a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant. Si oui, il serait tenu de déclarer l'accusé coupable de négligence criminelle. Si non, il pourrait encore déclarer l'accusé coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais non de négligence criminelle.

## VI

[38] Pour tous ces motifs, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel que les verdicts rendus au procès sont incompatibles et que la déclaration de culpabilité de l'intimé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle doit être annulée.

[39] Toutefois, contrairement à la Cour d'appel, je n'ordonnerais pas la tenue d'un nouveau procès. La conclusion que des verdicts sont incompatibles pourrait donner lieu à une telle ordonnance dans des circonstances qui le justifient, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[40] Ici, le jury a conclu que l'intimé n'avait pas commis d'homicide involontaire coupable résultant d'une omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Il ne pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, lors d'un nouveau procès, que sur le fondement d'une conclusion contraire à celle que le jury a tirée en l'espèce, à savoir qu'il a effectivement omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait envers l'enfant de prendre des mesures pour le protéger, la « chos[e] nécessair[e] à l'existence » qui constituait le fondement factuel et l'élément essentiel des deux chefs d'accusation.

[41] Le verdict d'acquiescement n'a pas été porté en appel. Dans ces circonstances, ordonner la tenue d'un nouveau procès priverait l'intimé du bénéfice de cet acquiescement, maintenant définitif, et l'exposerait au risque qu'à l'issue de ce nouveau procès, on tire la conclusion qu'il a en fait commis l'infraction dont il a été définitivement acquitté par le jury en l'espèce.

[42] Je suis donc d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'intimé, de rejeter le pourvoi du ministère

order; and allow the respondent's cross-appeal against the subsidiary order of the Court of Appeal directing a new trial on the charge of manslaughter by criminal negligence and order that an acquittal be entered instead.

The following are the reasons delivered by

[43] DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal raises questions about the nature of the enquiry a court of appeal should conduct when an appellant contends that two verdicts are inconsistent. In considering such an argument, the court of appeal must determine whether the verdict appealed from is “unreasonable” (s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) because it “tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable compromise” (*R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56, approved in *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9, at para. 7). I have read the reasons of my colleague Fish J. and, with respect, I cannot agree with his approach, which broadens the rule and creates a new but ill-defined notion of inconsistent verdicts. I would allow the appeal and restore the conviction.

[44] K.M. was four years old when he died of injuries suffered in the foster home he had been living in for two months. His foster parents were charged. The foster mother, V.F., pleaded guilty to manslaughter. J.F., her husband, was charged with manslaughter by criminal negligence and manslaughter by failing to provide the necessities of life. He was convicted on the count of criminal negligence and acquitted of the one of failing to provide the necessities of life. The issue in this Court is whether these are inconsistent verdicts.

#### 1. Facts and Judicial History

[45] K.M. came into the care of the foster home on April 15, 2000. Soon after, on May 2, nurse

public contre cette ordonnance, d'accueillir le pourvoi incident de l'intimé à l'encontre de l'ordonnance subsidiaire de la Cour d'appel prescrivant la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et d'ordonner l'inscription d'un acquittement.

Version française des motifs rendus par

[43] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le pourvoi porte sur la nature de l'examen que les cours d'appel doivent effectuer lorsqu'un appelant invoque l'incompatibilité de deux verdicts. Pour statuer sur ce moyen, elles doivent déterminer si le verdict porté en appel est « déraisonnable » (sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C. cr. »)), parce qu'il [TRADUCTION] « tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable » (*R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56, approuvé dans *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9, par. 7). J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Fish et, en toute déférence, je ne puis souscrire à son raisonnement qui élargit la règle et crée une nouvelle notion, mal définie, d'incompatibilité des verdicts. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

[44] K.M. est décédé à l'âge de quatre ans à la suite de blessures subies dans le foyer d'accueil où il vivait depuis deux mois. Des accusations ont été portées contre ses parents nourriciers. La mère nourricière, V.F., a reconnu sa culpabilité à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Son mari, J.F., a été accusé d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle et d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Il a été déclaré coupable du chef de négligence criminelle, mais acquitté de celui fondé sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Notre Cour doit déterminer s'il s'agit de verdicts incompatibles.

#### 1. Faits et historique judiciaire

[45] K.M. a été placé dans le foyer d'accueil le 15 avril 2000. Peu après, soit le 2 mai, l'infirmière

Michelle De Coene conducted a physical examination of the child. The purpose of this examination was to document any injuries, determine whether any care was needed, and comment on the child's immunization status. During her examination, Ms. De Coene noticed nothing unusual — K.M. had no bruising, scrapes or cuts, his abdomen was soft, and he showed no indication of soreness or tenderness.

[46] On May 19, R.G., a friend of the foster mother, noticed a bruise in the middle of K.M.'s forehead, marks on his chin and scratches on the top of his head. She was surprised when she saw the scratches, because she had seen none like them on children before, and she drew her sister's attention to them. However, the thought that K.M.'s foster mother was mistreating him did not occur to her.

[47] Sometime in the month before K.M.'s death, L.K., also a friend of the foster mother, noticed a large bruise on his eye that extended across his face from one cheek to the other. However, L.K. saw K.M. at his home about one week before his death and did not notice any injuries.

[48] J.F.'s mother, Jean F., said that K.M. had visited her home fewer than 10 times during the two months he lived with her son. She testified that her husband had bought K.M. a bicycle and that K.M. had fallen off the bike several times. She had not seen many bruises on K.M., nor had she ever seen either of the foster parents strike him. Jean F. did not really see K.M. during her last visit to the house before his death.

[49] Approximately one week before K.M.'s death, J.K., the foster mother of K.M.'s biological sister, noted that his behaviour was different. She testified that he was acting "scared". However, K.M. had visited her home twice, and she had not seen any injuries on him.

[50] Three days before K.M.'s death, L.K. and another friend went shopping with the foster mother

Michelle De Coene a examiné l'enfant, afin de détecter l'existence de lésions, d'établir si l'enfant avait besoin de soins et de vérifier son dossier de vaccination. Elle n'a alors rien remarqué d'anormal — K.M. ne présentait aucune ecchymose, égratignure ou coupure, son abdomen était souple et il ne montrait signe ni de douleur ni de sensibilité au toucher.

[46] Le 19 mai suivant, R.G., une amie de la mère nourricière, a remarqué que K.M. avait une ecchymose au milieu du front, des marques au menton et des égratignures sur le dessus de la tête. Les égratignures l'ont surprise parce qu'elle n'en avait jamais vu de pareilles sur un enfant, et elle les a montrées à sa sœur. Il ne lui est cependant pas venu à l'esprit que K.M. était maltraité par sa mère nourricière.

[47] Au cours du mois précédant le décès de K.M., une autre amie de sa mère nourricière, L.K., a remarqué qu'il avait une large ecchymose à l'œil, qui s'étendait jusqu'à la joue du côté opposé de son visage, mais elle n'a observé aucune blessure sur lui lorsqu'elle l'a vu chez lui une semaine environ avant son décès.

[48] La mère de J.F., Jean F., a déclaré que K.M. était venu chez elle moins de dix fois pendant les deux mois où il avait vécu chez son fils. Elle a témoigné que son mari lui avait acheté une bicyclette et que K.M. avait fait plusieurs chutes à vélo. Elle n'a pas observé beaucoup d'ecchymoses sur K.M. et elle n'a jamais vu non plus l'un ou l'autre de ses parents nourriciers le frapper. Jean F. n'a pas vraiment vu K.M. lors de sa dernière visite chez lui avant son décès.

[49] À peu près une semaine avant le décès de K.M., J.K., la mère nourricière de la sœur biologique de K.M., a constaté que le comportement de l'enfant avait changé. Selon son témoignage, il agissait comme s'il [TRADUCTION] « avait peur ». Cependant, les deux fois où K.M. est venu chez elle, elle n'a vu aucune blessure sur lui.

[50] Trois jours avant la mort de K.M., L.K. et une autre amie sont allées faire des courses avec la mère

and K.M. They heard the foster mother call K.M. “stupid”, which L.K. testified was unusual because she did not normally speak to people like that. The other woman heard the foster mother yell at the child again when they returned to the residence.

[51] On Tuesday, June 20, J.F. was home the morning his wife inflicted the wounds that caused K.M.’s death. He told the police that he was sleeping when the injuries occurred and awoke only when his wife came running into the room holding the child, saying that he was not breathing properly. This account of the morning’s events differed from what he told the Chief of the First Nation Territory of Sandy Lake (that his wife came in to tell him something was wrong with the child, whom he found in another room), his mother (that he found the child on the floor), and a friend, D.K. (that he heard a bang and saw the child lying on the floor).

[52] J.F. took K.M. to the local nursing station. When they arrived, the child was not breathing and had no pulse. The nurse, Ms. De Coene, observed that “he had bruises all over his body, to his face, his neck . . . his arms and his legs”. She testified that he had an abrasion on his neck, blueness around his lips, lacerations on his chin, a slightly infected wound at the top of his foot, a swollen nose and dried blood in his right nostril, and that his forehead was scraped and swollen. She added that she had never before seen a child in this condition and that she was “shocked by the number of bruises” he had.

[53] Despite efforts to save him, K.M. died shortly after arriving at the nursing station.

[54] The cause of death was determined to be multiple blunt traumas to the head. The interval between K.M.’s fatal injuries and his death was between two and three hours. In addition to the multiple blunt traumas to his head, he suffered haemorrhaging in the small bowel. This was caused by the application

nourricière et K.M. Elles ont entendu la mère nourricière le traiter de [TRADUCTION] « stupide ». Selon le témoignage de L.K., cela n’était pas normal, car la mère nourricière n’avait pas l’habitude de parler aux gens de cette façon. L’autre amie a entendu cette dernière s’adresser à nouveau à l’enfant en hurlant à leur retour à la maison.

[51] Le mardi 20 juin, J.F. était à la maison le matin où sa conjointe a infligé les blessures mortelles à K.M. Il a déclaré à la police qu’il dormait à ce moment-là, et qu’il ne s’était réveillé que lorsque sa conjointe était entrée en trombe dans la chambre avec l’enfant dans les bras en disant qu’il ne respirait pas bien. Ce compte rendu des événements diffère de celui qu’il a fait au chef de la Première nation de Sandy Lake (à qui il a dit que sa conjointe était venue le voir pour lui dire que le garçon n’allait pas bien et qu’il l’avait trouvé dans une autre pièce), à sa mère (à qui il a dit avoir trouvé le garçon sur le plancher) et à un ami, D.K., (à qui il a dit avoir entendu un boum, puis avoir vu le garçon qui gisait sur le plancher).

[52] J.F. a amené K.M. au poste local de soins infirmiers. À leur arrivée, l’enfant ne respirait pas et n’avait plus de pouls. L’infirmière, M<sup>me</sup> De Coene, a constaté qu’il [TRADUCTION] « avait des ecchymoses sur tout le corps, au visage, au cou [ . . . ] aux bras et aux jambes ». Elle a aussi déclaré qu’il avait le cou éraflé, le tour des lèvres bleuté, des lacerations au menton, une blessure légèrement infectée sur le dessus du pied, le nez tuméfié, du sang séché dans la narine droite et le prépuce enflé et éraflé. Elle a témoigné qu’elle n’avait jamais vu un enfant dans un état pareil et qu’elle était [TRADUCTION] « consternée par le nombre d’ecchymoses ».

[53] Malgré les efforts déployés pour le sauver, l’enfant est décédé peu après son arrivée au poste de soins infirmiers.

[54] Le décès a été attribué à de multiples traumatismes à la tête causés par un objet contondant. On a estimé qu’il s’était écoulé entre deux et trois heures entre les blessures fatales et la mort. Aux multiples traumatismes à la tête s’ajoutait une hémorragie à l’intestin grêle, consécutive à l’application

of significant force. An expert testified that within 10 minutes of suffering these types of injuries, the child would have been crying, his level of consciousness would have been affected, he might have had a seizure and he may have vomited.

[55] The police investigation into K.M.'s death revealed that his blood was on two towels, his bed sheet, a comforter, the wall of his bedroom, the wall of the master bedroom and the bathroom floor. The police also found a child's t-shirt that was stained and smelled of vomit. There was an indentation in the bathroom wall with several cracks at approximately K.M.'s height. One of his hairs was found imbedded in the cracks, along with traces of his blood. Three knives were found in the bathroom.

[56] J.F. gave three statements to the police — one on the day K.M. died and two the following day. In his third statement, J.F. told the police that on the night before K.M.'s death, he had seen multiple bruises on the child's legs, arms and chest and a "scratch" on his penis. J.F. said that he had asked K.M. where he got the scratch, and that K.M. told him the family puppy had bitten his penis. J.F. then asked K.M. to show him where he was hurting, and the child indicated his thighs, chest, arms and the back of his head. J.F. felt the back of K.M.'s head and noted that it felt swollen. K.M. told him that he got the bump by falling off his bike. J.F. also indicated that on the Thursday before K.M.'s death, he had seen bruises on his body but no mark on his penis (A.R., at p. 244).

[57] Both J.F. and his wife were charged in relation to the death. J.F.'s wife admitted to having inflicted the blunt trauma that caused K.M.'s death and pleaded guilty to manslaughter. J.F. was charged, in a single indictment, with two counts of manslaughter, the first by criminal negligence under s. 219 of the *Criminal Code* and the second by the unlawful act of failing to provide the necessities of life under s. 215 of the *Code*. A jury convicted him of manslaughter by criminal negligence and acquitted him of manslaughter by failing

d'une force importante. Selon le témoignage d'un expert, dans les 10 minutes suivant ce type de lésions, l'enfant aurait normalement pleuré, son état de conscience aurait été affecté, et il aurait pu avoir des convulsions et vomir.

[55] Les enquêteurs de la police ont trouvé du sang de l'enfant sur deux serviettes, sur les draps de son lit, sur une couette, sur les murs de sa chambre et de la chambre principale et sur le plancher de la salle de bain. Les policiers ont également trouvé un t-shirt d'enfant qui était souillé et qui sentait le vomit. Un mur de la salle de bain était renfoncé et fissuré à une hauteur qui correspondait à peu près à la taille de K.M. On a découvert un des cheveux de l'enfant et des traces de son sang dans les fissures. Trois couteaux ont été trouvés dans les toilettes.

[56] J.F. a fait trois déclarations à la police : une le jour de la mort de K.M. et deux le lendemain. Dans sa troisième déclaration, il a dit à la police que, le soir précédant le décès, il avait remarqué de nombreuses ecchymoses sur les jambes, les bras et la poitrine de l'enfant ainsi qu'une éraflure sur son pénis. J.F. a déclaré qu'il avait demandé à K.M. comment il s'était fait cette éraflure, et que l'enfant lui avait répondu que le chiot de la famille l'avait mordu. J.F. avait alors demandé au garçon de lui montrer où il avait mal, et ce dernier lui a montré ses cuisses, sa poitrine, ses bras et l'arrière de sa tête. J.F. lui avait palpé l'arrière de la tête et avait remarqué qu'elle semblait enflée. L'enfant lui avait expliqué qu'il s'était fait cette bosse en tombant de son vélo. J.F. a aussi indiqué qu'il avait observé la présence d'ecchymoses sur l'enfant le jeudi précédant son décès, mais aucune marque au pénis (d.a., p. 244).

[57] Des accusations ont été portées tant contre J.F. que contre sa conjointe. Celle-ci a avoué avoir infligé à l'enfant le traumatisme qui avait causé sa mort avec un objet contondant et elle a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Un acte d'accusation unique a été déposé contre J.F. Il comportait deux chefs d'homicide involontaire coupable, le premier résultant de la négligence criminelle, au sens de l'art. 219 *C. cr.*, et le second de l'omission illégale de fournir les choses nécessaires à l'existence, au sens de l'art. 215 *C. cr.* Un jury



to provide the necessities of life. J.F. appealed his conviction.

[58] The Ontario Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial ((2007), 226 O.A.C. 119, 2007 ONCA 500). MacFarland J.A., writing for the majority, held that the two verdicts were inconsistent and irreconcilable. Lang J.A., in dissent, found the verdicts to be consistent in light of the qualitative differences between the two offences and the trial judge's instructions to the jury. The Crown appeals to this Court on the basis that the majority of the Court of Appeal for Ontario erred in law by concluding that the verdicts were inconsistent. J.F. cross-appeals and argues that an acquittal ought to have been entered instead of a new trial being ordered.

## 2. Analysis

### 2.1 *Inconsistent Verdicts: Pittiman*

[59] The controlling issue in the present appeal is whether the verdicts are inconsistent. The law was recently reviewed in *Pittiman*. Charron J. explained, at paras. 6-7:

A court of appeal's power to set aside a verdict of guilt on the ground that it is inconsistent is found under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* which provides that the court "may allow the appeal where it is of the opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". This Court has the power to make the same order under s. 695(1). Hence, before an appellate court may interfere with a verdict on the ground that it is inconsistent, the court must find that the verdict is unreasonable. The appellant bears the onus to show that no reasonable jury whose members had applied their minds to the evidence could have arrived at that conclusion: *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.).

a déclaré J.F. coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, mais l'a acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. J.F. a interjeté appel du verdict de culpabilité.

[58] La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès ((2007), 226 O.A.C. 119, 2007 ONCA 500). S'exprimant au nom de la majorité, la juge MacFarland a conclu que les deux verdicts étaient incompatibles et inconciliables. La juge Lang, dissidente, a estimé qu'il n'y avait pas incompatibilité, compte tenu des différences d'ordre qualitatif entre les deux infractions et des directives du juge au jury. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour en faisant valoir que les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont commis une erreur de droit en concluant à l'incompatibilité des verdicts. J.F. a formé un pourvoi incident dans lequel il soutient qu'ils auraient dû inscrire un acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## 2. Analyse

### 2.1 *L'incompatibilité des verdicts : l'arrêt Pittiman*

[59] La seule question qui se pose en l'espèce est celle de la compatibilité des verdicts. L'arrêt récent *Pittiman* a examiné le droit applicable à cet égard. La juge Charron y a expliqué ce qui suit, aux par. 6 et 7 :

Une cour d'appel est habilitée à rejeter un verdict de culpabilité pour cause d'incompatibilité en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, qui prévoit que la cour « peut admettre l'appel, si elle est d'avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». Notre Cour a le même pouvoir en vertu du par. 695(1). Ainsi, pour qu'une cour d'appel puisse modifier un verdict pour cause d'incompatibilité, elle doit préalablement conclure qu'il est déraisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer qu'aucun jury raisonnable dont les membres auraient étudié la preuve n'aurait pu arriver à cette conclusion : *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.).

The onus of establishing that a verdict is unreasonable on the basis of inconsistency with other verdicts is a difficult one to meet because the jury, as the sole judge of the facts, has a very wide latitude in its assessment of the evidence. The jury is entitled to accept or reject some, all or none of any witness's testimony. Indeed, individual members of the jury need not take the same view of the evidence so long as the ultimate verdict is unanimous. Similarly, the jury is not bound by the theories advanced by either the Crown or the defence. The question is whether the verdicts are supportable on any theory of the evidence consistent with the legal instructions given by the trial judge. Martin J.A. aptly described the nature of the inquiry in *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56, as follows:

Where on any realistic view of the evidence, the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis the illogicality of the verdict tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable compromise. We would, on the ground that the verdict is unreasonable alone, allow the appeal, set aside the verdict, and direct an acquittal to be entered.

(Emphasis added; emphasis in original deleted.)

[60] As can be seen from Martin J.A.'s reasons in *McShannock*, the scope of the notion of inconsistent verdicts has, until now, been seen to be narrow. This notion has been confined to instances where the reviewing court finds that the jury must have been confused or must have reached some sort of unjustifiable compromise. In *Pittiman*, this Court did not depart from this narrow view. In Fish J.'s reasons, the notion is extended to cases where a clear explanation for the verdicts is found in the record.

[61] After outlining the law as it relates to the offences for which J.F. was charged, I will explain why J.F. has not met the onus of proving that the verdicts were inconsistent.

## 2.2 *Alleged Offences*

[62] The indictment laying out the charges against J.F. read as follows:

Il est difficile de s'acquitter de l'obligation d'établir qu'un verdict est déraisonnable pour cause d'incompatibilité avec d'autres verdicts étant donné que, à titre de seul juge des faits, le jury dispose d'une très grande latitude pour apprécier la preuve. Le jury peut accepter ou rejeter tous les témoignages ou une partie de ceux-ci. En fait, il n'est pas nécessaire que les membres du jury aient tous la même perception de la preuve, pourvu que le verdict qu'ils prononcent en fin de compte soit unanime. De même, le jury n'est pas lié par les thèses du ministère public ou de la défense. La question est de savoir si les verdicts peuvent s'appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives juridiques données par le juge du procès. Le juge Martin a décrit avec justesse la nature de l'examen dans l'arrêt *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56 :

[TRADUCTION] Si, après un examen réaliste de la preuve, les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, l'illogisme du verdict tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable. Du seul fait que le verdict est déraisonnable, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

(Je souligne; soulignement dans l'original omis.)

[60] Comme le démontrent les motifs du juge Martin dans *McShannock*, jusqu'à maintenant, on a attribué une portée étroite à la notion d'incompatibilité des verdicts. Elle se limite aux cas où le tribunal qui examine les verdicts conclut que le jury doit avoir mal compris la preuve ou doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable. Dans *Pittiman*, la Cour ne s'est pas écartée de cette vision étroite. Dans ses motifs, le juge Fish étend cette notion aux cas où une explication claire des verdicts ressort du dossier.

[61] Après avoir donné un aperçu du droit applicable aux infractions dont J.F. était accusé, j'expliquerai pourquoi J.F. n'a pas démontré que les verdicts sont incompatibles.

## 2.2 *Les accusations portées*

[62] L'acte d'accusation déposé contre J.F. lui reprochait d'avoir :

... that

[J.F.] between the 15<sup>th</sup> day of April 2000, and the 20<sup>th</sup> day of June 2000 ... did unlawfully cause the death of [K.M.] by criminal negligence and did thereby commit manslaughter, contrary to Section 236(b) of the Criminal Code of Canada.

And further that

[J.F.] between the 15<sup>th</sup> day of April 2000, and the 20<sup>th</sup> day of June 2000 ... did unlawfully cause the death of [K.M.] by means of an unlawful act, to wit failing to provide the necessaries of life to [K.M.], and did thereby commit manslaughter, contrary to Section 236(b) of the Criminal Code of Canada.

J.F. was thus charged with two counts of manslaughter, the first by criminal negligence under s. 219 of the *Criminal Code* and the second by the unlawful act of failing to provide the necessaries of life under s. 215.

[63] The relevant provisions of the *Criminal Code* are:

**215. (1) Every one is under a legal duty**

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessaries of life for a child under the age of sixteen years;

. . . .

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

. . . .

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

. . . .

**219. (1) Every one is criminally negligent who**

. . . .

[TRANSLATION] ... d'avoir

... entre le 15 avril 2000 et le 20 juin 2000 [...] illégalement causé la mort de [K.M.] par négligence criminelle, commettant ainsi l'infraction d'homicide involontaire coupable prévue à l'alinéa 236b) du Code criminel du Canada.

Et d'avoir :

... entre le 15 avril 2000 et le 20 juin 2000 [...] illégalement causé la mort de [K.M.] par suite d'un acte illégal, à savoir, en omettant de fournir à [K.M.] les choses nécessaires à l'existence, commettant ainsi l'infraction d'homicide involontaire coupable prévue à l'alinéa 236b) du Code criminel du Canada.

J.F. devait donc répondre à deux accusations d'homicide involontaire coupable, la première résultant de la négligence criminelle (art. 219 *C. cr.*), et la seconde de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (art. 215 *C. cr.*).

[63] Voici les dispositions pertinentes du *Code criminel* :

**215. (1) Toute personne est légalement tenue :**

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

. . . .

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si :

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b) :

. . . .

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

. . . .

**219. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque :**

. . . .

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, “duty” means a duty imposed by law.

. . .

222. . . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

. . .

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

. . .

(b) in any other case, to imprisonment for life.

[64] The essential elements of the offences of criminal negligence by omission and of failing to provide the necessities of life differ. The offences are both negligence-based, however.

[65] The underlying premise for finding fault in respect of a negligence-based offence lies in the “failure to direct the mind to a risk [of harm] which the reasonable person would have appreciated” (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 58). However, the fault element is in large part premised on the *actus reus*. Indeed, the inquiry into the *actus reus* entails an objective assessment of the specific risk of harm at issue. The judge will determine what the specific risk is by looking at the words of the statute. For example, for the purposes of various *Criminal Code* offences, the risk of harm can be defined as “in a manner that is dangerous to the public” (s. 249(1)(a)), “in a careless manner or

b) soit en omettant de faire quelque chose qu’il est de son devoir d’accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui.

(2) Pour l’application du présent article, « devoir » désigne une obligation imposée par la loi.

. . .

222. . . .

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu’elle cause la mort d’un être humain :

a) soit au moyen d’un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

. . .

234. L’homicide coupable qui n’est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d’un acte criminel passible :

. . .

b) dans les autres cas, de l’emprisonnement à perpétuité.

[64] Les éléments essentiels des infractions de négligence criminelle par omission et d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence diffèrent, mais ces infractions sont toutes deux fondées sur la négligence.

[65] Dans les infractions fondées sur la négligence, la source de la faute réside dans « l’omission d’envisager un risque [de préjudice] dont une personne raisonnable se serait rendu compte » (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 58). Toutefois, l’élément fautif repose en grande partie sur l’*actus reus*. D’ailleurs, l’examen de l’*actus reus* suppose l’évaluation objective du risque particulier en cause. Le juge qui procède à cet examen détermine quel est ce risque en se reportant au texte de loi. Par exemple, selon l’infraction prévue au *Code criminel*, le risque de préjudice peut être défini différemment : « d’une façon dangereuse pour le public » (al. 249(1)a)), « d’une manière négligente ou sans prendre suffisamment

without reasonable precautions for the safety of other persons” (s. 86(1)), “shows . . . disregard for the lives or safety of other persons” (s. 219(1)), or “endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently” (s. 215(2)(a)(ii)). The risk of harm is therefore generally set out in the statutory description of the *actus reus*.

[66] The *actus reus* of failing to provide the necessities of life will be established if it is proved (1) that the accused was under a legal duty to provide the necessities of life to the person in question pursuant to s. 215(1)(a); (2) that, from an objective standpoint, he or she failed to perform the duty; and (3) that, again from an objective standpoint, this failure endangered the life of the person to whom the duty was owed, or caused or was likely to cause the health of that person to be endangered permanently. Following Charron J.’s reasoning in *R. v. Beatty*, [2008] 1 S.C.R. 49, 2008 SCC 5, the marked departure standard is not applied at this point, since “[n]othing is gained by adding to the words of [the statute] at this stage of the analysis” (para. 45).

[67] The *mens rea* of failing to provide the necessities of life will be established if it is proved that the conduct of the accused represented a marked departure from the conduct of a reasonable parent, foster parent, guardian or family head in the same circumstances. The conduct must represent a marked departure because, as Lamer C.J. indicated: “Unlike negligence under civil law, which is concerned with the apportionment of loss, penal negligence is concerned with the punishment of moral blameworthiness” (*R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, at p. 93). As Charron J. stated: “The degree of negligence is the determinative question because criminal fault must be based on conduct that merits punishment” (*Beatty*, at para. 35). Thus, “penal negligence punishes a *marked* departure from an objectively reasonable standard of care” (*R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 142 (emphasis in original)).

de précautions pour la sécurité d’autrui » (par. 86(1)), « montre une insouciance [. . .] à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui » (par. 219(1)) ou « met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne » (sous-al. 215(2)(a)(ii)). Le risque de préjudice est donc généralement défini dans la description légale de l’*actus reus*.

[66] L’*actus reus* de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence s’établit par la preuve (1) que l’accusé était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l’existence de la personne en cause, au sens de l’al. 215(1)a); (2) que, d’un point de vue objectif, il a manqué à cette obligation et (3) que ce manquement, toujours d’un point de vue objectif, a mis en danger la vie de la personne envers laquelle il était ainsi tenu, ou a exposé, ou était de nature à exposer, la santé de cette personne à un péril permanent. Suivant le raisonnement de la juge Charron dans *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5, le critère de l’écart marqué par rapport à la norme ne s’applique pas à ce stade car, « [à] cette étape de l’analyse, il est inutile d’ajouter quoi que ce soit au texte de [loi] » (par. 45).

[67] La *mens rea* de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence s’établit par la preuve que la conduite de l’accusé représentait un écart marqué par rapport à la conduite d’un père ou d’une mère, d’un parent nourricier, d’un tuteur ou d’un chef de famille raisonnable dans les mêmes circonstances. La conduite doit constituer un écart marqué car, ainsi que l’a indiqué le juge en chef Lamer : « Contrairement à la négligence en matière civile, qui appelle une répartition des pertes, la négligence pénale donne lieu à la punition de la conduite moralement blâmable » (*R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, p. 93). En effet, pour reprendre les mots de la juge Charron : « Le degré de négligence constitue la question déterminante, parce que la faute criminelle doit être fondée sur un comportement qui mérite d’être puni » (*Beatty*, par. 35). Ainsi, « la négligence pénale permet de sanctionner un écart *marqué* par rapport à une norme de diligence objectivement raisonnable » (*R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 142 (en italique dans l’original)).

[68] Turning to the offence of criminal negligence, the *actus reus* will be established if it is proved (1) that the accused was under a legal duty to do something; (2) that, from an objective standpoint, he or she failed to perform the duty; and (3) that in failing to perform the duty, he or she showed, again from an objective standpoint, wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. Proof of the *mens rea* will flow from a finding that the conduct of the accused was wanton or reckless. Wanton or reckless behaviour has been equated with a marked *and substantial* departure from the norm (H. Parent, *Traité de droit criminel* (2nd ed. 2007), vol. 2, at p. 299), which necessarily includes behaviour that constitutes a marked departure.

[69] From the above discussion, it is clear that the two offences do not have the same *actus reus*. It is true that they may involve the same legal duty. However, in addition to the fact that criminal negligence requires evidence of wanton or reckless conduct, whereas the standard for a failure to provide the necessities of life is a marked departure from the conduct of a reasonable person in the same circumstances, the offences involve different types of risk of harm. In the *actus reus* of criminal negligence, the risk of harm is defined as “shows . . . disregard for the lives or safety of other persons”, whereas in the *actus reus* of the failure to provide the necessities of life, it is defined as “endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently”. In the present case, the trial judge clearly understood that the offence of failing to provide the necessities of life involves a distinct type of harm. His instructions to the jury on this point were clear.

### 2.3 Judge’s Instructions on Type of Harm

[70] In his charge to the jury, the trial judge set out the essential elements of each offence as follows (for the purposes of the analysis, I have divided his instructions on criminal negligence into steps to

[68] Pour ce qui est de la négligence criminelle, l’*actus reus* sera établi s’il est prouvé (1) que l’accusé était légalement tenu d’accomplir quelque chose; (2) qu’il a omis, d’un point de vue objectif, de s’acquitter de son devoir légal et, (3) que, par cette omission, il a montré, encore une fois d’un point de vue objectif, une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui. La preuve de la *mens rea* découlera de la conclusion que la conduite de l’accusé était déréglée ou téméraire. La conduite déréglée ou téméraire a été assimilée à un écart marqué *et important* par rapport à la norme (H. Parent, *Traité de droit criminel* (2<sup>e</sup> éd. 2007), t. 2, p. 299), ce qui inclut nécessairement la conduite constituant un écart marqué.

[69] Il ressort clairement des paragraphes précédents que l’*actus reus* des deux infractions diffère. Certes, le même devoir légal peut être en cause dans les deux infractions mais, hormis le fait que la négligence criminelle exige la preuve d’une conduite déréglée ou téméraire, tandis que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence requiert celle d’un écart marqué par rapport à la conduite d’une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, le risque de préjudice diffère pour chacune des infractions. S’agissant de la négligence criminelle, le risque de préjudice est décrit en ces termes par l’*actus reus* de l’infraction : « . . . montre une insouciance [ . . . ] à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui. » S’agissant de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, le risque de préjudice est défini en ces termes par l’*actus reus* : « . . . met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne ». Il ne fait aucun doute, en l’espèce, que le juge du procès a compris que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence comportait un risque de préjudice distinct. Les directives qu’il a données au jury sont claires sur ce point.

### 2.3 Les directives au jury sur le risque de préjudice

[70] Voici comment le juge a présenté les éléments essentiels de chaque infraction dans son exposé au jury (pour faciliter l’analyse, j’ai divisé ses directives concernant la négligence criminelle en utilisant

parallel the steps he used in discussing the count of failing to provide the necessities of life):

les mêmes étapes que le juge a utilisées à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence) :

[TRADUCTION]

<u>Criminal Negligence</u>	<u>Failing to Provide the Necessaries of Life</u>	<u>Négligence criminelle</u>	<u>Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence</u>
<p>For the Crown to establish criminal negligence causing death, Crown counsel must prove each of the following essential elements beyond a reasonable doubt: that [J.F.] failed to take proper steps to protect [K.M.] [Step 1]; that in failing to take proper steps to protect [K.M.], [J.F.] showed a wanton or reckless disregard for the safety of [K.M.] [Step 2]; that [J.F.]'s failure to take proper steps caused [K.M.]'s death [Step 4]. [A.R., at pp. 541-42]</p>	<p>For you to find [J.F.] guilty on count 2, Crown counsel must prove each of the following essential elements beyond a reasonable doubt: That [J.F.] owed a legal duty to provide the necessities of life to [K.M.] and that [J.F.] failed in that duty [Step 1]; (2) that in failing to provide the necessities of life to [K.M.], [J.F.] showed a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in the same circumstances [Step 2]; (3) that in failing to provide the necessities of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered [Step 3]; (4) that such failure caused the death of [K.M.] [Step 4]. [A.R., at pp. 600-601]</p>	<p>Pour établir la négligence criminelle ayant causé la mort, le ministère public doit prouver chacun des éléments essentiels suivants hors de tout doute raisonnable : que [J.F.] n'a pas pris les mesures voulues pour protéger [K.M.] [étape 1]; qu'en ne prenant pas les mesures voulues pour protéger [K.M.], [J.F.] a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de [K.M.] [étape 2]; que l'omission de [J.F.] de prendre les mesures voulues a causé la mort de [K.M.] [étape 4]. [d.a., p. 541-542]</p>	<p>Pour que vous déclariez [J.F.] coupable du deuxième chef, le ministère public doit prouver chacun des éléments essentiels suivants hors de tout doute raisonnable : que [J.F.] était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] et qu'il a omis de remplir cette obligation [étape 1]; (2) que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] constituait un écart marqué par rapport à la conduite qu'aurait eue un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances [étape 2]; (3) que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence a mis la vie de [K.M.] en danger, ou a exposé, ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent [étape 3]; (4) que cette omission a causé la mort de [K.M.] [étape 4]. [d.a., p. 600-601]</p>

[71] The trial judge then explained the essential elements of each offence separately. On Step 2, his instructions to the jury on the two counts were almost identical after the second paragraph:

[71] Le juge du procès a ensuite expliqué séparément les éléments essentiels de chaque infraction. Pour l'étape 2, les directives qu'il a données au jury, à partir du troisième paragraphe, étaient pratiquement identiques :

<u>Criminal Negligence</u> <u>Step 2</u>	<u>Failing to Provide the Necessaries of Life</u> <u>Step 2</u>	<u>Négligence criminelle</u> <u>Étape 2</u>	<u>Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence</u> <u>Étape 2</u>
<p>Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt</p>	<p>If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [J.F.]</p>	<p>Le ministère public doit prouver hors de tout doute</p>	<p>Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable</p>

that the failure of [J.F.] to protect [K.M.] from harm at the hands of [V.F.] showed a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.].

Wanton disregard means heedless disregard for the consequences of your failure to act. Reckless means showing indifference to the consequences of your failure to act.

Criminal negligence requires more than just carelessness. For [J.F.] to be found criminally negligent, his failure to take protective steps on [K.M.]'s behalf must constitute a marked and substantial departure from what a reasonably prudent parent would do in the same circumstances. Crown counsel may prove this in either of two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

Crown counsel does not have to prove both. It is enough for Crown counsel to prove one or the other. Nor does everyone have to agree on which one Crown counsel has proven, as long as each of you is satisfied that one or the other of them has been

failed to fulfill the duty to provide the necessities of life required by the circumstances, you must go on to the next question.

In failing to provide the necessities of life to [K.M.], did [J.F.] show a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances?

Criminal liability requires more than just carelessness. Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that [J.F.]'s failure to provide the necessities of life in this case was a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances. Crown counsel may do so in two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

Crown counsel does not have to prove both. It is enough for Crown counsel to prove one or the other. Nor does everyone have to agree on which one Crown counsel has proven, as long as each of you is satisfied that one or the other of them

raisonnable que l'omission de [J.F.] de protéger [K.M.] contre la violence de [V.F.] démontrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.].

On entend par insouciance déréglée une insouciance démesurée à l'égard des conséquences de l'omission. L'insouciance téméraire signifie une indifférence manifeste à l'égard des conséquences de l'omission.

La négligence criminelle nécessite plus que la seule imprudence. Pour que [J.F.] soit déclaré coupable de négligence criminelle, il faut que son omission de prendre des mesures de protection à l'égard de [K.M.] constitue un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

Le ministère public n'a pas à faire ces deux preuves. Il lui suffit de prouver l'un des deux éléments. Il n'est pas nécessaire non plus que vous vous entendiez sur celui qui a été prouvé par le ministère public, du moment que chacun d'entre

que [J.F.] a manqué à son obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence dans les circonstances, vous devez passer à la question suivante.

L'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] constituait-elle un écart marqué par rapport à la conduite d'un père ou d'une mère raisonnable dans les mêmes circonstances?

La responsabilité criminelle nécessite plus que la seule imprudence. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence constituait en l'espèce un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

Le ministère public n'a pas à faire ces deux preuves. Il lui suffit de prouver l'un des deux éléments. Il n'est pas nécessaire non plus que vous vous entendiez sur celui qui a été prouvé par le ministère public, du moment que chacun d'entre



proven beyond a reasonable doubt. has been satisfied, has been proven beyond a reasonable doubt.

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to take protective steps would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to act, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonably prudent parent in the same circumstances, criminal negligence has been established whether or not [J.F.] recognized the risk to the health or safety of [K.M.].

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to provide the necessities of life would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to fulfill the duty, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonable parent in the same circumstances, then it is immaterial whether [J.F.] failed to recognize that risk to the health or safety of [K.M.].

Your review of the trial evidence respecting the second essential element of this offence should also be broadly based. The circumstances, as you find them to be, will emerge from a distillation of the details. Your review will include external marks of violence on the person of [K.M.], your assessment of when they occurred, how visible they were to a person in the position of a parent, the behaviour of [V.F.], the statements of [J.F.], to name a few. You will look to see whether or not a pattern emerges. You will be interested in exploring whether and, if so, when, the extent of injury or its frequency, severity, repetition, or apparent cause reaches a critical mass that, when objectively considered, would elevate the concern of a parent in the same position, and whether, depending on your findings, a reasonably prudent parent

Your review of the trial evidence respecting the second essential element of this offence should be broadly based. The circumstances, as you find them to be, will emerge from a distillation of the details. Your review will include external marks of violence on the person of [K.M.], your assessment of when they occurred, how visible they were to a person in the position of a parent, the behaviour of [V.F.], the statements of [J.F.], to name a few. You will look to see whether or not a pattern emerges. You will be interested in exploring whether and, if so, when, the extent of injury or its frequency, severity, repetition, or apparent cause reaches a critical mass that, when objectively considered, would elevate the concern of a reasonable parent in the same position, and whether, depending on your findings, a reasonable parent would take

vous est convaincu que l'un des deux a été prouvé hors de tout doute raisonnable. vous est convaincu que l'un des deux a été établi, a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de prendre des mesures de protection entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.], considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances, la négligence criminelle a été établie, que [J.F.] ait reconnu ou non le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.].

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de fournir les choses nécessaires à l'existence entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.] de remplir son obligation, considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, il est sans importance que [J.F.] n'ait pas reconnu ce risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.].

Votre examen de la preuve relative au deuxième élément essentiel de cette infraction devrait également être très englobant. Vos conclusions sur les circonstances ressortiront de votre synthèse des détails. Vous prendrez notamment en considération les marques externes de violence que présentait [K.M.], votre évaluation du moment où les actes de violence ont eu lieu, la visibilité de ces marques pour une personne qui joue le rôle d'un parent, la conduite de [V.F.], les déclarations de [J.F.], etc. Vous tenterez d'établir si une tendance se dégage. Vous voudrez déterminer si — et, le cas échéant, à quel moment — l'étendue des blessures, leur fréquence, leur gravité, leur répétition ou leur cause apparente ont atteint un point critique qui, considéré objectivement, aurait éveillé l'inquiétude d'un père ou d'une mère se trouvant dans la même

Votre examen de la preuve relative au deuxième élément essentiel de cette infraction devrait être très englobant. Vos conclusions sur les circonstances ressortiront de votre synthèse des détails. Vous prendrez notamment en considération les marques externes de violence que présentait [K.M.], votre évaluation du moment où les actes de violence ont eu lieu, la visibilité de ces marques pour une personne qui joue le rôle d'un parent, la conduite de [V.F.], les déclarations de [J.F.], etc. Vous tenterez d'établir si une tendance se dégage. Vous voudrez déterminer si — et, le cas échéant, à quel moment — l'étendue des blessures, leur fréquence, leur gravité, leur répétition ou leur cause apparente ont atteint un point critique qui, considéré objectivement, aurait éveillé l'inquiétude d'un père ou d'une mère raisonnable se trouvant dans la

would take prophylactic or protective steps. Your task in deciding this question is made more complex because a great number of the injuries to [K.M.] may have their origin closer to the end of [K.M.]'s life. The fact that analysis is difficult, however, should not deter you from it. [Emphasis added; A.R., at pp. 545-47.]

Thus, the above passages show that the trial judge explained Step 2 to the jury in almost identical terms for the two offences.

[72] More specifically, with regard to the offence of failing to provide the necessities of life, although the trial judge indicated that the Crown had to show a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances, he actually went on to instruct the jury that "Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that [J.F.]'s failure to provide the necessities of life in this case was a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances." After this instruction, the charge to the jury was essentially identical to the charge for criminal negligence.

[73] The identical instructions at Step 2 meant that there was a common denominator for the two offences. As a result, a reasonable jury would have understood that on both counts, it had to find that J.F.'s conduct represented a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances. But the jury's work did not stop at Step 2.

[74] For the offence of failing to provide the necessities of life, the jury was also expressly instructed,

situation et si, compte tenu de vos conclusions, un parent raisonnablement prudent aurait pris des mesures de prévention ou de protection. Le fait qu'un grand nombre des blessures de [K.M.] puissent lui avoir été infligées peu de temps avant la fin de sa vie peut vous compliquer la tâche, mais la difficulté de votre mission ne devrait pas vous en détourner. [Je souligne; d.a., p. 545-547.]

Comme le démontrent les passages qui précèdent, le juge du procès a utilisé des termes presque identiques pour expliquer l'étape 2 de chaque infraction au jury.

[72] Plus précisément, bien qu'il ait indiqué au jury, relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, que le ministère public devait prouver un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, le juge du procès a ajouté : [TRADUCTION] « Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence constituait en l'espèce un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances. » Après avoir formulé cette directive, il a repris essentiellement les directives qu'il avait données pour la négligence criminelle.

[73] Les directives identiques formulées à l'égard de l'étape 2 ont fait ressortir un dénominateur commun entre les deux infractions. Un jury raisonnable devrait donc avoir compris que, pour les deux chefs, il devait conclure que la conduite de J.F. présentait un écart marqué et important par rapport à ce qu'un parent raisonnable aurait fait dans les circonstances. Mais la tâche du jury ne s'arrêtait pas à l'étape 2.

[74] Relativement à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge

at Step 3, to consider another type of harm beyond the one the judge described as common to both offences at Step 2:

If you are satisfied that in failing to provide the necessities of life to [K.M.], [J.F.] showed a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances, you must go on to consider the next question.

Did [J.F.]’s failure to provide the necessities of life endanger the life of [K.M.]? Did it cause or was it likely to cause his health to be endangered permanently?

Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt the failure of [J.F.] to provide the necessities of life required of him in the circumstances either endangered the life of [K.M.] or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered. Crown counsel need not prove both.

Your approach to assessing the foreseeability of endangerment to the life of [K.M.] or the foreseeability of likely permanent endangerment to his health must proceed, not from the standpoint of what [J.] foresaw, what [J.F.] foresaw but, objectively, from the perspective of what a reasonable parent in identical circumstances could foresee. Was it objectively foreseeable that the failure to provide [the] necessities of life would lead to a risk of danger to life, or a risk of permanent endangerment [to] the health of [K.M.]?

Again, you must canvass the trial evidence in your consideration of this question.

If Crown counsel has not satisfied you beyond a reasonable doubt that, by his failure to provide the necessities of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause permanent endangerment to his health, you must find [J.F.] not guilty on count 2. [Emphasis added; A.R., at pp. 605-6.]

[75] Therefore, the jury, as instructed, would have understood that in order to find J.F. guilty of failing to provide the necessities of life, it had to be satisfied beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. (Step 2) and had endangered K.M.’s life, or caused or likely caused his health to be endangered permanently (Step 3). Thus, the jury was instructed at Step 3 to consider another type of harm beyond the harm that was common to the two offences. This

a également expressément donné pour directive au jury, à l’étape 3, d’examiner aussi un autre risque de préjudice en plus de celui qu’il avait décrit comme commun aux deux infractions à l’étape 2 :

[TRADUCTION] Si vous avez la conviction qu’en omettant de fournir à [K.M.] les choses nécessaires à son existence, [J.F.] s’est écarté de façon marquée de la conduite d’un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, vous devez passer à la question suivante.

L’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence a-t-elle mis en danger la vie de [K.M.]? A-t-elle exposé, ou était-elle de nature à exposer sa santé à un péril permanent?

Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence qu’il était tenu de fournir dans les circonstances a mis en danger la vie de [K.M.] ou bien a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Il n’a pas à prouver les deux.

Pour évaluer la prévisibilité du danger pour la vie de [K.M.] ou du risque de péril permanent pour sa santé, vous devez partir non pas de ce que [J.] a prévu, ce que [J.F.] a prévu mais, objectivement, de ce qu’un parent raisonnable se trouvant dans des circonstances identiques pouvait prévoir. Était-il objectivement prévisible que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence risquerait de mettre en danger la vie de [K.M.] ou d’exposer sa santé à un péril permanent?

Encore une fois, vous devez examiner la preuve pour répondre à cette question.

Si le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence a mis en danger la vie de [K.M.], ou a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent, vous devez acquitter [J.F.] du deuxième chef. [Je souligne; d.a., p. 605-606.]

[75] Après avoir reçu ces directives, le jury devrait donc avoir compris que, pour déclarer J.F. coupable de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que J.F. n’avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. (étape 2) et que son omission avait mis en danger la vie de K.M. ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent (étape 3). Ainsi, le jury a reçu pour directive d’examiner (à l’étape 3) un autre

other type of harm was unique to the offence of failing to provide the necessities of life.

[76] Since the jurors were clearly told that at Step 2 the count of failure to provide the necessities of life required them to find the same elements as those for criminal negligence, it may be that at that step the trial judge, in discussing the offence of failing to provide the necessities of life, was pointing to a harm (“to health or safety”) which appeared to be in addition to the harm discussed at Step 3. He further instructed the jury that it needed to be satisfied that the failure to provide the necessities of life constituted a marked and substantial departure from reasonable behaviour. However, these instructions cannot cast doubt on the conviction for criminal negligence, because the elements in question clearly apply on that count. Nor can they explain the acquittal, because the same instructions were given for both counts and the evidence was found sufficient for the count of criminal negligence. The explanation for the acquittal must thus lie in the differences between the two underlying offences. In my view, two observations make it clear why the conviction is not unreasonable and the two verdicts are not inconsistent. The first is that the judge properly charged the jury on the count of criminal negligence, and the second is that the express instructions on Step 3 (threshold level of harm for the count of failing to provide the necessities of life) were correct.

[77] The express instructions at Step 2 explain why, in the present case, the jury could find that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the risk to the health or safety of K.M., while finding, at Step 3, on the count of failing to provide the necessities of life, that the Crown had not met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the failure to provide the necessities of life had endangered

type de préjudice en sus du préjudice commun aux deux infractions. Ce préjudice était propre à l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence.

[76] Puisque les directives indiquaient clairement aux jurés qu’ils devaient, à l’étape 2, conclure à l’existence des mêmes éléments relativement au chef d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, que relativement à celui de négligence criminelle, il se peut que le juge du procès, à cette étape, ait fait état, pour l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, d’un préjudice (« pour la santé ou la sécurité ») qui semblait s’ajouter au préjudice mentionné à l’étape 3. Il a aussi dit aux jurés qu’ils devaient être convaincus que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence constituait un écart marqué et substantiel par rapport à une conduite raisonnable. Toutefois, ces directives ne peuvent jeter un doute sur le verdict de culpabilité pour négligence criminelle, parce que ces éléments s’appliquent incontestablement à ce chef. Elles ne peuvent pas non plus expliquer l’acquittement, puisque les directives étaient les mêmes pour les deux chefs et que la preuve a été jugée suffisante pour l’infraction de négligence criminelle. L’explication de l’acquittement doit donc tenir aux différences entre les deux infractions sous-jacentes. Deux éléments permettent, à mon avis, de comprendre pourquoi le verdict de culpabilité n’est pas déraisonnable et les verdicts ne sont pas incompatibles. Premièrement, le juge a correctement instruit le jury concernant le chef de négligence criminelle et, deuxièmement, les directives expresses données par le juge relativement à l’étape 3 (niveau de préjudice requis pour l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence) étaient justes.

[77] Les directives expresses sur l’étape 2 expliquent pourquoi, en l’espèce, le jury a pu conclure à la fois que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l’omission de J.F. de prêter attention à la santé ou à la sécurité de K.M. et, à l’étape 3 de l’examen de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, qu’il ne s’était pas acquitté du fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que cette omission avait mis la vie de

K.M.'s life, or had caused or likely caused K.M.'s health to be endangered permanently. In my view, the instructions, coupled with the extensive discussion at trial on the bruising on K.M.'s body, make it clear that the verdicts reached by the jury are not inconsistent.

#### 2.4 *Review of the Evidence on Bruising*

[78] Much of the evidence at trial related to the bruises found on K.M.'s body. For example, during their closing statements, Crown counsel and defence counsel referred specifically to the time line of the bruising:

[Crown counsel]: You heard a great deal of evidence from medical people about old bruises and new bruises and how many were fresh and how many were old, and about the problem of green in the photographs. [A.R., at pp. 491-92]

[Crown counsel]: 1) [K.M.] suffered an extraordinary amount of injury and it didn't all happen in the last few hours. 2) [J.F.] admits being aware of bruising as far back as the Thursday. [A.R., at p. 495]

[Defence counsel]: You cannot, you cannot, take the solution, the fact that he died, and was beat to death and work backwards to figure out what you would have done in those circumstances or what [J.F.] should have done had he known the result. You can't work the puzzle backwards. [A.R., at p. 499]

[Defence counsel]: Then [K.M.] comes into the living room to watch TV with his dad while [V.F.] goes to get clean clothes. That's when she says, "Look at these bruises". Not life threatening. Not sufficient to call a doctor. You remember the bruises, 90 per cent of them, that you see in those pictures or 80 per cent of them — the doctor said 80 to 90 per cent weren't there, only 10 or 20 per cent were older bruises. If it's possible to reduce down the bruises on the body, remember that, and remember that's what [J.F.] saw. [A.R., at p. 506]

[Defence counsel]: This is not a case of repeated vicious assaults or many trips to a doctor with child with broken

K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer la santé de K.M. à un péril permanent. À mon avis, les directives, jumelées à l'ample débat, au procès, sur les ecchymoses présentes sur le corps de K.M., montrent clairement que les verdicts ne sont pas incompatibles.

#### 2.4 *Examen de la preuve relative aux ecchymoses*

[78] Au procès, beaucoup des éléments de preuve se rapportaient aux ecchymoses relevées sur le corps de K.M. Par exemple, les avocats du ministère public et de la défense ont tous deux traité expressément de la chronologie des ecchymoses dans leur exposé final :

[TRADUCTION]

[Ministère public] : Vous avez entendu beaucoup de témoignages de professionnels de la santé sur d'anciennes et de nouvelles ecchymoses, sur le nombre d'ecchymoses qui étaient récentes ou vieilles et sur le problème du vert sur les photos. [d.a., p. 491-492]

[Ministère public] : (1) [K.M.] a subi un nombre extraordinaire de lésions, et elles ne lui ont pas toutes été infligées dans les dernières heures. (2) [J.F.] avoue que le jeudi, déjà, il avait remarqué des ecchymoses. [d.a., p. 495]

[Défense] : Vous ne pouvez pas, vous ne pouvez partir du résultat, le fait qu'il est mort et qu'il a été battu à mort, et vous demander rétrospectivement ce que vous auriez fait dans les circonstances ou ce que [J.F.] aurait fait s'il avait connu le résultat. Vous ne pouvez résoudre le casse-tête à l'envers. [d.a., p. 499]

[Défense] : Alors, [K.M.] va dans la salle de séjour pour regarder la télévision avec son père tandis que [V.F.] va chercher des vêtements propres. C'est à ce moment qu'elle dit « Regarde ces bleus ». Pas de danger de mort. Pas assez grave pour appeler un médecin. Vous vous souvenez des ecchymoses, 90 pour 100 d'entre elles, de celles que vous avez vues sur ces photos, ou 80 pour 100 d'entre elles — le médecin a dit que 80 à 90 pour 100 n'étaient pas là, seulement 10 ou 20 pour 100 des ecchymoses étaient anciennes. S'il est possible de réduire le nombre d'ecchymoses sur le corps, rappelez-vous cela, et rappelez-vous que c'est ce que [J.F.] a vu. [d.a., p. 506]

[Défense] : Il ne s'agit pas d'un cas où la victime a subi des agressions brutales répétées, où il y a eu de

arm or broken leg, a broken wrist and a variety of suspicious explanations. It's not that kind of case. [A.R., at p. 512]

[79] Furthermore, the time line was prominent in the trial judge's summary of the testimony of several witnesses for the jury:

It is of some significance in that situation to check the physical status of the child. When seen on May 2, 2000, DeCoen noted nothing remarkable about the child's condition physically. She did not notice any bruising or scrapes on the child. His abdomen was soft. She saw no cuts or lacerations. He didn't show any soreness or tenderness. She had no concerns for his physical well-being as at that time. [A.R., at pp. 551-52]

Nurse DeCoen said that she had never before seen a child with that degree of bruising. She says that she was "shocked by the number of bruises and their various stages of healing". She admits that she is not an expert in the aging of bruises, but expressed the opinion that she could tell from the colouring that the bruises were of different ages. She described more recent bruising as being purplish and blue in colour, perhaps with some redness around the edges. She says older bruises are brownish or grey. She described some of the bruising on the child as being older and some fresh, but that the majority of the bruising seemed older. DeCoen did not map or chart the bruises, their location, or their respective descriptions on the body. She conceded on cross-examination that her primary focus was life-saving and not on the bruises. From her experience, most of the bruises appeared to be over 24 hours old. She also believed that some of the bruises appeared to be a couple of days old. [A.R., at p. 553]

Most of the references are to bruises, which Dr. Pan describes as recent bruises or old bruises and in some cases a cluster of recent and old bruises. We do not know the criterion that Dr. Pan used for determining the bruising as "recent" or "old". [A.R., at p. 556]

Dr. Escott said that nobody knows exactly how long it takes for a bruise to appear. [A.R., at p. 556]

nombreuses visites chez le médecin avec l'enfant pour un bras cassé, une jambe cassée ou un poignet cassé et des explications suspectes en tout genre. Ce n'est pas ce genre de cas. [d.a., p. 512]

[79] La chronologie des ecchymoses a également été à l'avant-plan du résumé que le juge du procès a fait des dépositions de plusieurs témoins :

[TRADUCTION] Dans une telle situation, l'examen de l'état physique de l'enfant revêt une certaine importance. Lorsqu'elle l'a vu le 2 mai 2000, M<sup>me</sup> DeCoen n'a rien relevé de notable dans l'état de l'enfant. Elle n'a remarqué ni ecchymose ni égratignure sur l'enfant. Son abdomen était souple. Elle n'a vu ni coupure ni laceration. Il ne ressentait pas de douleur et ne présentait pas de sensibilité au toucher. Son bien-être physique ne l'inquiétait pas du tout à ce moment-là. [d.a., p. 551-552]

Madame DeCoen a déclaré qu'elle n'avait jamais vu un enfant avec autant d'ecchymoses. Elle a indiqué qu'elle était « consternée par le nombre d'ecchymoses et leur différent stade de guérison ». Elle a reconnu qu'elle n'était pas spécialiste de l'évolution des ecchymoses, mais elle s'est dite en mesure de déterminer, à partir de leur coloration, que les ecchymoses ne dataient pas toutes du même moment. Selon elle, les ecchymoses les plus récentes avaient une teinte violacée et bleutée et leur pourtour pouvait être bordé de rouge, tandis que les plus anciennes étaient brunâtres ou grisâtres. D'après sa description, certaines des ecchymoses que portait l'enfant étaient plus anciennes et d'autres, récentes, mais la majorité d'entre elles semblaient plus anciennes. Elle n'a pas établi de diagramme ou de carte des ecchymoses, de leur emplacement, et n'a pas fait correspondre de descriptions particulières à un endroit du corps. Elle a reconnu en contre-interrogatoire qu'elle avait avant tout cherché à sauver une vie et qu'elle ne s'était pas attardée aux ecchymoses. Suivant son expérience, la plupart des ecchymoses semblaient avoir plus de 24 heures. Elle croyait également que certaines d'entre elles semblaient dater de quelques jours. [d.a., p. 553]

La plupart du temps, il est question d'ecchymoses, que le D<sup>r</sup> Pan décrit comme des ecchymoses récentes ou anciennes et, dans certains cas, comme des concentrations d'ecchymoses récentes et anciennes. Nous ne savons pas quels critères le D<sup>r</sup> Pan a utilisés pour déterminer que les ecchymoses étaient « récentes » ou « anciennes ». [d.a., p. 556]

D<sup>r</sup> Escott a déclaré que personne ne sait exactement combien de temps une ecchymose prend à apparaître. [d.a., p. 556]

[Dr. Escott] agreed it was possible that two people looking at the same bruise could come to different conclusions as to whether any yellowing was visible. One cannot tell the age of a “recent” bruise just from visualizing it. [A.R., at p. 559]

Dr. Escott noted the “possibility” that all of the “recent” bruises” on [K.M.] were received at the same time or within minutes. Dr. Escott indicated the time span for “recent” bruising to appear could be from 15 minutes to 18 hours. Nevertheless he conceded the possibility that all of the “fresh” bruises could have been inflicted withing 15 minutes. [A.R., at p. 559]

Based on Dr. Escott’s impression from the photographs, he believed that 80 to 90% of the bruising was “recent” bruising. He thought that 10%, perhaps up to 20% of the bruising was “older” bruising. He conceded that the older bruising did not contribute medically to [K.M.]’s death. [A.R., at p. 560]

Dr. Halliday agreed that bruising can occur even when someone is unconscious. He agreed that an unconscious person can vomit; even that a comatose person could vomit. Dr. Halliday agreed that there is a period shortly after death where bruising can appear, usually in the immediate period following death. [A.R., at pp. 564-65]

Dr. Lindsay indicated at the outset that the “aging” of soft tissue injuries is not a precise science. [A.R., at p. 566]

Dr. Lindsay said that, although the aging of bruises presents some difficulties, if one sees two bruises or multiple bruises in the same part of the body, and the colour of the bruises in that cluster differ, one can conclude that the bruises in that cluster are of different ages. She noted that in [K.M.]’s case, there were several areas of multiple bruising and different colouration in the same part of the body. [A.R., at p. 567]

Dr. Lindsay agreed that children and the elderly bruise a little more easily. In children, this stems from the fact that the thickness of their skin is less. Dr. Lindsay did not know if yellow shows up in bruises sooner in children than in adults. The reference to at least 18 hours before yellowing appears comes from the medical literature. She agreed that the aging of bruising is non-specific and that it is possible for two people looking at the same injury to see colour differently. [A.R., at pp. 572-73]

Meekis’s impression of [K.M.] on June 1, 2000 was a child engaged in play, well dressed and ostensibly well

[D<sup>r</sup> Escott] a reconnu qu’il était possible que deux personnes observant la même ecchymose puissent tirer une conclusion différente sur la question de savoir si un jaunissement était perceptible. On ne peut dire à quand remonte une ecchymose « récente » simplement à la regarder. [d.a., p. 559]

D<sup>r</sup> Escott a signalé qu’il était « possible » que toutes les ecchymoses « récentes » relevées sur [K.M.] soient apparues en même temps ou à quelques minutes d’intervalle. Il a indiqué que le délai d’apparition d’une ecchymose « récente » pouvait se situer entre 15 minutes et 18 heures. Il a néanmoins concédé qu’il était possible que toutes les ecchymoses « nouvelles » aient été infligées dans un laps de temps de 15 minutes. [d.a., p. 559]

D<sup>r</sup> Escott a estimé en voyant les photos que 80 à 90 pour 100 des ecchymoses étaient « récentes » et que 10 pour 100, peut-être 20 pour 100, étaient plus « anciennes ». Il a reconnu que, d’un point de vue médical, les ecchymoses plus anciennes n’ont pas contribué au décès de [K.M.]. [d.a., p. 560]

D<sup>r</sup> Halliday a reconnu que des ecchymoses peuvent se former sur le corps d’une personne inconsciente. Il a reconnu qu’une personne inconsciente et même une personne dans le coma peut vomir. Il a reconnu que des ecchymoses peuvent apparaître peu après la mort, habituellement tout de suite après le décès. [d.a., p. 564-565]

D<sup>re</sup> Lindsay a précisé dès le départ que l’« évaluation du moment » auquel remontent des lésions des tissus mous ne relève pas de la science exacte. [d.a., p. 566]

D<sup>re</sup> Lindsay a indiqué que, bien qu’il soit difficile de déterminer à quand remontent des ecchymoses, on peut conclure, lorsqu’on voit deux ecchymoses ou plus dans la même région du corps et que leur coloration diffère, on peut conclure qu’elles ne datent pas du même moment. Elle a signalé que, dans le cas de [K.M.], plusieurs régions du corps portaient de multiples ecchymoses dont la coloration différait. [d.a., p. 567]

D<sup>re</sup> Lindsay a convenu que les enfants et les personnes âgées sont un peu plus susceptibles d’avoir des ecchymoses. Chez les enfants, ce phénomène provient de ce que leur peau est plus mince. D<sup>re</sup> Lindsay ne savait pas si les ecchymoses jaunissent plus vite chez les enfants. La mention d’un délai minimal de 18 heures avant le jaunissement semble provenir d’ouvrages médicaux. Elle a reconnu que l’évaluation du moment auquel remontent des ecchymoses est non spécifique et qu’il est possible que deux personnes observant la même lésion voient la coloration différemment. [d.a., p. 572-573]

L’impression qu’a eue M. Meekis en voyant [K.M.] le 1<sup>er</sup> juin 2000 était celle d’un enfant absorbé par son jeu,

cared for, a child whose appearance and circumstances were unremarkable and gave no cause for concern. Mr. Meekis did not say how close he came to [K.M.] nor how long he had the child directly under observation during the visit of June 1, 2000. [A.R., at p. 575]

Jean [F.] notes that [K.M.] never cried from falling off the bike. He just kept going. He didn't seem to be hurt. She doesn't know if he got any bruises from falling off the bike. [A.R., at p. 577]

[Jean F.] notes that she had seen one bruise on [K.M.]'s leg on a previous occasion. She saw him twice a week. She remembers [V.F.] showing her only one bruise on the child. Jean [F.] says that most of the time she saw [K.M.] he didn't have any bruises. [A.R., at pp. 577-78]

During that time [when K.M. lived with his biological parents], [E.L.] also bathed him. She saw no bruising and no marks on [K.M.] at that time. . . . Nevertheless, [E.L.] acknowledged that [K.M.]'s biological parents had alcohol abuse problems and that [K.M.] was being mistreated by them. [A.R., at p. 590]

Approximately one week before [K.M.] died, [L.K.] was visiting and saw [K.M.] on the couch eating an apple. She saw his face at that time. She did not see any injuries on him. Only once previously did she see any injury on him. It was a bruise on his eyes. She cannot recall whether this was two weeks or a month prior to his death, but recalls [V.F.] saying that [K.M.] fell down her sister's stairs. [A.R., at p. 591]

On the Saturday before his death, [L.K.] was sitting next to [K.M.] in the front seat of the automobile. She saw no marks visible on his face at that time. [A.R., at p. 592]

On cross-examination [D.A.] conceded that she had seen no scratches, bruises or marks on [K.M.] on Saturday, June 17, 2000. She described him as appearing "normal," except that he was quiet. [A.R., at p. 593]

[J.K.] did not see any injuries on [K.M.]. [A.R., at p. 594]

The accuracy of the photographic images from the morgue is very much in contention. The photographs were examined by all of the medical experts. Their testimony is premised upon the accuracy of the image in the photograph. [A.R., at p. 595]

bien vêtu, et dont on semblait prendre soin, un enfant dont l'apparence et la situation n'avaient rien de remarquable ni d'inquiétant. M. Meekis n'a pas précisé à quelle distance il s'est approché de [K.M.] ni combien de temps il a pu observer directement l'enfant au cours de la visite du 1<sup>er</sup> juin 2000. [d.a., p. 575]

Jean [F.] a indiqué que [K.M.] n'a jamais pleuré après avoir fait une chute à bicyclette. Il se remettait simplement en selle. Il ne semblait pas blessé. Elle ne sait pas s'il s'était fait des ecchymoses en tombant de son vélo. [d.a., p. 577]

[Jean F.] a signalé avoir remarqué une fois auparavant que [K.M.] avait une ecchymose à une jambe. Elle le voyait deux fois par semaine. Elle se souvient que [V.F.] ne lui a montré qu'une ecchymose sur l'enfant. Elle a dit que la plupart des fois où elle a vu [K.M.], il n'avait pas d'ecchymose. [d.a., p. 577-578]

Pendant cette période [lorsque K.M. vivait avec ses parents biologiques], [E.L.] lui donnait aussi son bain. Elle n'a alors vu ni ecchymose ni marque sur lui. [ . . . ] Elle a cependant reconnu que les parents biologiques de [K.M.] avaient des problèmes d'abus d'alcool et qu'ils le maltrahaient. [d.a., p. 590]

Une semaine environ avant le décès de [K.M.], [L.K.] a vu l'enfant chez lui, assis sur le sofa en train de manger une pomme. Elle a vu son visage. Elle n'a remarqué aucune blessure sur lui. Elle n'avait observé de blessure sur lui qu'une fois auparavant. Il s'agissait d'une ecchymose aux yeux. Elle ne se rappelait pas si c'était deux semaines ou un mois avant son décès, mais elle se souvient que [V.F.] a dit que [K.M.] était tombé dans l'escalier chez sa sœur. [d.a., p. 591]

Le samedi précédant la mort de [K.M.], [L.K.] était assise à côté de lui sur la banquette avant de l'automobile. Elle n'a vu aucune marque sur son visage. [d.a., p. 592]

En contre-interrogatoire, [D.A.] a reconnu qu'elle n'avait vu aucune égratignure, ecchymose ou marque sur [K.M.] le samedi 17 juin 2000. Elle a indiqué qu'il paraissait « normal », mais qu'il était tranquille. [d.a., p. 593]

[J.K.] n'a remarqué aucune blessure sur [K.M.]. [d.a., p. 594]

La question de l'exactitude des photos prises à la morgue a fait l'objet d'un vif débat. Tous les experts médicaux les ont examinées. Leur témoignage est fonction de l'exactitude des images photographiques. [d.a., p. 595]



[R.G.] did not see him fall. When he first arrived at their home on the 19<sup>th</sup>, [K.M.] had a bump on his forehead. [V.F.] told her that he got the bump when he fell off his bike. [R.G.] noticed the bruise on his forehead right away. It was light blue in colour. Later she saw scratches at the back of [K.M.]’s head when she cut his hair. She was surprised when she saw the scratches because she had not seen scratches like that on children before, and she drew her sister’s attention to them. [A.R., at p. 597]

[R.G.] saw [K.M.] without his clothing. She does not remember that he had any bruises on him. The thought that [V.F.] was mistreating [K.M.] never occurred to her. The injury that [K.M.] had on his forehead on his arrival she thought typical of injuries that children get. She said it was not something that a parent would seek medical attention for. Nor did she have the impression that [K.M.] should be seen by a doctor. [A.R., at p. 598]

[80] The trial judge also reiterated the issue of the time line of the bruising in summarizing the positions of the Crown and the defence for the jury:

The Crown pointed to what Mr. Ross characterized as an “extraordinary” number of external marks of violence scattered over the person of [K.M.]. The Crown called medical evidence that included, in part, opinion as to the “aging” of the bruises and lacerations, and, in part, opinion that attempted to cast doubt on repeated explanations of accidental cause as the origin of injury. [A.R., at pp. 609-10]

The defence points to the testimony of neighbours, other members of the community and professional child care workers who live in the community who say there was nothing wrong or unusual about the appearance of [K.M.]. [A.R., at p. 611]

The defence points to medical opinion at this trial that confirms the possibility that bruises could form during a period of unconsciousness, or even after death; that the bulk of visible injury could be inflicted within a 15-minute span; that 80-90% of the visible bruising was of recent origin . . . [A.R., at p. 611]

The defence says that we should not be “Monday morning quarterbacks”; that we cannot take the death of [K.M.] and then work backwards to determine after the fact what might have been done or could have been done. [A.R., at p. 612]

The defence asks you to note that none of the medical doctors called by the Crown actually saw the body

[R.G.] ne l’a pas vu tomber. Lorsqu’il est arrivé chez elle, le 19, [K.M.] avait une bosse au front. [V.F.] lui a dit qu’il s’était fait cette bosse en tombant de son vélo. [R.G.] a immédiatement remarqué l’ecchymose sur son front. Elle était bleuâtre. Plus tard, elle a vu des égratignures à l’arrière de sa tête lorsqu’elle lui a coupé les cheveux. Ces égratignures l’ont beaucoup étonnée parce qu’elle n’en avait jamais vu de pareilles sur un enfant, et elles les a fait voir à sa sœur. [d.a., p. 597]

[R.G.] a vu [K.M.] nu. Elle ne se rappelait pas avoir vu d’ecchymoses sur lui. Il ne lui est jamais venu à l’idée que [V.F.] maltraitait [K.M.]. D’après elle, la lésion que [K.M.] avait au front quand il est arrivé était le genre de blessures que se font les enfants. Elle a dit que ce n’était pas le genre de choses qu’un parent montrerait à un médecin, et elle n’avait pas l’impression que [K.M.] aurait dû voir un médecin. [d.a., p. 598]

[80] De plus, le juge du procès a reparlé au jury de la chronologie des ecchymoses lorsqu’il lui a résumé les thèses du ministère public et de la défense :

[TRADUCTION] Le ministère public a fait état de ce que M. Ross a qualifié de nombre « extraordinaire » de marques externes de violence disséminées sur la personne de [K.M.]. La preuve médicale qu’il a soumise comportait notamment des opinions au sujet du « moment » auquel remontaient les ecchymoses et les lacérations et des opinions tentant de mettre en doute les nombreuses explications attribuant les blessures à un accident. [d.a., p. 609-610]

La défense a souligné le témoignage de voisins, d’autres membres de la communauté et de professionnels de services à l’enfance vivant dans la collectivité qui ont déclaré qu’il n’y avait rien d’anormal ou d’inhabituel dans l’apparence de [K.M.]. [d.a., p. 611]

La défense a fait état d’opinions médicales exprimées au procès confirmant que des ecchymoses peuvent se former chez un sujet inconscient, et même après la mort, que la plupart des blessures visibles ont pu être infligées en un laps de temps de 15 minutes, que de 80 à 90 pour 100 des ecchymoses visibles étaient récentes . . . [d.a., p. 611]

La défense affirme qu’il ne faut pas « raisonner à posteriori », qu’on ne peut partir du décès de [K.M.] et remonter en arrière pour établir après coup ce qui aurait dû ou aurait pu être fait. [d.a., p. 612]

La défense vous demande de prendre note qu’aucun des médecins cités par le ministère public n’a vu de ses

of [K.M.] with their own eyes. All rely on photographs which, even if accurate, can lead two different persons to different conclusions about the colour of bruises. The defence, moreover, asks you to conclude that the photographs are, in fact, flawed and that opinions premised on their accuracy or trueness of colour could also be flawed. [A.R., at p. 612]

[81] As the above review of the jury charge indicates, the jury had to consider the theory of the defence that K.M.'s bruises could have been inflicted the night he died and that J.F. might not therefore have been aware of any ongoing abuse. The judge specifically told the jurors that their task in considering J.F.'s failure to act was made "more complex because a great number of the injuries to [K.M.] may have their origin closer to the end of [K.M.]'s life" (A.R., at pp. 547 and 605). The time line of the bruising was therefore a crucial factual issue that the jury needed to resolve. The way the jury chose to resolve this issue may well explain the verdicts in the present case.

## 2.5 *Why the Verdicts Are Not Inconsistent*

[82] To determine whether the verdicts are inconsistent, it will be helpful to review some of the evidence. R.G. testified that in mid-May she had seen a bruise in the middle of K.M.'s forehead, marks on his chin and scratches on the top of his head. L.K. indicated that sometime in the month before K.M.'s death she had seen a large bruise on his eye that extended across his face from one cheek to the other. Jean F. said she had seen some bruising. J.F. admitted that he had seen multiple bruises on K.M.'s legs, arms and chest, and a "scratch" on his penis. Finally, at the time of K.M.'s death, his body was covered with bruises.

[83] The jury heard expert evidence explaining how bruises are formed, what their colour is and how long they last. The jury also heard expert

propres yeux le corps de [K.M.]. Leur opinion s'appuie sur des photos qui, même si elles sont exactes, peuvent mener différentes personnes à des conclusions différentes quant à la couleur des ecchymoses. La défense, en outre, vous demande de conclure qu'en fait, les photos ne sont pas fidèles et que les opinions qui dépendent de leur exactitude ou de la fidélité des couleurs peuvent également être erronées. [d.a., p. 612]

[81] Comme le révèle cet examen des directives, le jury devait évaluer la thèse de la défense selon laquelle les ecchymoses pouvaient avoir été causées dans la nuit où K.M. est décédé, de sorte qu'il était possible que J.F. n'ait pas eu connaissance de mauvais traitements qui auraient été infligés à K.M. depuis un certain temps. En fait, le juge a expressément dit aux jurés que, lors de l'appréciation de l'omission de J.F., [TRADUCTION] « le fait qu'un grand nombre des blessures de [K.M.] puissent lui avoir été infligées peu de temps avant la fin de sa vie » pouvait leur [TRADUCTION] « compliquer la tâche » (d.a., p. 547 et 605). La chronologie des ecchymoses constituait donc une question factuelle capitale que le jury devait trancher. La décision à laquelle il est parvenu sur cette question pourrait très bien expliquer les verdicts en l'espèce.

## 2.5 *Pourquoi les verdicts ne sont pas incompatibles*

[82] Pour tirer une conclusion sur la compatibilité des verdicts, il est utile de revenir sur certains éléments de preuve. R.G. a témoigné qu'à la mi-mai elle a remarqué que K.M. avait une ecchymose au milieu du front, des marques au menton et des égratignures au sommet du crâne. L.K. a indiqué que, dans le mois ayant précédé le décès de K.M., elle avait constaté qu'il avait une large ecchymose à l'œil, qui s'étendait jusqu'à la joue du côté opposé de son visage. Jean F. a dit qu'elle avait vu des ecchymoses. J.F. a avoué avoir remarqué de multiples ecchymoses sur les jambes, les bras et la poitrine de K.M. et une « éraflure » sur son pénis. Enfin, au moment de son décès, le corps de K.M. était couvert d'ecchymoses.

[83] De plus, le jury a entendu des témoins experts expliquer comment les ecchymoses se forment, quelle en est la couleur et combien de temps

testimony that 80 to 90 percent of the bruising on K.M.'s body could have been of recent origin. In light of this evidence, the jury could have believed that most of the bruising was inflicted the night of K.M.'s death. If it believed this, the jury would have had to rely on the injuries described by R.G., L.K., Jean F. and J.F. in order to determine whether the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt.

[84] As I mentioned above, the jury, as instructed, would have understood that in order to find J.F. guilty of failing to provide the necessities of life, it had to be satisfied beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. and had endangered K.M.'s life, or had caused or likely caused his health to be endangered permanently. However, a finding by the jury that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. would not necessarily imply that his health was also endangered permanently. I agree with Lang J.A., who explained this as follows in dissent:

“Safety”, as commonly understood, would include risk of injury of any kind, including the bruising and the laceration to the penis that were identified on K.M.'s body. In contrast, “health” refers more often to the general condition of the body reflected in the expressions that one is in “good health” or “poor health”. Moreover, to have one’s health “permanently endangered” imports an element of a condition that is indefinite in duration. The jury was entitled to conclude that there was a difference between K.M.'s “safety” and permanent endangerment to his health.

On the evidence in this case, it was open to the jury to conclude that bruising, even extensive bruising, was not likely to permanently endanger K.M.'s health — at least his physical health — but that the bruising was sufficiently extensive to suggest child abuse of a nature to alert [J.F.] that K.M.'s safety was at risk and he was reckless in ignoring that risk. [paras. 26-27]

[85] In my view, the evidence presented at trial on the time line of the bruising left it open to the jury to find that J.F.'s conduct constituted a marked

elles durent. Il a également entendu des témoins experts déclarer que de 80 à 90 pour 100 des ecchymoses que présentait K.M. pouvaient être récentes. Compte tenu de ces témoignages, il aurait pu être d’avis que la plus grande partie des ecchymoses avaient été infligées la nuit où K.M. est mort. Si telle était sa conclusion, il devait s’en remettre aux blessures décrites par R.G., L.K., Jean F. et J.F. pour déterminer si le ministère public avait présenté une preuve hors de tout doute raisonnable.

[84] Encore une fois, avec les directives qu’il avait reçues, le jury devrait avoir compris que, pour déclarer J.F. coupable d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que J.F. n’avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. et que cette omission avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Toutefois, la seule conclusion que J.F. n’avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. n’impliquait pas nécessairement que sa santé avait été exposée à un péril permanent. Je souscris d’ailleurs à l’avis de la juge Lang, qui a expliqué, dans sa dissidence :

[TRADUCTION] La « sécurité », dans son acception ordinaire, englobe tout risque de blessure, dont les ecchymoses et les lacerations au pénis relevées sur le corps de K.M. La « santé », en revanche, renvoie plus souvent à l’état général du corps, qui nous incite à dire de quelqu’un qu’il est « en bonne santé » ou « en mauvaise santé ». En outre, le « péril permanent » pour la santé suppose un état d’une durée indéfinie. Le jury pouvait conclure qu’il existait une différence entre la « sécurité » de K.M. et l’exposition de sa santé à un péril permanent.

Compte tenu de la preuve, le jury pouvait conclure que des ecchymoses, même nombreuses, n’étaient pas de nature à exposer la santé de K.M. à un péril permanent — du moins sa santé physique — mais qu’il y en avait suffisamment pour indiquer que l’enfant avait été victime d’actes de violence tels que [J.F.] aurait dû penser que sa sécurité était menacée et qu’il a fait preuve d’une insouciance téméraire en ne prêtant pas attention à ce risque. [par. 26-27]

[85] Compte tenu de la preuve soumise au procès concernant la chronologie des ecchymoses, le jury pouvait, à mon avis, à la fois conclure que

and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances and that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F. was aware of the risk to the health or safety of K.M. or had failed to direct his mind to this risk, while at the same time finding that the Crown had not met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the failure to provide the necessities of life had endangered K.M.'s life, or had caused or likely caused K.M.'s health to be endangered permanently. The nature and extent of the injuries and the time when J.F. became aware of them were matters for the jury to decide.

[86] The jury was clearly instructed that the reasonable doubt standard applies to the type of harm that is unique to the offence of failing to provide the necessities of life and is one of the essential elements of that offence:

If Crown counsel has not satisfied you beyond a reasonable doubt that, by his failure to provide the necessities of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause permanent endangerment to his health, you must find [J.F.] not guilty on count 2. [A.R., at p. 606]

It was also explained to the jury at the beginning of the charge that “[a] reasonable doubt is not a far-fetched or frivolous doubt. It is not a doubt based on sympathy or prejudice. It is a doubt based on reason and common sense. It is a doubt that logically arises from the evidence, or the lack of evidence” (A.R., at p. 525). In light of the evidence relating to the bruising, the theory of the defence, and the difference between the expressions “safety” and “permanent endangerment to health”, it was open to the jury to find a reasonable doubt on the count of failure to provide the necessities of life, while at the same time finding that all the elements of the offence of criminal negligence had been proved beyond a reasonable doubt.

[87] My conclusion is further supported by the fact that the jury was specifically instructed that

la conduite de J.F. constituait un écart marqué et important par rapport à ce que ferait un parent raisonnable dans les circonstances et que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que J.F. était conscient d'un risque pour la santé ou la sécurité de K.M. ou n'avait pas prêté attention à ce risque, et conclure que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Il appartenait au jury de se prononcer sur la nature et l'importance des blessures et sur le moment auquel J.F. en avait pris conscience.

[86] Le juge a clairement indiqué au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'appliquait au type de préjudice qui est propre à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence et qui constitue l'un des éléments essentiels de cette infraction :

[TRADUCTION] Si le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence a mis en danger la vie de [K.M.], ou a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent, vous devez acquitter [J.F.] du deuxième chef. [d.a., p. 606]

Le juge a également expliqué au jury, au début de son exposé, qu'un [TRADUCTION] « doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé. Il repose plutôt sur la raison et le bon sens. C'est un doute qui découle logiquement de la preuve ou de l'absence de preuve » (d.a., p. 525). La preuve relative à la chronologie des ecchymoses, la thèse de la défense et la différence entre les mots « sécurité » et « expose [. . .] à un péril permanent la santé » permettaient au jury d'éprouver un doute raisonnable à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence tout en estimant que tous les éléments de la négligence criminelle avaient été prouvés hors de tout doute raisonnable.

[87] Le fait que le jury ait reçu des directives expresses lui expliquant que les deux chefs

the two counts concerned separate offences and had to be distinguished:

Count 1 [criminal negligence] and count 2 [failing to provide the necessities of life] are similar offences. Indeed, the evidence that applies to them is similar, and your approach to considering them is likely to be similar. Nevertheless, I must instruct you that they are separate offences. You must, accordingly, give separate consideration and separate verdicts on each of them. You must take the law on each as I give it to you. [A.R., at pp. 535-36]

In counts 1 and 2 the Crown separately alleges that [J.F.] is criminally responsible in the death of [K.M.]. [A.R., at p. 537]

In your consideration of the evidence on each count you will consider all of the relevant circumstances as you find them to be. [A.R., at p. 537]

On count 1 you can return a verdict of “guilty” or “not guilty.” . . . [O]n count 2 you can return a verdict of “guilty” or “not guilty.” [A.R., at pp. 620 and 630]

Since it was made clear to the jurors that the offences were distinct and required separate consideration and separate verdicts, it is likely that the jury followed the instructions and conducted a separate assessment to determine whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F.’s failure to provide the necessities of life had endangered K.M.’s life or had caused or was likely to cause K.M.’s health to be endangered permanently.

[88] The question is whether the verdicts are supportable on any interpretation of the evidence that is consistent with the instructions given by the trial judge (*Pittiman*, at para. 7). In my view, they are. Although a different jury might have concluded on the facts of this case that the bruising sustained by K.M. was sufficiently extensive to permanently endanger his health, the evidence also supports a finding by the jury that this had not been proved beyond a reasonable doubt. It must be borne in mind

constituaient des infractions différentes qui nécessitaient, de ce fait, un examen séparé et qui devaient être distinguées me conforte dans cette conclusion :

[TRADUCTION] Le premier chef [négligence criminelle] et le deuxième chef [omission de fournir les choses nécessaires à l’existence] se rapportent à des infractions semblables. De fait, ces infractions requièrent une preuve analogue, et il est probable que vous allez les aborder de la même manière. Cependant, vous devez savoir qu’il s’agit d’infractions distinctes. En conséquence, vous devez les examiner séparément et rendre un verdict séparé pour chacune. Pour chaque infraction, vous devez appliquer le droit tel que je vous l’explique. [d.a., p. 535-536]

Le ministère public allègue séparément, dans le premier chef et dans le deuxième chef, que [J.F.] est criminellement responsable de la mort de [K.M.]. [d.a., p. 537]

Pour l’examen de la preuve relative à chaque chef, vous devez tenir compte de toutes les circonstances telles que vous les tenez pour avérées. [d.a., p. 537]

À l’égard du premier chef vous pouvez rendre un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité ». [. . .] [À] l’égard du deuxième chef, vous pouvez rendre un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité ». [d.a., p. 620 et 630]

Le jury s’étant fait clairement expliqué que les infractions étaient distinctes et qu’il devait les examiner séparément et rendre un verdict séparé pour chacune, il est probable qu’il a suivi ces directives et qu’il a évalué de façon indépendante si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent.

[88] La question est de savoir si les verdicts peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives données par le juge du procès (*Pittiman*, par. 7). À mon avis, ils le peuvent. Peut-être qu’un autre jury aurait conclu, au vu des faits, que les ecchymoses de K.M. étaient suffisamment importantes pour exposer la santé de K.M. à un péril permanent. Toutefois, la preuve permettait également au jury de conclure que cela n’avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. Nous ne

that the “function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282, cited in *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, at p. 835).

[89] My colleague Fish J. and I take different views on the relationship between the offence of failing to provide the necessities of life and the offence of criminal negligence.

[90] I respectfully disagree with my colleague’s comments on the level of blame relative to each offence. It may be unusual that a jury can find a person guilty of an offence which carries a harsher penalty, while acquitting him or her on a charge which carries a lighter one. However, moral blameworthiness cannot be assessed in the abstract. A parent who lets a child starve may be more blameworthy than one who puts a child at risk by leaving him or her in a car while shopping. In any case, moral blameworthiness is not determinative when it comes to the application of the rule against inconsistent verdicts.

[91] My colleague writes that “the jury was required to answer essentially the same question in determining whether the respondent was guilty of manslaughter under either count” (para. 4 (emphasis deleted)). This assertion is not consistent with either the elements of the distinct underlying offences or the instructions to the jury. In his charge to the jury, the trial judge set out the essential elements of the offences in such a way that the jury *did not* answer the same question for both of them. This was especially true on the issue of the type of harm specific to the offence of failing to provide the necessities of life. And it must be remembered that the jury was specifically instructed to “give separate consideration and separate verdicts” on each count.

devons pas oublier que le « rôle de la Cour n’est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, p. 282, cité dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, p. 835).

[89] Le juge Fish et moi avons une opinion différente du lien entre l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et celle de négligence criminelle.

[90] En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec les commentaires formulés par mon collègue sur le degré de blâme attribuable à chaque infraction. Il peut être inhabituel qu’un jury puisse déclarer un accusé coupable d’une infraction punissable d’une peine plus sévère et l’acquitter d’une autre accusation assortie d’une peine plus légère. Toutefois, la culpabilité morale ne s’évalue pas dans l’abstrait. Un parent qui laisse son enfant souffrir de la faim peut être plus moralement blâmable que celui qui le met en danger en le laissant dans une voiture pour aller faire des courses. Quoi qu’il en soit, la culpabilité morale n’est pas déterminante lorsqu’il s’agit d’appliquer la règle interdisant les verdicts incompatibles.

[91] Mon collègue écrit : « ... la question à laquelle le jury devait répondre pour déterminer si l’intimé était coupable d’homicide involontaire coupable à l’égard de l’un ou l’autre chef était essentiellement la même » (par. 4 (italiques omis)). Cette affirmation n’est compatible ni avec les éléments constitutifs des infractions sous-jacentes distinctes ni avec les directives au jury. Vu la manière dont le juge a énuméré les éléments essentiels de chaque infraction dans ses directives, le jury *n’a pas* répondu à la même question relativement aux deux infractions. Cela vaut plus particulièrement en ce qui concerne le préjudice propre à l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence. Sans compter que le juge a expressément dit au jury qu’il devait « examiner séparément [chaque infraction] et rendre un verdict séparé pour chacune ».

[92] My colleague adds that, when convicting an accused of both criminal negligence and a lesser offence, courts consistently enter a stay on the lesser offence. This argument is not germane to the question of the unreasonableness of a verdict, and it requires a demonstration either that the rule against multiple convictions applies or that the offence of failure to provide the necessities of life in issue in this case was a lesser offence and was included in the offence of criminal negligence. No such demonstration has been made here.

[93] It is true that J.F. was charged with two counts of manslaughter, but manslaughter is an offence which is committed only insofar as an underlying illegal act is committed and death results from that act. In this case, each count was based on a different underlying illegal act. It is very easy to imagine a case where someone charged with two counts of manslaughter would be convicted on one count and acquitted on the other without the verdicts being unreasonable or incompatible. *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, stands for the proposition, as refined in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, that convictions are not to be entered on more than one count if the offences share a close factual connection and a close legal nexus, even if the accused is guilty beyond a reasonable doubt of both offences. The rule in *Kienapple* should not be used in such a way that no conviction is entered at all.

[94] Moreover, the *Kienapple* rule is narrow. It has been held not to apply to the following pairs of offences: attempted armed robbery and use of a firearm while attempting to commit an indictable offence (*Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255), impaired driving causing bodily harm and criminal negligence causing bodily harm (*R. v. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301 (B.C.C.A.)), and use of a firearm while attempting to commit an indictable offence and aggravated assault (*R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (Alta. C.A.)). In his

[92] Mon collègue affirme en outre que, lorsqu'un accusé est déclaré coupable à la fois de négligence criminelle et d'une autre infraction moins grave, les tribunaux ordonnent invariablement une suspension des procédures à l'égard de cette dernière. Cet argument fait intervenir une question tout à fait différente de celle du caractère raisonnable d'un verdict, et il exige qu'il soit démontré que la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples s'applique ou que l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, en cause ici, est une infraction moindre, incluse dans l'infraction de négligence criminelle. Cette démonstration n'a pas été faite en l'espèce.

[93] Il est vrai que J.F. a été accusé de deux chefs d'homicide involontaire coupable, mais cette infraction ne peut avoir été commise que dans la mesure où un acte illégal sous-jacent a été accompli et a entraîné un décès. En l'espèce, chaque chef était fondé sur un acte illégal sous-jacent différent. Il est très facile d'imaginer une cause où quelqu'un serait accusé de deux chefs d'homicide involontaire coupable, déclaré coupable de l'un d'eux et acquitté de l'autre, sans que les verdicts soient déraisonnables ou incompatibles. L'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, tel qu'il a été explicité dans *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, établit qu'une déclaration de culpabilité ne doit pas être inscrite à l'égard de plus d'un chef s'il existe un lien factuel et juridique étroit entre les infractions, même si l'accusé est coupable des deux infractions hors de tout doute raisonnable. La règle énoncée dans *Kienapple* ne doit pas être appliquée de façon à ce qu'aucune déclaration de culpabilité ne soit inscrite.

[94] De plus, la règle énoncée dans *Kienapple* a une portée étroite. La jurisprudence a précisé qu'elle ne s'applique pas aux paires d'infractions suivantes : tentative de vol à main armée et usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel (*Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255), conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles et négligence criminelle causant des lésions corporelles (*R. c. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.)) et usage d'une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel et

reasons, Fish J. implicitly extends the rule against multiple convictions to a case where there was only one conviction and clearly extends the rule against inconsistent verdicts in directing a reviewing court to weigh the relative degree of blameworthiness when a jury enters different verdicts.

[95] Even if I were to agree that the verdict is unreasonable, I would disagree on the remedy. My colleague relies on the fact that the Crown did not appeal the acquittal on the charge of failure to provide the necessities of life (para. 23). However, such an appeal is not necessary in this case. In *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, the accused was charged with incest and sexual assault. The trial judge found him guilty beyond a reasonable doubt on both counts, but acquitted him of sexual assault on the basis of *Kienapple*. The accused appealed his conviction and the Crown did not appeal the acquittal. The Manitoba Court of Appeal found that the accused was guilty beyond a reasonable doubt of sexual assault, but not of incest. It convicted him of sexual assault even though the Crown had not appealed the acquittal, and acquitted him of incest. This Court unanimously upheld the Court of Appeal's decision on the basis of s. 613(8) (now s. 686(8)) of the *Criminal Code*, which empowers an appeal court to make any order that justice requires. Where, as in *Provo*, the Crown does not appeal an acquittal, a court of appeal which finds defects in the conviction and in the jury charge which led to the acquittal should not be deprived of this power to "make any order, in addition, that justice requires" (s. 686(8) of the *Code*). In the instant case, had I found the verdict unreasonable, the just order would have been a new trial on both counts.

voies de fait graves (*R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (C.A. Alb.)). Dans ses motifs, le juge Fish étend implicitement la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples à une affaire où une seule déclaration de culpabilité a été prononcée et étend clairement la règle interdisant les verdicts incompatibles en demandant au tribunal qui contrôle la validité de verdicts différents rendus par un jury d'apprécier le degré relatif de blâme attribuable à chaque infraction.

[95] Même si je souscrivais à la conclusion que le verdict est déraisonnable, je ne serais pas d'accord en ce qui concerne la réparation. Mon collègue s'appuie sur le fait que le ministère public n'a pas interjeté appel de l'acquittement relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (par. 23). Toutefois, un tel appel n'est pas nécessaire en l'espèce. Dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, l'accusé était inculpé d'inceste et d'agression sexuelle. Le juge du procès a conclu que l'accusé était coupable des deux infractions hors de tout doute raisonnable, mais il l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle en s'appuyant sur l'arrêt *Kienapple*. L'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et le ministère public n'a pas porté l'acquittement en appel. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable de l'infraction d'agression sexuelle, mais non de l'infraction d'inceste. Elle l'a déclaré coupable d'agression sexuelle, même si le ministère public n'avait pas porté l'acquittement en appel, et l'a acquitté d'inceste. Notre Cour a ensuite confirmé à l'unanimité la décision de la Cour d'appel en se fondant sur le par. 613(8) *C. cr.* (maintenant le par. 686(8)), qui confère à une cour d'appel le pouvoir de rendre toute ordonnance que la justice exige. Lorsque, comme dans l'affaire *Provo*, le ministère public n'interjette pas appel de l'acquittement, la cour d'appel — qui conclut à l'existence de failles dans la déclaration de culpabilité et dans l'exposé au jury qui a mené à un acquittement — ne devrait pas être privée de son pouvoir de rendre « en outre [...] toute ordonnance que la justice exige » (par. 686(8) *C. cr.*). En l'espèce, si j'avais jugé le verdict déraisonnable, la réparation appropriée aurait consisté à ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux chefs.



[96] I also disagree with Fish J.'s assertion that the differences between the underlying offences were "of little relevance on the facts of this case" (para. 5). All the evidence presented at trial on the time line of the bruising, which was summarized at length by the trial judge in his charge to the jury, suggests that the differences were very relevant.

[97] I also take issue with my colleague's comment that the distinction between the two offences was not "specifically explained by the judge in his charge to the jury" (para. 5) and "was at no time raised by either side throughout the entire course of the trial" (para. 27 (emphasis deleted)). On the contrary, the judge specifically laid out in detail the essential elements of each offence. Regarding the offence of failing to provide the necessities of life, he expressly explained that "Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt the failure of [J.F.] to provide the necessities of life required of him in the circumstances either endangered the life of [K.M.] or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered." In my view, this instruction could do nothing but draw the jury's attention to the difference between the two offences, and there is no reason to believe that the jury did not understand. My colleague's approach can be explained only by a failure to acknowledge that while the judge made no distinction between the offences as regards the standard of conduct (marked and substantial departure) and the risk (to health or safety), he correctly drew the jurors' attention to an additional element required to prove the failure to provide the necessities of life.

[98] The question is whether the guilty verdict is unreasonable. In this case, as already discussed, the instructions on the standard of conduct and the risk to health or safety might have set the bar too high on the count based on the underlying offence of failing to provide the necessities of life. If any doubt were raised by the instructions, any error would have benefited J.F. and would not warrant entering an acquittal on the other charge (*R. v.*

[96] Je ne partage pas non plus l'avis du juge Fish que les distinctions entre les infractions sous-jacentes étaient « sans grande pertinence compte tenu des faits » (par. 5). Toute la preuve présentée au procès au sujet de la chronologie des ecchymoses, qui a été résumée au complet par le juge du procès dans son exposé au jury, indique que ces différences étaient très pertinentes.

[97] Je ne suis pas non plus d'accord avec lui lorsqu'il affirme, au sujet des distinctions entre les deux infractions, que « le juge du procès [ne les a] pas expliquées expressément dans son exposé au jury » (par. 5) et qu'aucune de ces distinctions « n'a jamais été invoquée à quelque moment que ce soit, par l'une ou l'autre des parties, de toute la durée du procès » (par. 27 (italiques omis)). Au contraire, le juge a présenté en détail les éléments essentiels de chaque infraction. Concernant l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, il a en outre expressément expliqué que le « ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence qu'il était tenu de fournir dans les circonstances a mis en danger la vie de [K.M.] ou bien a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. » Selon moi, cette directive ne pouvait qu'attirer l'attention du jury sur les différences entre les infractions et rien ne laisse croire que les jurés ne l'ont pas comprise. La seule explication au raisonnement de mon collègue est qu'il ne reconnaît pas que le juge n'a fait aucune distinction entre les deux infractions sous-jacentes quant à la norme de conduite (écart marqué et important) et au risque (pour la santé ou la sécurité), et qu'il a signalé comme il se doit aux jurés un élément supplémentaire nécessaire à la preuve de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

[98] Ce qu'il faut se demander, c'est si le verdict de culpabilité est déraisonnable. En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, les directives concernant la norme de conduite et le risque pour la santé et la sécurité peuvent avoir placé la barre trop haut à l'égard du chef d'accusation fondé sur l'infraction sous-jacente d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Cependant, si les directives suscitaient un doute, toute erreur aurait profité

*Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205). In any event, the instructions cannot cast doubt on the conviction on the criminal negligence count, because they were the correct instructions for that count.

[99] Finally, since the jury was told that the offence of failure to provide the necessities of life entailed an element in addition to the ones required for the offence of criminal negligence, to find that the verdicts are inconsistent and enter an acquittal on the latter count would be to dismiss the jury's work on both counts, but in particular on that of criminal negligence, for which neither the instructions nor the verdict can be criticized. It has not been demonstrated that the jurors were in any way confused or had any reason to be confused, or that they "must have reached some sort of unjustifiable compromise". In other words, the verdict has not been shown to be unreasonable.

### 3. Conclusion

[100] I have discussed how, on the basis of the instructions this jury received, the acquittal on the failure to provide the necessities of life can be explained. I have also scrutinized the instructions on the count of criminal negligence and have not found any defects. This is not a case where a person has been convicted twice for the same offence, where one offence is a lesser and included offence or where the verdicts are inconsistent. My colleague Fish J., writing for the majority, has not explained why it is necessary to broaden or to adopt an impressionistic approach to the notion of inconsistent verdicts. At a time when trial judges are struggling to make their jury instructions appeal-proof, he has not pointed to any rule of law that would justify overturning the guilty verdict of a properly instructed jury.

à J.F. et ne saurait justifier l'inscription d'un acquittement quant à l'autre chef (*R. c. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205). Quoi qu'il en soit, les directives ne laissent place à aucun doute en ce qui concerne la déclaration de culpabilité quant au chef de négligence criminelle parce qu'elles correspondaient aux directives appropriées pour ce chef d'accusation.

[99] Enfin, conclure à l'incompatibilité des verdicts et prononcer l'acquittement à l'égard du chef de négligence criminelle, alors que le juge a indiqué au jury que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence comportait un élément de plus que la négligence criminelle, serait faire fi du travail du jury relativement aux deux chefs d'accusation, mais principalement à celui de négligence criminelle, à l'égard duquel ni les instructions ni le verdict ne pouvaient faire l'objet de critique. Il n'a pas été démontré que le jury a mal compris la preuve ou qu'il avait une raison quelconque de mal la comprendre, ni qu'il « doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable ». Autrement dit, il n'a pas été démontré que le verdict était déraisonnable.

### 3. Conclusion

[100] J'ai expliqué comment, sur le fondement des directives données au jury, l'acquittement pour omission de fournir les choses nécessaires à l'existence peut s'expliquer. J'ai aussi examiné minutieusement les directives sur le chef de négligence criminelle et je n'y ai décelé aucune erreur. Il ne s'agit pas d'un cas où une personne a été déclarée coupable deux fois de la même infraction, d'un cas où une infraction est moindre et incluse ni d'un cas où les verdicts sont incompatibles. Mon collègue, le juge Fish, s'exprimant au nom des juges majoritaires, n'a pas expliqué pourquoi il serait nécessaire d'élargir la notion de verdicts incompatibles ou de lui appliquer une approche impressionniste. À une époque où les juges de première instance s'efforcent de donner au jury des directives inattaquables en appel, le juge Fish ne mentionne aucune règle de droit qui justifierait l'annulation d'un verdict de culpabilité rendu par un jury ayant reçu des directives appropriées.

[101] I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and restore the conviction.

*Appeal dismissed and cross-appeal allowed, DESCHAMPS J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Brodsky & Company, Winnipeg.*

[101] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, de rejeter l'appel incident et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge DESCHAMPS est dissidente.*

*Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Brodsky & Company, Winnipeg.*

**Apotex Inc.** *Appellant*

v.

**Sanofi-Synthelabo Canada Inc.,  
Sanofi-Synthelabo and Minister of  
Health** *Respondents*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical  
Association, BIOTEC Canada and Canada's  
Research-Based Pharmaceutical  
Companies** *Interveners*

**INDEXED AS: APOTEX INC. v. SANOFI-SYNTHELABO  
CANADA INC.**

**Neutral citation: 2008 SCC 61.**

File No.: 31881.

2008: April 16; 2008: November 6.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella,  
Charron and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Intellectual property — Patents — Medicines —  
Selection patents — Validity — Whether selection patent  
invalid on grounds of anticipation, obviousness or  
double patenting.*

*Intellectual property — Patents — Anticipation —  
Two-step approach to anticipation — Requirements of  
“prior disclosure” and “enablement”.*

*Intellectual property — Patents — Obviousness —  
Four-step approach to obviousness — When “obvious to  
try” test appropriate.*

*Intellectual property — Patents — Double patent-  
ing — Whether doctrine of selection patents invalid on  
ground of double patenting.*

S is the holder of the '875 patent which discloses  
a large genus or class of over 250,000 possible com-  
pounds useful in inhibiting platelet aggregation activity  
in the blood. One of these compounds is the racemate

**Apotex Inc.** *Appelante*

c.

**Sanofi-Synthelabo Canada Inc.,  
Sanofi-Synthelabo et ministre de la  
Santé** *Intimés*

et

**Association canadienne du médicament  
générique, BIOTEC Canada et Les compagnies  
de recherche pharmaceutique du  
Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. SANOFI-SYNTHELABO  
CANADA INC.**

**Référence neutre : 2008 CSC 61.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31881.

2008 : 16 avril; 2008 : 6 novembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish,  
Abella, Charron et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments  
— Brevets de sélection — Validité — Allégation d'in-  
validité du brevet de sélection pour cause d'antériorité,  
d'évidence ou de double protection.*

*Propriété intellectuelle — Brevets — Antériorité —  
Critère à deux volets — Exigence de la « divulgation  
antérieure » et du « caractère réalisable » pour établir  
l'antériorité.*

*Propriété intellectuelle — Brevets — Évidence —  
Démarche à quatre volets — Dans quels cas y a-t-il lieu  
d'appliquer le critère de l'« essai allant de soi » pour  
statuer sur l'évidence?*

*Propriété intellectuelle — Brevets — Double protec-  
tion — La notion de brevet de sélection est-elle infondée  
pour cause de double protection?*

S est titulaire du brevet 875, qui divulgue un genre  
ou une catégorie de large portée comptant plus de  
250 000 composés possibles inhibiteurs de l'agrégation  
des plaquettes dans le sang. L'un de ces composés

relevant in this case. A racemate is a substance containing equal amounts of two structurally different compounds, called the dextro-rotatory isomer and the levo-rotatory isomer. S also holds the subsequent '777 patent which discloses and claims clopidogrel bisulfate, marketed by S under the trade name of Plavix as an anti-coagulant that exhibits platelet aggregation inhibiting activity. Clopidogrel is the dextro-rotatory isomer of the racemate that was selected from and is encompassed by the compounds claimed in the '875 patent, and is less toxic and better tolerated than the levo-rotatory isomer and the racemate. In 2003, A, a generic manufacturer served a notice of allegation on S to obtain a notice of compliance from the Minister of Health in order to market its generic version of Plavix, claiming that it would not infringe S's patent for Plavix because the '777 patent was invalid on the grounds of anticipation, obviousness and double patenting. S successfully sought an order in the Federal Court prohibiting the Minister from issuing the notice of compliance to A on the ground that the generic version of Plavix did infringe the '777 patent. The Federal Court of Appeal upheld the decision. The issue is whether selection patents are invalid in principle or on the facts of this case, on the grounds of anticipation, obviousness and double patenting.

*Held:* The appeal should be dismissed.

In the field of chemical patents, originating or genus patents are based on the discovery of a new invention, namely, a reaction or compound, while selection patents are for compounds chosen from the compounds described in the originating patent. Selection patents do not differ in nature from any other patent, but in order to be valid, the selected compound must be novel and possess a substantial advantage to be secured or disadvantage to be avoided. [9-10]

A system of genus and selection patents is acceptable in principle and does not necessarily involve anticipation and therefore invalidity. The real question is whether, on the facts of this case, the particular selection patent has been anticipated. This means that, having regard to s. 27(1) of the *Patent Act*, the claimed invention has already been made or publicly disclosed. Here, the applications judge set the bar for proving anticipation too high and overstated the stringency of the test by requiring that the "exact invention" must have already been made and publicly disclosed. Rather, for a successful anticipation claim, a two-step approach should be adopted whereby the requirements of "prior disclosure" and "enablement" should be considered separately and proven. For prior disclosure,

est le racémate visé en l'espèce. Un racémate est une substance constituée à parts égales de deux composés aux structures différentes appelés isomère dextrogyre et isomère lévogyre. S est aussi titulaire du brevet 777, qui divulgue et revendique le bisulfate de clopidogrel, qu'elle commercialise sous l'appellation Plavix comme anticoagulant inhibiteur de l'agrégation plaquettaire. Le clopidogrel est l'isomère dextrogyre du racémate qui a été sélectionné à partir du brevet 875 et qui est visé par les revendications de ce dernier, et il est moins toxique et mieux toléré que l'isomère lévogyre et le racémate. En 2003, A, un fabricant de médicaments génériques, a signifié à S un avis d'allégation pour obtenir du ministre de la Santé un avis de conformité afin de commercialiser sa version générique du Plavix. Il alléguait que le générique ne contreferait pas le brevet de S pour le Plavix, car le brevet 777 était invalide pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection. S a obtenu de la Cour fédérale une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à A au motif que la version générique du Plavix contrefaisait son brevet 777. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision. La question qui se pose est celle de savoir si le brevet de sélection est invalide en soi ou en l'espèce pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Dans le domaine des produits chimiques, le brevet d'origine ou de genre se fonde sur la découverte d'une invention nouvelle, à savoir une réaction ou un composé, alors que le brevet de sélection a pour objet des composés choisis à partir de ceux décrits dans le brevet d'origine. Le brevet de sélection ne diffère pas en soi de tout autre brevet, mais sa validité exige que le composé sélectionné soit nouveau et permette d'obtenir un avantage important ou d'éviter un inconvénient important. [9-10]

L'existence d'un système de brevets de genre et de sélection est admise en soi et n'implique pas nécessairement l'antériorité et, partant, l'invalidité. La véritable question qui se pose est celle de savoir si, au vu des faits de l'espèce, le brevet de sélection en cause était antériorisé, c'est-à-dire, compte tenu du par. 27(1) de la *Loi sur les brevets*, que l'invention revendiquée avait déjà été réalisée ou rendue publique. Dans la présente affaire, le juge de première instance a rendu trop difficile la preuve de l'antériorité et il a exagéré la rigueur du critère de l'antériorité en considérant que l'« invention exacte » devait déjà avoir été faite et avoir été rendue publique. Pour établir l'antériorité, il faut plutôt appliquer un critère à deux volets exigeant la preuve des éléments distincts que sont la « divulgation antérieure »

the genus patent must disclose subject matter which, if performed, would necessarily result in infringement of that patent. At this stage, the person skilled in the art is reading the prior patent to understand whether it discloses the special advantages of the second invention. No trial and error is permitted. If in reading the genus patent, there is no discovery of the special advantages of the selection patent, the genus patent does not anticipate the selection patent and the disclosure requirement to prove anticipation, as in this case, fails. For “enablement”, the person skilled in the art must have been able to perform the invention without undue burden. The question at this stage of the test is how much trial and error or experimentation is permitted. If an inventive step were required to get to the invention of the second patent, the specification of the first patent would not have provided enabling disclosure. The entire prior genus patent must provide enough information to allow a person skilled in the art to perform or make the selected subsequently claimed invention without “undue burden”. The skilled person may use his or her common general knowledge of the relevant art at the relevant time to supplement information contained in the prior genus patent and may conduct routine trials without being considered an undue burden, but prolonged or arduous trial and error experiments would not be considered routine. In this case, the allegation that the ‘777 patent is invalid on the basis of anticipation must fail. Twenty-one examples from the ‘875 patent were made and tested, one of which was the relevant racemate. There was no evidence that a person skilled in the art would know, from reading the ‘875 patent, the specific beneficial properties associated with the more active dextro-rotatory isomer and that it would be less toxic than the racemate or levo-rotatory isomer or any of the other compounds made and tested. Since the ‘875 patent did not teach these special advantages, the invention of the ‘777 patent was not disclosed and was therefore not anticipated. Regarding enablement, the evidence with respect to trial and error and the methods of separating the racemate into its isomers, indicates that the identification of clopidogrel, its bisulfate salt and their advantageous properties required extensive investigation over a period of months. However, it was not necessary to determine the question of enablement in view of the finding that there was no disclosure of the ‘777 invention in the ‘875 patent. [18-20] [23-25] [31-33] [37-38] [40-42] [46-50] [116]

The allegation that the ‘777 patent is invalid on the basis of obviousness must also fail. Obviousness

et le « caractère réalisable ». Pour les besoins de la divulgation antérieure, le brevet de genre doit divulguer ce qui, une fois réalisé, emporterait nécessairement sa contrefaçon. À cette étape, la personne versée dans l’art lit le mémoire descriptif du brevet antérieur pour déterminer s’il divulgue les avantages particuliers de l’invention subséquente. Les essais successifs ne sont pas admis. Lorsque la lecture du brevet de genre ne permet pas de connaître les avantages particuliers de l’invention visée par le brevet de sélection, comme c’est le cas en l’espèce, l’antériorité n’est pas établie. En ce qui concerne le « caractère réalisable », la personne versée dans l’art doit avoir été en mesure d’exécuter l’invention sans trop de difficultés. La question qui se pose dès lors est celle de savoir dans quelle mesure le caractère réalisable admet les essais successifs. Lorsqu’une étape inventive était nécessaire pour parvenir à l’invention du deuxième brevet, le mémoire descriptif du premier brevet ne rendait pas l’invention réalisable. Le brevet de genre antérieur, considéré dans son intégralité, doit renfermer suffisamment de renseignements pour permettre à la personne versée dans l’art d’exécuter ou de réaliser sans « trop de difficultés » l’invention revendiquée dans le brevet subséquent. La personne versée dans l’art peut faire appel à ses connaissances générales courantes dans le domaine en cause, au moment considéré, pour compléter les données du brevet antérieur. Elle peut effectuer des essais courants sans que l’on considère la difficulté excessive, mais les essais successifs longs et ardues ne sont pas tenus pour des essais courants. En l’espèce, l’allégation d’invalidité du brevet 777 pour cause d’antériorité doit être rejetée. Vingt et un composés visés par le brevet 875 ont été synthétisés et analysés, et l’un d’eux était le racémate en cause. Aucun élément n’établissait qu’en prenant connaissance du brevet 875, une personne versée dans l’art aurait su que l’isomère dextrogyre plus actif présentait des avantages particuliers et qu’il serait moins toxique que le racémate, l’isomère lévogyre ou n’importe lequel des autres composés synthétisés et analysés. Puisque le brevet 875 ne divulguait pas ces avantages particuliers, l’invention correspondant au brevet 777 n’avait pas été divulguée et, de ce fait, elle n’était pas antériorisée. Pour ce qui est du caractère réalisable, les éléments relatifs aux essais successifs et aux méthodes permettant d’isoler les isomères du racémate prouvent que la découverte du clopidogrel, de son bisulfate et de leurs avantages ont nécessité des mois de recherche approfondie. Étant donné la conclusion que le brevet 875 n’avait pas divulgué l’objet du brevet 777, il n’était cependant pas nécessaire de trancher la question du caractère réalisable. [18-20] [23-25] [31-33] [37-38] [40-42] [46-50] [116]

L’allégation selon laquelle le brevet 777 est invalide pour cause d’évidence doit elle aussi être rejetée.

is largely concerned with how a skilled worker would have acted in the light of the prior art. An obviousness inquiry should follow a four-step approach. First, the notional “person skilled in the art” and that person’s relevant common general knowledge must be identified. Here, that person is a trained pharmacist. Second, the inventive concept of the claim in question must be determined or construed. The inventive concept of the claims in the ‘777 patent is that it is a compound useful in inhibiting platelet aggregation which has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the ‘875 patent. Third, the differences, if any, that exist between the matters cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed must be identified. There is no disclosure in the ‘875 patent of the specific beneficial properties associated with the dextro-rotatory isomer of this racemate or its bisulfate salt, in contrast to the ‘777 patent, which claims the invention of the dextro-rotatory isomer of the racemate, clopidogrel, and its bisulfate salt, discloses their beneficial properties over the levo-rotatory isomer and the racemate, and expressly describes how to separate the racemate into its isomers. Fourth, a court must consider whether, viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or whether they require any degree of inventiveness. It is at this final step that the issue of “obvious to try” will arise and the nature of the invention in this case is such as to warrant this test. For a finding that an invention was “obvious to try”, there must be evidence to convince a judge on a balance of probabilities that it was more or less self-evident to try to obtain the invention. Mere possibility that something might turn up is not enough. Here, when the relevant factors are considered, the invention was not self-evident from the prior art and common general knowledge in order to satisfy the test. While there were five well-known methods to separate this racemate into its isomers, there was no evidence that a person skilled in the art would have known which of the five known separation techniques would work with this racemate. Further, S spent millions of dollars and several years developing the racemate up to the point of preliminary human clinic trials before it was discovered that the dextro-rotatory isomer was active and non-toxic. As the ‘875 patent did not differentiate on the basis of efficacy and toxicity, what to select or omit was not then self-evident to a person skilled in the art. It was also not self-evident from the ‘875 patent or common general knowledge what the beneficial properties of the dextro-rotatory isomer of this racemate or its bisulfate salt would be and therefore what was being tried ought to work. The course of

L’évidence tient en grande partie à la manière dont l’homme du métier aurait agi à la lumière de l’antériorité. L’examen relatif à l’évidence comporte quatre étapes. Premièrement, il faut identifier la « personne versée dans l’art » et déterminer ses connaissances générales courantes pertinentes. En l’espèce, la personne versée dans l’art est le chimiste pharmaceutique de formation. Deuxièmement, il faut définir l’idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d’interprétation. L’idée originale à la base des revendications du brevet 777 est un antiplaquettaire à l’effet thérapeutique supérieur et à la toxicité moindre comparativement aux autres composés couverts par le brevet 875. Troisièmement, il faut recenser les différences, s’il en est, entre ce qui ferait partie de « l’état de la technique » et l’idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation. Le brevet 875 ne divulgue aucun avantage particulier associé à l’isomère dextrogyre du racémate en cause, ou de son bisulfate, contrairement au brevet 777, qui revendique l’invention de l’isomère dextrogyre du racémate, le clopidogrel et de son bisulfate, divulgue leurs avantages par rapport à l’isomère lévogyre et au racémate, et énonce expressément le procédé de séparation des isomères du racémate. Quatrièmement, le tribunal doit se demander, abstraction faite de toute connaissance de l’invention revendiquée, si ces différences constituent des étapes évidentes pour la personne versée dans l’art ou si elles dénotent quelque inventivité. C’est à cette dernière étape qu’il faut se demander si le critère de l’« essai allant de soi » s’applique et, en l’espèce, la nature de l’invention en cause justifie son application. Pour conclure qu’une invention résulte d’un « essai allant de soi », le tribunal doit être convaincu selon la prépondérance des probabilités qu’il allait plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention. La seule possibilité d’obtenir quelque chose ne suffit pas. En l’occurrence, compte tenu de tous les éléments pertinents, l’invention n’était pas évidente au regard de l’antériorité et des connaissances générales courantes de manière à satisfaire au critère. Cinq techniques connues permettaient d’isoler les isomères du racémate, mais rien n’établissait qu’une personne versée dans l’art aurait su laquelle allait fonctionner pour le racémate en cause. De plus, S a consacré des millions de dollars et des années de travaux à la mise au point du racémate puis à la tenue d’essais cliniques préliminaires chez l’humain avant qu’on ne découvre l’activité et la non-toxicité de l’isomère dextrogyre. Le brevet 875 n’établissait pas de distinction en fonction de l’efficacité et de la toxicité, de sorte que ce qu’il y avait lieu de retenir ou d’omettre n’était alors pas évident pour la personne versée dans l’art. Ni le brevet 875 ni les connaissances générales courantes ne rendaient évidents les avantages de l’isomère dextrogyre

conduct and the time involved throughout demonstrate that the advantage of the dextro-rotatory isomer was not quickly or easily predictable. [66-68] [70] [74] [78-81] [85-86] [90-93]

Finally, the challenge to selection patents based on the ground of double patenting is not well founded. Strategies that attempt to extend the time limit of exclusivity of a patent may be contrary to the objectives of the *Patent Act*, depending on the circumstances, but a generalized concern about evergreening is not a justification for an attack on the doctrine of selection patents. A selection patent may be sought by a party other than the inventor or owner of the original genus patent so that evergreening does not arise. In addition, selection patents encourage improvements over the subject matter of the original genus patent because that selection does something better than or different from what was claimed in the genus patent. There is no “same invention” double patenting because the claims of the ‘875 and ‘777 patents were not identical or coterminous and the former is broader than the latter. Further, as the claims in the ‘777 patent reflect a patentably distinct compound from the compounds in the ‘875 patent, it is not invalid for “obviousness” double patenting. [97-98] [100-101] [110-111] [113] [115] [117]

### Cases Cited

**Applied:** *In re I. G. Farbenindustrie A. G.’s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289; *Synthon B.V. v. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59; *Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59; *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; **referred to:** *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Hills v. Evans* (1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457; *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303; *Halliburton Energy Services Inc. v. Smith International (North Sea) Ltd.*, [2006] EWCA Civ 1715 (BAILII); *Wobben v. Vestas-Celtic Wind Technology*

du racémate ou de son bisulfate, de sorte qu’il n’était pas évident que l’essai serait fructueux. Les efforts et le temps consacrés tout du long démontrent qu’il n’était pas possible de prédire rapidement ou aisément l’avantage que présentait l’isomère dextrogyre. [66-68] [70] [74] [78-81] [85-86] [90-93]

Enfin, l’allégation selon laquelle les brevets de sélection sont invalides pour cause de double protection n’est pas fondée. Les stratégies visant à accroître la durée du monopole conféré par un brevet peuvent aller à l’encontre des objectifs de la *Loi sur les brevets*, selon les circonstances, mais cette préoccupation générale liée à la perpétuation des brevets ne justifie pas la remise en question des brevets de sélection comme tels. L’obtention d’un brevet de sélection peut intéresser une autre personne que l’inventeur ou le titulaire du brevet de genre d’origine, auquel cas la question de la perpétuation ne se pose pas. En outre, le brevet de sélection favorise le perfectionnement de l’objet du brevet de genre d’origine en ce que la sélection permet d’obtenir quelque chose de mieux ou de différent par rapport à ce qui est revendiqué dans le brevet initial. Il n’y a pas de double brevet relatif à la « même invention », car les revendications des brevets 875 et 777 ne sont pas identiques et les revendications du premier brevet ont une portée plus grande que celles du second. De plus, comme le brevet 777 revendique un composé brevetable distinct de celui visé par les revendications du brevet 875, il ne saurait être invalide pour cause de double brevet relatif à une « évidence ». [97-98] [100-101] [110-111] [113] [115] [117]

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *In re I. G. Farbenindustrie A. G.’s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289; *Synthon B.V. c. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59; *Windsurfing International Inc. c. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59; *Pozzoli SPA c. BDMO SA*, [2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; **arrêts mentionnés :** *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, [1986] A.C.F. n° 87 (QL); *General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Hills c. Evans* (1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457; *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303; *Halliburton Energy Services Inc. c. Smith International (North Sea) Ltd.*, [2006] EWCA Civ 1715 (BAILII);



*Ltd.*, [2007] EWHC 2636 (BAILII); *Application of Tomlinson*, 363 F.2d 928 (1966); *In re O'Farrell*, 853 F.2d 894 (1988); *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007); *Johns-Manville Corporation's Patent*, [1967] R.P.C. 479; *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311; *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5, rev'd [2008] R.P.C. 28 (p. 716), [2008] UKHL 49; *Saint-Gobain PAM SA v. Fusion Provida Ltd.*, [2005] EWCA Civ 177 (BAILII); *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77; *Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents* (1982), 65 C.P.R. (2d) 73; *May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23.

#### Statutes and Regulations Cited

*Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, s. C.08.004.  
*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2, 27, 34(1)(b) [rep. 1993, c. 15, s. 36], 55.2(4), 59.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 5, 6(1).  
*Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37.

#### Treaties and Other International Instruments

*Convention on the Grant of European Patents*, 1065 U.N.T.S. 199.

#### Authors Cited

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Noël and Evans J.J.A.) (2006), 282 D.L.R. (4th) 179, 358 N.R. 135, 59 C.P.R. (4th) 46, [2006] F.C.J. No. 1945 (QL), 2006 CarswellNat 4587, 2006 FCA 421, affirming a decision of Shore J. (2005), 271 F.T.R. 159, 39 C.P.R. (4th) 202, [2005] R.P.C. 34 (p. 855), [2005] F.C.J. No. 482 (QL), 2005 CarswellNat 726, 2005 FC 390. Appeal dismissed.

*Harry B. Radomski, Richard Naiberg, Andrew R. Brodtkin and Miles Hastie*, for the appellant.

*Anthony G. Creber and Cristin A. Wagner*, for the respondents Sanofi-Synthelabo Canada Inc. and Sanofi-Synthelabo.

*Wobben c. Vestas-Celtic Wind Technology Ltd.*, [2007] EWHC 2636 (BAILII); *Application of Tomlinson*, 363 F.2d 928 (1966); *In re O'Farrell*, 853 F.2d 894 (1988); *KSR International Co. c. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007); *Johns-Manville Corporation's Patent*, [1967] R.P.C. 479; *H. Lundbeck A/S c. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311; *Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5, inf. par [2008] R.P.C. 28 (p. 716), [2008] UKHL 49; *Saint-Gobain PAM SA c. Fusion Provida Ltd.*, [2005] EWCA Civ 177 (BAILII); *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77; *Ciba-Geigy AG c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1982] A.C.F. n° 425 (QL); *May & Baker Ltd. c. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2, 27, 34(1)(b) [abr. 1993, ch. 15, art. 36], 55.2(4), 59.  
*Patents Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 37.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, art. C.08.004.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 5, 6(1).

#### Traités et autres instruments internationaux

*Convention sur la délivrance de brevets européens*, 1065 R.T.N.U. 199.

#### Doctrine citée

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Noël et Evans) (2006), 282 D.L.R. (4th) 179, 358 N.R. 135, 59 C.P.R. (4th) 46, [2006] A.C.F. n° 1945 (QL), 2006 CarswellNat 5335, 2006 CAF 421, qui a confirmé une décision du juge Shore (2005), 271 F.T.R. 159, 39 C.P.R. (4th) 202, [2005] R.P.C. 34 (p. 855), [2005] A.C.F. n° 482 (QL), 2005 CarswellNat 4380, 2005 CF 390. Pourvoi rejeté.

*Harry B. Radomski, Richard Naiberg, Andrew R. Brodtkin et Miles Hastie*, pour l'appelante.

*Anthony G. Creber et Cristin A. Wagner*, pour les intimées Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Sanofi-Synthelabo.

No one appeared for the respondent the Minister of Health.

*Edward Hore*, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

*Peter Wilcox* and *Jana Stettner*, for the intervener BIOTECanada.

*Patrick E. Kierans*, *Jason Markwell* and *Cynthia L. Tape*, for the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal raises questions relating to the validity of what are known as selection patents. In the context of chemical compounds, in general terms, a selection patent is one whose subject matter (compounds) is a fraction of a larger known class of compounds which was the subject matter of a prior patent.

[2] The appellant (“Apotex”) challenges the validity of the selection patent in this case on the grounds of anticipation, obviousness and double patenting. I would dismiss the appeal.

## II. Facts

[3] The parties have accepted that the Sanofi respondents (“Sanofi”) are the relevant holders of patent 1,194,875 (‘875 patent). This patent disclosed a genus or class of compounds useful in inhibiting platelet aggregation activity in the blood which is important in treating coronary artery, peripheral vascular and cerebral vascular diseases. This genus patent discloses over 250,000 possible different compounds useful for this purpose. One of the compounds is a racemate described as methyl alpha-5 (4,5,6,7-tetrahydro (3, 2-c)-thieno pyridyl) (2-chlorophenyl)-acetate (the “racemate”).

[4] A racemate is a substance containing equal amounts of two structurally different compounds,

Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

*Edward Hore*, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.

*Peter Wilcox* et *Jana Stettner*, pour l'intervenante BIOTECanada.

*Patrick E. Kierans*, *Jason Markwell* et *Cynthia L. Tape*, pour l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève des questions relatives à la validité de ce qu'on appelle un brevet de sélection. Dans le domaine des composés chimiques, l'objet d'un tel brevet s'entend généralement d'un composé faisant partie d'une catégorie plus grande visée par un brevet antérieur.

[2] L'appelante (« Apotex ») soutient que le brevet de sélection considéré en l'espèce est invalide pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

[3] Les parties reconnaissent que l'intimée (« Sanofi ») est titulaire du brevet 1,194,875 (« brevet 875 »), qui divulgue un genre ou une catégorie de composés inhibant l'agrégation des plaquettes dans le sang, ce qui joue un rôle important dans le traitement des coronaropathies, des artériopathies périphériques et des maladies vasculaires cérébrales. Ce brevet de genre divulgue plus de 250 000 composés possibles ayant cet effet antiplaquettaire, dont le racémate alpha-5 (4,5,6,7-tétrahydro (3,2-c) thiéno pyridyl)(2-chlorophényl)-acétate de méthyle (« racémate »).

[4] Un racémate est une substance constituée à parts égales de deux composés aux structures

called enantiomers or optical isomers. The two isomers, the dextro-rotatory isomer and the levo-rotatory isomer, are mirror images of each other and rotate plane-polarized light in opposite directions.

[5] The parties have accepted that Sanofi is also the relevant holder of subsequent Canadian patent 1,336,777 ('777 patent), the patent in suit. It discloses and claims clopidogrel bisulfate, which is marketed by Sanofi under the trade name of Plavix as an anti-coagulant that inhibits platelet aggregation activity in the blood.

[6] Clopidogrel bisulfate is encompassed within the scope of the claims in the '875 patent. Clopidogrel is the dextro-rotatory isomer of the racemate, having beneficial properties over both the racemate and the levo-rotatory isomer. The dextro-rotatory isomer exhibits a platelet aggregation inhibiting activity and is less toxic and better tolerated than the levo-rotatory isomer and racemate. The salts of the dextro-rotatory isomer, such as clopidogrel bisulfate, have a better therapeutic index than the salts of the racemic mixture and in fact, the levo-rotatory isomer exhibits almost no platelet aggregation inhibiting activity, and its toxicity is markedly higher than that of the dextro-rotatory isomer.

[7] On March 10, 2003, Apotex served a notice of allegation under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 ("*NOC Regulations*"), on Sanofi for the purpose of obtaining a notice of compliance pursuant to s. C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, from the Minister of Health for a generic version of Plavix. The basis of Apotex's notice of allegation was that it would not infringe Sanofi's '777 patent for Plavix because the '777 patent was invalid on account of anticipation, obviousness and double patenting. On April 28, 2003, Sanofi initiated proceedings under s. 6(1) of the *NOC Regulations* in the Federal Court seeking an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Apotex on the grounds that its generic version of Plavix would infringe the '777 patent. The Federal Court granted the order of

différentes appelés énantiomères ou isomères optiques. Les deux isomères, le dextrogyre et le lévogyre, sont l'image l'un de l'autre dans un miroir et font dévier le plan de la lumière polarisée dans des directions opposées.

[5] Les parties reconnaissent que Sanofi est aussi titulaire du brevet canadien 1,336,777 (« brevet 777 ») — l'objet du litige — délivré subséquentement. Le brevet divulgue et revendique le bisulfate de clopidogrel, qui est commercialisé sous l'appellation Plavix comme anticoagulant inhibiteur de l'agrégation plaquettaire.

[6] Le bisulfate de clopidogrel, soit l'isomère dextrogyre du racémate, est visé par les revendications du brevet 875 et présente des avantages par rapport au racémate et à l'isomère lévogyre. Non seulement l'isomère dextrogyre inhibe l'agrégation plaquettaire, mais il est aussi moins toxique et mieux toléré que l'isomère lévogyre et le racémate. Comme le bisulfate de clopidogrel, ses sels sont associés à un meilleur indice thérapeutique que les sels du mélange racémique. En fait, l'isomère lévogyre n'inhibe presque pas l'agrégation des plaquettes et il est nettement plus toxique que l'isomère dextrogyre.

[7] Le 10 mars 2003, Apotex a signifié à Sanofi un avis d'allégation en application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« Règlement AC »), afin d'obtenir du ministre de la Santé un avis de conformité pour une version générique du Plavix suivant l'art. C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870. Dans cet avis, Apotex alléguait ne pas contrefaire le brevet 777 de Sanofi pour le Plavix, car ce brevet était invalide pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection. Le 28 avril 2003, Sanofi a saisi la Cour fédérale de la demande prescrite au par. 6(1) du Règlement AC pour l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex au motif que la version générique du Plavix contreferait son brevet 777. La Cour fédérale a rendu l'ordonnance d'interdiction

prohibition ((2005), 271 F.T.R. 159, 2005 FC 390). The Federal Court of Appeal dismissed Apotex's appeal ((2006), 282 D.L.R. (4th) 179, 2006 FCA 421).

### III. Selection Patents

[8] This appeal requires the Court to determine whether selection patents are invalid in principle or on the facts of this case on the grounds of anticipation, obviousness and double patenting.

[9] The *locus classicus* describing selection patents is the decision of Maugham J. in *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.). At p. 321, he explained that in the field of chemical patents (which would of course include pharmaceutical compounds), there are often two “sharply divided classes”. The first class of patents, which he called originating patents, are based on an originating invention, namely, the discovery of a new reaction or a new compound. The second class comprises patents based on a selection of compounds from those described in general terms and claimed in the originating patent. Maugham J. cautioned that the selected compounds cannot have been made before, or the selection patent “would fail for want of novelty”. But if the selected compound is “novel” and “possess[es] a special property of an unexpected character”, the required “inventive” step would be satisfied (p. 321). At p. 322, Maugham J. stated that a selection patent “does not in its nature differ from any other patent”.

[10] While not exhaustively defining a selection patent, he set out (at pp. 322-23) three conditions that must be satisfied for a selection patent to be valid.

1. There must be a substantial advantage to be secured or disadvantage to be avoided by the use of the selected members.
2. The whole of the selected members (subject to “a few exceptions here and there”) possess the advantage in question.

([2005] A.C.F. n° 482 (QL), 2005 CF 390). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel d'Apotex ([2006] A.C.F. n° 1945 (QL), 2006 CAF 421).

### III. Les brevets de sélection

[8] Dans le présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si le brevet de sélection est invalide en soi ou en l'espèce pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection.

[9] La description classique du brevet de sélection figure dans l'arrêt *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), où le juge Maugham explique à la p. 321 que les brevets portant sur des produits chimiques (dont bien sûr les composés pharmaceutiques) se divisent souvent en deux [TRADUCTION] « catégories nettement distinctes ». La première, celle des brevets d'origine, formée des brevets protégeant une invention source, à savoir la découverte d'une nouvelle réaction ou d'un nouveau composé. La seconde catégorie, celle des brevets visant une sélection des composés décrits en termes généraux et revendiqués dans le brevet d'origine. Le juge Maugham précise que les composés sélectionnés ne doivent pas avoir été réalisés auparavant, sinon le brevet de sélection [TRADUCTION] « ne satisfait pas à l'exigence de nouveauté ». Cependant, le composé sélectionné qui est « nouveau » et qui « possède une propriété particulière imprévue » remplit l'exigence de l'étape inventive. Le juge Maugham ajoute à la p. 322 que le brevet de sélection [TRADUCTION] « ne diffère pas en soi de tout autre brevet ».

[10] Le juge Maugham ne définit pas le brevet de sélection de manière exhaustive, mais il énonce trois conditions essentielles à sa validité (p. 322-323).

1. L'utilisation des éléments sélectionnés permet d'obtenir un avantage important ou d'éviter un inconvénient important.
2. Tous les éléments sélectionnés (« à quelques exceptions près ») présentent cet avantage.

3. The selection must be in respect of a quality of a special character peculiar to the selected group. If further research revealed a small number of unselected compounds possessing the same advantage, that would not invalidate the selection patent. However, if research showed that a larger number of unselected compounds possessed the same advantage, the quality of the compound claimed in the selection patent would not be of a special character.

[11] Although much has been written about selection patents since *I. G. Farbenindustrie*, Maugham J.'s analysis is consistently referred to and is well accepted. I find it is a useful starting point for the analysis to be conducted in this case.

#### IV. The Regulatory Scheme Under Which the Matter Proceeded

[12] At the outset, it is appropriate to refer to the words of Judson J. for this Court in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at p. 57:

There is no inherent common law right to a patent. An inventor gets his patent according to the terms of the *Patent Act*, no more and no less.

The most recent reference to the law of patents being wholly statutory are the words of Lord Walker in *Synthon B.V. v. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59, at paras. 57-58:

The law of patents is wholly statutory, and has a surprisingly long history. . . . In the interpretation and application of patent statutes judge-made doctrine has over the years done much to clarify the abstract generalities of the statutes and to secure uniformity in their application.

Nevertheless it is salutary to be reminded, from time to time, that the general concepts which are the common currency of patent lawyers are founded on a statutory text, and cannot have any other firm foundation.

3. La sélection vise une qualité particulière propre aux composés en cause. Une recherche plus poussée révélant qu'un petit nombre de composés non sélectionnés présentent le même avantage ne permettrait pas d'invalider le brevet de sélection. Toutefois, si la recherche démontrait qu'un grand nombre de composés non sélectionnés présentent le même avantage, la qualité du composé revendiqué dans le brevet de sélection ne serait pas particulière.

[11] Même si les brevets de sélection ont fait couler beaucoup d'encre depuis la décision *I. G. Farbenindustrie*, les principes dégagés par le juge Maugham sont régulièrement cités et reconnus. J'estime qu'ils offrent un bon point de départ pour l'analyse que requiert le présent pourvoi.

#### IV. Le cadre législatif applicable en l'espèce

[12] Il convient d'abord de citer le juge Judson s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, p. 57 :

[TRADUCTION] Il n'existe pas, en common law, de droit inhérent à un brevet. L'inventeur obtient son brevet conformément à la *Loi sur les brevets*. Un point c'est tout.

L'affirmation la plus récente voulant que le droit des brevets soit entièrement issu de la loi est celle de lord Walker dans l'arrêt *Synthon B.V. c. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59, par. 57-58 :

[TRADUCTION] L'origine du droit des brevets est purement législative et étonnamment ancienne. [. . .] Eu égard à l'interprétation et à l'application des dispositions législatives sur les brevets, la doctrine jurisprudentielle a largement contribué au fil des ans à clarifier les notions abstraites des lois et à en assurer l'application uniforme.

Il est tout de même salutaire de se faire rappeler de temps à autre que les concepts généraux auxquels se réfèrent les avocats spécialisés en droit des brevets prennent appui sur un texte législatif et ne sauraient avoir aucun autre véritable fondement.

I therefore turn to the regulatory scheme applicable in this case.

[13] The procedure under the *NOC Regulations* pursuant to which a manufacturer of drugs may apply to the Minister of Health for a notice of compliance is well known. A manufacturer, usually a generic manufacturer, wishes to compare its drug with that of a patent holder for which a patent list has been submitted to the Minister by the patent holder. The generic manufacturer's purpose is to establish the safety and efficacy of its drug for the purposes of securing marketing approval from the Minister. The process of comparison saves the generic competitor time and resources. However, the Minister will not issue a notice of compliance unless the patent on the comparator drug has expired, is invalid, or the generic's product will not otherwise infringe the patent. Thus the *NOC Regulations* create a connection between government approval to market a generic drug and the issue of patent validity and infringement.

[14] Section 5(1)(b) of the *NOC Regulations* states that the generic manufacturer, in its submission for a notice of compliance, may allege that the patent has expired, is not valid or will not be infringed. The patent holder may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the generic manufacturer until after expiration of the patent that is the subject of the notice of allegation. The court will grant the prohibition order if it finds that the allegation of invalidity, expiry or non-infringement is not justified. If it finds the allegation justified, it will dismiss the application for prohibition and the Minister may then issue a notice of compliance to the generic manufacturer if all other requirements are met.

[15] The *NOC Regulations* do not provide guidance about how an allegation of "not valid" as stated in s. 5(1)(b)(iii) is to be considered and determined by the court. For this purpose, reference must be made to the relevant version of the *Patent Act*, which is R.S.C. 1985, c. P-4, applicable to patent applications filed prior to October 1, 1989.

Je passe donc au cadre législatif applicable en l'espèce.

[13] La procédure réglementaire permettant l'obtention — généralement par un fabricant de médicaments génériques — d'un avis de conformité délivré par le ministre de la Santé est bien connue. Le fabricant cherche à comparer son médicament avec celui d'un breveté pour lequel ce dernier a déposé une liste de brevets. L'objectif du fabricant est d'établir l'innocuité et l'efficacité de son produit et d'obtenir du ministre l'autorisation de le commercialiser. Ce processus de comparaison épargne temps et ressources au concurrent générique. Cependant, le ministre ne délivre un avis de conformité que si le brevet du produit de comparaison est expiré ou invalide ou que le produit générique ne le contrefait pas par ailleurs. Le Règlement AC lie donc l'autorisation de commercialiser un médicament générique à la validité d'un brevet et à sa contrefaçon.

[14] L'alinéa 5(1)(b) du Règlement AC dispose que dans sa demande d'avis de conformité, le fabricant d'un générique peut alléguer que le brevet est expiré, qu'il n'est pas valide ou qu'il ne sera pas contrefait. Le breveté peut ensuite demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant du générique avant l'expiration du brevet visé par l'avis d'allégation. La Cour fédérale fait droit à la demande lorsqu'elle conclut que l'allégation d'invalidité, d'expiration ou d'absence de contrefaçon n'est pas fondée. Lorsqu'elle conclut au fondement de l'allégation, elle rejette la demande, et le ministre peut alors délivrer un avis de conformité au fabricant du générique qui satisfait par ailleurs aux exigences.

[15] Le Règlement AC ne précise pas à l'issue de quelle démarche la Cour fédérale se prononce sur l'allégation d'invalidité du brevet formulée en application du sous-al. 5(1)(b)(iii). Il faut donc s'en remettre à la version de la *Loi sur les brevets* applicable aux demandes de brevet présentées avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989, soit celle figurant dans les L.R.C. 1985, ch. P-4.

[16] The application for the '875 patent was filed in 1983. The patent was issued in 1985 and expired in 2002. The application for the '777 patent was filed in 1988. The patent was issued in 1995 and unless found to be invalid, will expire in 2012.

[17] The use of the term "not valid" in s. 5 of the *NOC Regulations* parallels what would otherwise be a defence to an infringement action referred to in s. 59 of the Act:

The defendant, in any action for infringement of a patent may plead as matter of defence any fact or default which by this Act or by law renders the patent void, and the court shall take cognizance of that pleading and of the relevant facts and decide accordingly.

The *NOC Regulations* are promulgated under s. 55.2(4) of the Act, and it seems apparent that the determination of the invalidity of a patent must be based on "any fact or default which by this Act or by law renders the patent void". In this case, Apotex relies on anticipation, obviousness and double patenting to allege that the '777 patent is invalid. These allegations implicate both the Act and the judge-made doctrine based on the Act.

## V. Anticipation

### (a) *Relevant Legislation*

[18] For purposes of anticipation, it is necessary to have regard to s. 27 of the Act which sets forth the basic conditions necessary for obtaining a patent. The invention must not have been previously known or used nor described in any patent or other publication printed in any country more than two years before the filing of the patent application and must not have been in public use or sale in Canada more than two years prior to the filing of the patent application. Section 27(1) provided:

27. (1) Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

(a) not known or used by any other person before he invented it,

[16] Dans le cas du brevet 875, la demande a été déposée en 1983. Le brevet a été délivré en 1985 et il a expiré en 2002. En ce qui concerne le brevet 777, la demande a été déposée en 1988, et le brevet a été délivré en 1995. À moins qu'il ne soit frappé de nullité, il expirera en 2012.

[17] L'invalidité visée à l'art. 5 du Règlement AC doit être mise en parallèle avec ce qui constitue par ailleurs un moyen de défense dans une action en contrefaçon suivant l'art. 59 de la Loi, dont voici le texte :

Dans toute action en contrefaçon de brevet, le défendeur peut invoquer comme moyen de défense tout fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet; le tribunal prend connaissance de cette défense et des faits pertinents et statue en conséquence.

Le Règlement AC a été pris en vertu du par. 55.2(4) de la Loi et il appert que la déclaration d'invalidité d'un brevet doit s'appuyer sur « tout fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet ». Dans la présente affaire, Apotex allègue que le brevet 777 est invalide pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection. Ces allégations font jouer tant la Loi que la doctrine jurisprudentielle qui en est issue.

## V. L'antériorité

### a) *Dispositions législatives pertinentes*

[18] Se prononcer sur l'antériorité exige que l'on se penche sur l'art. 27 de la Loi, qui énonce les principales conditions d'obtention du brevet. L'invention ne doit avoir été ni connue ou utilisée par une autre personne, ni décrite dans un brevet ou une publication imprimée dans quelque pays plus de deux ans avant le dépôt de la demande de brevet, ni en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de la demande de brevet. Le paragraphe 27(1) prévoyait :

27. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits, approuvée dans la présente loi le « dépôt de la demande », et

(b) not described in any patent or in any publication printed in Canada or in any other country more than two years before presentation of the petition hereunder mentioned, and

(c) not in public use or on sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada,

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing in the application, and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

[19] It is with s. 27 in mind that the law of anticipation must be considered. Apotex's arguments based on anticipation are not that the applications judge erred in his analysis of the law of anticipation or its application to the facts of this case. Rather, Apotex implies that the current understanding of the law sets the bar for proving anticipation too high and that the acceptance of a system of genus and selection patents necessarily, or at least on the facts of this case, involves anticipation and therefore invalidity. I would reject the broader objection. A system of genus and selection patents is acceptable in principle, on the line of authority stemming from *I. G. Farbenindustrie*. The real question is whether, on the facts of this case, the particular selection patent has been anticipated.

#### (b) *Reasons of the Applications Judge*

[20] In his reasons after referring to s. 27(1) of the Act, the applications judge defined anticipation as meaning "that the exact invention had already been made and publicly disclosed" (para. 55). Shore J. cited this Court's decision in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 26, which approved of the test for anticipation described in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), at p. 297:

One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. *The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to*

en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention qui n'était pas :

a) connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite;

b) décrite dans un brevet ou dans une publication imprimée au Canada ou dans tout autre pays plus de deux ans avant la présentation de la pétition ci-après mentionnée;

c) en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada.

[19] C'est en fonction de l'art. 27 qu'il convient de définir le critère de l'antériorité. Apotex ne soutient pas que le juge de première instance a commis une erreur dans l'interprétation du critère ou dans son application aux faits de l'espèce. Elle laisse plutôt entendre que l'interprétation actuelle du critère rend trop difficile la preuve de l'antériorité et que l'existence d'un système de brevets de genre et de sélection implique nécessairement l'antériorité, du moins dans la présente affaire, et partant, l'invalidité. Je rejette un argument aussi général. Le courant jurisprudentiel s'inscrivant dans la foulée de l'arrêt *I. G. Farbenindustrie* admet en principe le système des brevets de genre et de sélection. La véritable question qui se pose est celle de savoir si, au vu des faits de l'espèce, le brevet de sélection en cause était antériorisé.

#### b) *Motifs du juge de première instance*

[20] Après renvoi au par. 27(1) de la Loi, le juge de première instance opine qu'il y a antériorité « [lorsque] l'invention exacte a déjà été faite et a été divulguée au public » (par. 55). Il cite un extrait de l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, où notre Cour approuve le critère de l'antériorité énoncé dans l'arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, [1986] A.C.F. n° 87 (QL) (C.A.), par. 30 :

Il faut en effet pouvoir s'en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l'invention revendiquée sans l'exercice de quelque génie inventif. *Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y*



*the claimed invention.* [Emphasis added by the applications judge.]

[21] The applications judge noted that the English Court of Appeal stated in *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457, at p. 486:

*If, on the other hand, the prior publication contains a direction which is capable of being carried out in a manner which would infringe the patentee's claim, but would be at least as likely to be carried out in a way which would not do so, the patentee's claim will not have been anticipated, although it may fail on the ground of obviousness.* To anticipate the patentee's claim the prior publication must contain clear and unmistakable directions to do what the patentee claims to have invented . . . . [Emphasis added by the applications judge.]

He then noted that in *Free World*, at para. 26, this Court approved the following statement from *General Tire*:

A signpost, however clear, upon the road to the patentee's invention will not suffice. The prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee. [p. 486]

[22] The law of anticipation as explained in *Beloit* and *General Tire* has been accepted in Canada without reservation: see *Free World*, at para. 26. In his application of the law to the facts, there is no doubt that Shore J. was using the test as set out in *Beloit* when he stated, at para. 57:

Based on the law, the question before the Court is whether a person skilled in the art was given such a clear direction that, by reading and following the '875 patent (or its U.S. or French equivalents) would in every case and without possibility of error make a compound or pharmaceutical composition within the claims of the '777 patent (e.g. the bisulfate salt of clopidogrel).

(c) *Recent United Kingdom Jurisprudence*

[23] For the reasons that follow, and in light of recent jurisprudence, I am of the respectful opinion that the applications judge overstated the stringency

*conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée.* [Souligné par le juge de première instance.]

[21] Le juge signale que dans l'arrêt *General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457, la Cour d'appel d'Angleterre a dit ce qui suit à la p. 486 :

[TRADUCTION] *Si, par contre, la publication antérieure renferme des instructions qui sont susceptibles d'être exécutées de façon à contrevenir à la revendication du breveté, mais qui seraient à tout le moins aussi susceptibles d'être exécutées de façon à ne pas y contrevenir, la revendication du breveté ne se heurterait pas à une antériorité, bien qu'elle puisse être jugée non valide pour cause d'évidence.* Pour constituer une antériorité opposable à la revendication du breveté, la publication antérieure doit contenir des instructions claires et non équivoques permettant d'obtenir ce que le breveté prétend avoir inventé . . . [Souligné par le juge de première instance.]

Il précise ensuite qu'au par. 26 de l'arrêt *Free World*, notre Cour a approuvé l'extrait suivant de l'arrêt *General Tire* :

[TRADUCTION] Aussi clair qu'il soit, un poteau indicateur placé sur la voie menant à l'invention du breveté ne suffit pas. Il faut prouver clairement que l'inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté. [p. 486]

[22] Les tribunaux canadiens ont adhéré sans réserve au critère de l'antériorité défini dans les arrêts *Beloit* et *General Tire* : *Free World*, par. 26. Lorsqu'il affirme ce qui suit au par. 57, il est clair que le juge Shore s'appuie sur le critère énoncé dans l'arrêt *Beloit* pour appliquer le droit aux faits de l'espèce :

La Cour doit, en se fondant sur le droit applicable, décider si une personne versée dans l'art a reçu des instructions d'une clarté telle que, lorsqu'elle prend connaissance du brevet '875 (ou de ses équivalents américains ou français) et s'y conforme, elle arrivera infailliblement à un composé ou à une composition pharmaceutique visé par les revendications du brevet '777 (c.-à-d. le bisulfate de clopidogrel).

c) *Jurisprudence britannique récente*

[23] Pour les motifs qui suivent et au vu de la jurisprudence récente, j'estime respectueusement que le juge de première instance a exagéré la rigueur du

of the test for anticipation that the “exact invention” has already been made and publicly disclosed.

[24] In the 2005 decision of the House of Lords in *Synthon*, Lord Hoffmann has brought some further clarity to the law of anticipation as understood since *General Tire*. His reference at para. 20 to the “unquestionable authority” of Lord Westbury in *Hills v. Evans* (1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457, at p. 463, makes it plain that his analysis does not depend on any change on English law flowing from the enactment of the *Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37, or the U.K.’s adoption of the *Convention on the Grant of European Patents*, 1065 U.N.T.S. 199 (entered into force October 7, 1977). He distinguishes between two requirements for anticipation that were not theretofore expressly considered separately, prior disclosure and enablement.

[25] He explains that the requirement of prior disclosure means that the prior patent must disclose subject matter which, if performed, would necessarily result in infringement of that patent, and states, at para. 22:

If I may summarise the effect of these two well-known statements [from *General Tire* and *Hills v. Evans*], the matter relied upon as prior art must disclose subject matter which, if performed, would necessarily result in an infringement of the patent. . . . It follows that, whether or not it would be apparent to anyone at the time, whenever subject matter described in the prior disclosure is capable of being performed and is such that, if performed, it must result in the patent being infringed, the disclosure condition is satisfied.

When considering the role of the person skilled in the art in respect of disclosure, the skilled person is “taken to be trying to understand what the author of the description [in the prior patent] meant” (para. 32). At this stage, there is no room for trial and error or experimentation by the skilled person. He is simply reading the prior patent for the purposes of understanding it.

[26] If the disclosure requirement is satisfied, the second requirement to prove anticipation is

critère de l’antériorité en considérant que l’« invention exacte » devait déjà avoir été faite et avoir été rendue publique.

[24] En 2005, dans l’arrêt *Synthon* de la Chambre des lords, lord Hoffmann a apporté quelques précisions supplémentaires sur le critère de l’antériorité et sur son interprétation depuis l’arrêt *General Tire*. Le fait qu’il a qualifié d’inattaquable le passage cité des motifs de lord Westbury dans *Hills c. Evans* (1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457, p. 463, indique clairement que son analyse ne tient pas à quelque modification du droit anglais découlant de l’adoption de la *Patents Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 37, non plus qu’à la ratification de la *Convention sur la délivrance de brevets européens*, 1065 R.T.N.U. 199 (entrée en vigueur le 7 octobre 1977) par le Royaume-Uni. Il établit une distinction entre deux exigences en la matière qui, jusqu’alors, ne faisaient pas expressément l’objet d’un examen distinct, à savoir la divulgation antérieure et le caractère réalisable.

[25] Lord Hoffmann explique que suivant l’exigence de la divulgation antérieure, le brevet antérieur doit divulguer ce qui, une fois réalisé, contreferait nécessairement le brevet (par. 22) :

[TRADUCTION] Si je puis me permettre de résumer ce qui découle de ces deux énoncés fort connus [tirés de *General Tire* et de *Hills c. Evans*], l’objet de l’antériorité alléguée doit divulguer ce qui, une fois réalisé, contreferait le brevet. [. . .] Il s’ensuit que, peu importe que cela aurait sauté ou non aux yeux de quiconque au moment considéré, lorsque ce qui est décrit dans la divulgation antérieure est réalisable et une fois réalisé, contreferait nécessairement le brevet, la condition de la divulgation antérieure est remplie.

En ce qui concerne la divulgation, la personne versée dans l’art [TRADUCTION] « est censée tenter de comprendre ce que l’auteur de la description [dans le brevet antérieur] a voulu dire » (par. 32). À cette étape, les essais successifs sont exclus. La personne versée dans l’art se contente de lire le brevet antérieur pour en comprendre la teneur.

[26] Lorsque l’exigence de la divulgation est remplie, le second élément établissant l’antériorité

“enablement” which means that the person skilled in the art would have been able to perform the invention (para. 26). Lord Hoffmann held that the test for enablement for purposes of anticipation was the same as the test for sufficiency under the relevant United Kingdom legislation. (Enablement for the purposes of sufficiency of the patent specification under the Canadian *Patent Act*, s. 34(1)(b) of the pre-October 1, 1989 Act, now s. 27(3)(b), is not an issue to be decided in this case and my analysis of enablement is solely related to the test for anticipation. The question of whether enablement for purposes of sufficiency is identical in Canada is better left to another day.)

[27] Once the subject matter of the invention is disclosed by the prior patent, the person skilled in the art is assumed to be willing to make trial and error experiments to get it to work. While trial and error experimentation is permitted at the enablement stage, it is not at the disclosure stage. For purposes of enablement, the question is no longer what the skilled person would think the disclosure of the prior patent meant, but whether he or she would be able to work the invention.

[28] The *Beloit* decision by which the applications judge rightly felt bound dealt with only one aspect of anticipation, that is, whether or not the invention in a patent had been disclosed in a single prior publication or patent. In that decision, Hugessen J.A. held that it had not. He had no need to consider the further point whether or not, had there been such a clear disclosure, the working of the invention was also enabled by that disclosure. That point was not in issue in *Beloit*. Explicitly separating disclosure and enablement is a refinement of the approach set out in *Beloit*. It explains the process a person skilled in the art would follow if the original patent anticipated the invention of the subsequent patent. I would adopt this approach.

est le « caractère réalisable », à savoir la possibilité qu’une personne versée dans l’art ait pu réaliser l’invention (par. 26). Lord Hoffmann conclut que le volet du critère de l’antériorité correspondant au caractère réalisable équivaut au critère du caractère suffisant suivant les dispositions législatives pertinentes du Royaume-Uni. (Notre Cour n’a pas à statuer en l’espèce sur l’incidence du caractère réalisable de l’invention sur le caractère suffisant du mémoire descriptif du brevet pour les besoins de l’al. 34(1)b) de la *Loi sur les brevets* du Canada dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> octobre 1989, devenu l’actuel al. 27(3)b), et mon analyse du caractère réalisable ne vaut que pour le critère de l’antériorité. La question de savoir si, au Canada, le caractère réalisable de l’invention et le caractère suffisant du mémoire descriptif se confondent l’un et l’autre devra être tranchée une autre fois.)

[27] Dès lors que l’objet de l’invention est divulgué dans un brevet antérieur, on suppose que la personne versée dans l’art est disposée à procéder par essais successifs pour arriver à l’invention. Bien que de tels essais soient exclus à l’étape de la divulgation, ils ne le sont pas pour les besoins du caractère réalisable, car la question n’est plus de savoir si la personne versée dans l’art saisit la teneur de la divulgation du brevet antérieur, mais bien si elle est en mesure de réaliser l’invention.

[28] Le juge de première instance a conclu à juste titre qu’il était lié par l’arrêt *Beloit*, lequel ne portait que sur un volet de l’antériorité : l’invention visée par le brevet en cause avait-elle déjà été divulguée en totalité dans une même publication ou un même brevet. Le juge Hugessen y a conclu qu’elle ne l’avait pas été. Dès lors, il ne lui incombait pas de se demander en outre si, à supposer que la divulgation ait été claire, elle aurait en outre permis la réalisation de l’invention. Cette question ne faisait pas l’objet du litige. L’analyse consistant à isoler expressément le volet de la divulgation et celui du caractère réalisable apporte une nuance au raisonnement sous-tendant l’arrêt *Beloit*. Elle explique la démarche qu’une personne versée dans l’art adopterait si le brevet d’origine antériorisait l’invention visée par le brevet subséquent. Je suis enclin à la faire mienne.

[29] Subject to any limitations expressed in the *Patent Act*, I see no reason why the discussion of anticipation should not apply to other prior art than merely genus patents. Again, subject to limitations in the *Patent Act*, the discussion of anticipation and obviousness would seem applicable to patents generally.

[30] Two questions now must be answered: (1) what constitutes disclosure at the first stage of the test for anticipation, and (2) how much trial and error or experimentation is permitted at the enablement stage?

i. Disclosure

[31] Section 27(1) of the Act requires as a condition for obtaining a patent that the invention was not “known or used” and was not “described” in any patent or any publication more than two years before the patent application was filed. In the context of genus and selection patents, in *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), Lord Wilberforce stated, at p. 311:

It is the absence of the discovery of the special advantages, as well as the fact of non-making, that makes it possible for such persons to make an invention related to a member of the class.

The compound made for the selection patent was only soundly predicted at the time of the genus patent. It was not made and its special advantages were not known. It is for those reasons that a patent should not be denied to the inventor who made and discovered the special advantages of the selection compound for the first time.

[32] In the context of disclosure as explained in *Synthon*, “the absence of the discovery of the special advantages” to which Lord Wilberforce was referring in *Witsiepe’s* means that the genus patent does not disclose the special advantages of the invention covered by the selection patent. Where there is no such disclosure, there is no discovery of the special advantages of the selection patent as compared to the genus patent, and the disclosure requirement to prove anticipation fails. At

[29] Sous réserve de toute restriction prévue dans la *Loi sur les brevets*, je ne vois pas pourquoi l’analyse relative à l’antériorité ne s’appliquerait qu’aux brevets de genre. Toujours sous réserve de la *Loi sur les brevets*, l’analyse de l’antériorité et de l’évidence paraît valoir pour les brevets en général.

[30] Deux questions se posent dès lors en ce qui concerne le critère de l’antériorité : (1) en quoi consiste la divulgation antérieure et (2) dans quelle mesure le caractère réalisable admet-il les essais successifs?

i. Divulgation

[31] Le paragraphe 27(1) de la Loi dispose qu’un brevet ne peut être délivré que pour une invention qui n’était pas « connue ou utilisée » ni « décrite » dans un brevet ou une publication plus de deux ans avant la demande. Se prononçant dans le contexte des brevets de genre et de sélection, lord Wilberforce a dit ce qui suit dans l’arrêt *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), p. 311 :

[TRADUCTION] C’est l’absence de découverte des avantages particuliers, ainsi que la non-réalisation, qui permettent à ces personnes de faire une invention liée à un élément de la catégorie.

Le composé réalisé pour les besoins du brevet de sélection n’a été que valablement prédit lors de l’obtention du brevet de genre. Il n’avait pas été réalisé et ses avantages particuliers n’étaient pas connus. C’est pourquoi on ne saurait refuser un brevet à celui qui, le premier, réalise le composé et découvre ses avantages particuliers.

[32] Pour ce qui est de la divulgation au sens de l’arrêt *Synthon*, « l’absence de découverte des avantages particuliers » dont fait mention lord Wilberforce dans l’arrêt *Witsiepe’s* s’entend de la non-divulgation dans le brevet de genre des avantages particuliers de l’invention visée par le brevet de sélection. Dès lors, les avantages particuliers de l’objet du brevet de sélection par rapport à l’objet du brevet de genre n’ont pas été découverts, de sorte qu’il n’y a pas d’antériorité. À cette étape, la

this stage, the person skilled in the art is reading the prior patent to understand whether it discloses the special advantages of the second invention. No trial and error is permitted. If in reading the genus patent the special advantages of the invention of the selection patent are not disclosed, the genus patent does not anticipate the selection patent.

ii. Enablement

[33] What amount of trial and error or experimentation is permitted before a prior disclosure will not constitute enabling disclosure? Certainly, if the applications judge finds that an inventive step was required to get to the invention of the second patent, the specification of the first patent will not have provided enabling disclosure. But even if no inventive step is required, the skilled person must still be able to perform or make the invention of the second patent without undue burden.

[34] Two recent United Kingdom decisions are of assistance. In *Halliburton Energy Services Inc. v. Smith International (North Sea) Ltd.*, [2006] EWCA Civ 1715 (BAILII), Jacob L.J., a highly experienced patent judge, states at para. 18:

Patents are meant to teach people how to do things. If what is “taught” involves just too much [work] to be reasonable allowing for all the circumstances including the nature of the art, then the patent cannot be regarded as an “enabling disclosure.” . . . The setting of a gigantic project, even if merely routine, will not do.

[35] Jacob L.J. characterizes the problem at para. 20 as: “[H]ow is one to say when the work involved to perform the invention is too much?” The determination of how much work is too much is inevitably a line-drawing exercise. His answer to the problem is at para. 21:

The answer is that the line is one to be drawn by an exercise of judgment, taking into account all of the relevant factors, one of which is of course the nature of the invention itself and its field of technology. But

personne versée dans l’art lit le mémoire descriptif du brevet antérieur pour déterminer s’il divulgue les avantages particuliers de l’invention subséquente. Les essais successifs ne sont pas admis. Lorsque la lecture du brevet de genre ne permet pas de connaître les avantages particuliers de l’invention visée par le brevet de sélection, celui-ci n’est pas antériorisé par le brevet de genre.

ii. Le caractère réalisable

[33] Après combien d’essais successifs conclut-on au caractère non réalisable de l’invention déjà divulguée? Lorsque le juge de première instance conclut qu’une étape inventive était nécessaire pour parvenir à l’invention du deuxième brevet, le mémoire descriptif du premier brevet ne rend assurément pas l’invention réalisable. Cependant, même lorsque aucune étape inventive n’est nécessaire, la personne versée dans l’art doit tout de même être capable d’exécuter ou de réaliser l’invention du deuxième brevet sans trop de difficultés.

[34] Deux décisions britanniques récentes valent d’être citées. Dans *Halliburton Energy Services Inc. c. Smith International (North Sea) Ltd.*, [2006] EWCA Civ 1715 (BAILII), le lord juge Jacob, très expérimenté dans le domaine des brevets, dit au par. 18 :

[TRADUCTION] Le brevet a pour but d’enseigner aux gens comment faire quelque chose. Lorsque l’« enseignement » exige trop [d’efforts] eu égard à l’ensemble des circonstances, y compris la nature de l’art, le brevet ne peut être considéré comme une « divulgation permettant la réalisation ». [. . .] Une entreprise colossale, même constituée d’opérations usuelles, n’est pas acceptable.

[35] Pour lui, la question est de savoir [TRADUCTION] « à quel moment les efforts requis pour parvenir à l’invention deviennent excessifs » (par. 20), d’où la nécessité d’une ligne de démarcation. Il avance une piste de solution au par. 21 :

[TRADUCTION] La solution consiste à exercer son jugement au regard de l’ensemble des facteurs pertinents, dont bien sûr la nature de l’invention et le domaine technique. Mais il y en a d’autres, comme la

there are other factors too — for instance, the width of the patent claim or whether it has functional limitations which require too much work to explore.

[36] A more extensive review of the law of enablement as defined in *Synthon* is contained in a decision of Kitchin J. in *Wobben v. Vestas-Celtic Wind Technology Ltd.*, [2007] EWHC 2636 (Pat.) (BAILII), at paras. 196-97. Although *Wobben* was a case in which the alleged infringer raised as one of its defences insufficiency under the United Kingdom legislation, I think guidance is provided as to what will or will not constitute enablement for purposes of anticipation.

[37] Drawing from this jurisprudence, I am of the opinion that the following factors should normally be considered. The list is not exhaustive. The factors will apply in accordance with the evidence in each case.

1. Enablement is to be assessed having regard to the prior patent as a whole including the specification and the claims. There is no reason to limit what the skilled person may consider in the prior patent in order to discover how to perform or make the invention of the subsequent patent. The entire prior patent constitutes prior art.
2. The skilled person may use his or her common general knowledge to supplement information contained in the prior patent. Common general knowledge means knowledge generally known by persons skilled in the relevant art at the relevant time.
3. The prior patent must provide enough information to allow the subsequently claimed invention to be performed without undue burden. When considering whether there is undue burden, the nature of the invention must be taken into account. For example, if the invention takes place in a field of technology in which trials and experiments are generally carried out, the threshold for undue burden will tend to be higher than in circumstances

portée de la revendication du brevet ou l'existence de limites fonctionnelles dont l'exploration exige trop de travail.

[36] Dans *Wobben c. Vestas-Celtic Wind Technology Ltd.*, [2007] EWHC 2636 (Pat.) (BAILII), par. 196-197, le juge Kitchin analyse plus avant le critère du caractère réalisable défini dans l'arrêt *Synthon*. Même si, dans cette affaire britannique, l'insuffisance était l'un des moyens de défense invoqués dans une action en contrefaçon, je suis d'avis que la décision permet de circonscrire le caractère réalisable pour les besoins de l'antériorité.

[37] Au vu de cette jurisprudence, j'estime que les facteurs suivants — dont l'énumération n'est pas exhaustive et l'applicabilité dépend de la preuve — doivent normalement être considérés.

1. Le caractère réalisable est apprécié au regard du brevet antérieur dans son ensemble, mémoire descriptif et revendications compris. Il n'y a aucune raison de limiter les éléments du brevet antérieur dont tient compte la personne versée dans l'art pour découvrir comment exécuter ou réaliser l'invention que vise le brevet subséquent. L'antériorité est constituée de la totalité du brevet antérieur.
2. La personne versée dans l'art peut faire appel à ses connaissances générales courantes pour compléter les données du brevet antérieur. Les connaissances générales courantes s'entendent des connaissances que possède généralement une personne versée dans l'art en cause au moment considéré.
3. Le brevet antérieur doit renfermer suffisamment de renseignements pour permettre l'exécution du brevet subséquent sans trop de difficultés. Le caractère excessif des difficultés dépend de la nature de l'invention. Par exemple, lorsque celle-ci relève d'un domaine technique où les essais sont monnaie courante, le seuil de ce qui constitue une difficulté excessive tend à être plus élevé que lorsque des efforts moindres sont la norme. Lorsqu'il est nécessaire de franchir

in which less effort is normal. If inventive steps are required, the prior art will not be considered as enabling. However, routine trials are acceptable and would not be considered undue burden. But experiments or trials and errors are not to be prolonged even in fields of technology in which trials and experiments are generally carried out. No time limits on exercises of energy can be laid down; however, prolonged or arduous trial and error would not be considered routine.

4. Obvious errors or omissions in the prior patent will not prevent enablement if reasonable skill and knowledge in the art could readily correct the error or find what was omitted.

(d) *Application to the Facts of This Case*

i. Disclosure for the Purposes of Anticipation

[38] The '875 genus patent covered over 250,000 possible different compounds. Obviously, every compound was not made or tested. The patent covering those compounds was based on sound prediction. From the specification, it is apparent that 21 examples were made and tested, one of which was the racemate relevant in this case. According to the applications judge, there was no disclosure in the '875 patent of the specific beneficial properties associated with the dextro-rotatory isomer of this racemate, nor was there disclosure of any advantages which flow from using the bisulfate salt in combination with the dextro-rotatory isomer (para. 71).

[39] It was open to Shore J. on the record before him to conclude that a person skilled in the art and reading the '875 patent would not be able to come up with the invention of the '777 patent. Nothing in the '875 patent distinguished this dextro-rotatory isomer as having beneficial properties different from the racemate or the levo-rotatory isomer or from any of the other compounds made and tested and referred to in the '875 patent, let alone the compounds based only on sound prediction. At para. 72 of his reasons, he found:

une étape inventive, la divulgation antérieure ne satisfait pas au critère du caractère réalisable. Les essais courants sont toutefois admis et il n'en résulte pas de difficultés excessives. L'expérimentation ou les essais successifs ne doivent cependant pas se prolonger, et ce, même dans un domaine technique où ils sont monnaie courante. Aucune limite n'est fixée quant à la durée des efforts consacrés; toutefois, les essais successifs prolongés ou ardues ne sont pas tenus pour courants.

4. Les erreurs ou omissions manifestes du brevet antérieur ne font pas obstacle au caractère réalisable lorsque des habiletés et des connaissances raisonnables permettaient d'y remédier.

d) *Application aux faits de l'espèce*

i. L'antériorité au regard de la divulgation

[38] Le brevet de genre 875 couvre plus de 250 000 composés qui n'ont évidemment pas tous été synthétisés ou analysés. Ce brevet s'appuyait sur une prédiction valable. Il appert de son mémoire descriptif que 21 composés ont été synthétisés et analysés, dont le racémate visé en l'espèce. Selon le juge de première instance, le brevet 875 ne divulgue aucun avantage particulier de l'isomère dextrogyre de ce racémate, ni quelque avantage de l'utilisation du bisulfate avec l'isomère dextrogyre (par. 71).

[39] Au vu du dossier, le juge Shore pouvait conclure qu'une personne versée dans l'art n'aurait pu, après avoir pris connaissance du brevet 875, arriver à l'invention visée par le brevet 777. Aucun élément du brevet 875 n'indique que l'isomère dextrogyre présente des avantages différents de ceux du racémate, de l'isomère lévogyre ou de l'un des autres composés synthétisés et analysés dont il est fait mention, et encore moins de l'un des composés faisant seulement l'objet d'une prédiction valable. Au paragraphe 72 de ses motifs, le juge conclut :

The Court also notes that, although Dr. Klibanov agreed with Apotex' experts that a skilled person could have ascertained the activity and characteristics of two isomers and of different salts using well-known methods at the time, they did not say that the beneficial properties of these isomers and of their salts — let alone of the dextro-rotatory isomer and of its bisulfate salt — would be known with certitude before conducting the tests designed to identify the respective properties of the isomers and of the salt.

[40] There was no evidence that the person skilled in the art would know from reading the '875 patent that the more active dextro-rotatory isomer would be less toxic than the racemate or levo-rotatory isomer or any of the other compounds made and tested. Indeed, Dr. McClelland's evidence was that while you "often" get more activity by separating isomers, the answer to the question whether this increased activity was to be found in the levo-rotatory isomer or the dextro-rotatory isomer was unknown. (Affidavit, at para. 42, and cross-examination, at pp. 928-30 and question 322).

[41] Since the '875 patent did not disclose the special advantages of the dextro-rotatory isomer and of its bisulfate salt, as compared to the levo-rotatory isomer or the racemate and their salts, or the other compounds made and tested or otherwise referred to in the '875 patent, the invention of the '777 patent cannot be said to have been disclosed and therefore it cannot be said to have been anticipated.

ii. Enablement for the Purposes of Anticipation

[42] It is not strictly necessary to discuss enablement since anticipation requires proof of both disclosure and enablement, and disclosure has not been proven. However, for future guidance, I would make the following few observations about enablement on the facts of this case.

[43] The applications judge was of the opinion that "the skilled reader following the prior art must be able to arrive at the invention claimed in

La Cour fait en outre remarquer que, même si M. Klibanov était d'accord avec les experts d'Apotex pour dire qu'une personne versée dans l'art aurait pu constater l'activité et les caractéristiques des deux isomères et de divers bisulfates au moyen de méthodes qui étaient bien connues à l'époque, ces experts n'ont pas affirmé que les propriétés avantageuses de ces isomères et de leurs bisulfates — à plus forte raison celles de l'isomère dextrogyre et de son bisulfate — auraient été connues avec certitude avant la tenue des essais visant à déterminer les propriétés respectives des isomères et du bisulfate.

[40] Aucun élément n'établissait qu'en prenant connaissance du brevet 875, une personne versée dans l'art aurait su que l'isomère dextrogyre plus actif serait moins toxique que le racémate, l'isomère lévogyre ou n'importe lequel des autres composés synthétisés et analysés. Le D<sup>r</sup> McClelland a en effet témoigné que même si on obtient « souvent » plus d'activité après séparation des isomères, on ne savait pas lequel de l'isomère lévogyre ou de l'isomère dextrogyre serait le plus actif (affidavit, par. 42; contre-interrogatoire, p. 928-930; question 322).

[41] Puisque le brevet 875 ne divulgue pas les avantages particuliers de l'isomère dextrogyre et de son bisulfate par rapport à l'isomère lévogyre, au racémate et à ses sels, ou aux autres composés synthétisés et analysés ou par ailleurs mentionnés, l'invention correspondant au brevet 777 n'a pas été divulguée et, de ce fait, elle n'est pas antériorisée.

ii. L'antériorité au regard du caractère réalisable

[42] Il n'est pas absolument nécessaire de se pencher sur le caractère réalisable, car l'antériorité exige à la fois la divulgation et le caractère réalisable, et la première n'a pas été établie. Toutefois, afin d'offrir des repères pour l'avenir, je me permets quelques observations sur le caractère réalisable en l'espèce.

[43] Le juge de première instance a estimé que « la personne versée dans l'art qui se conforme au brevet constituant une antériorité doit être en



the impugned patent *the first time he or she tries and every time thereafter*” (para. 65 (emphasis in original)). However, under the test for enablement as described in these reasons, some trial and error is permitted.

[44] For anticipation, the genus patent must provide enough information so as to allow the selected invention to be performed without undue burden. In this case, the applications judge concluded that the ‘875 patent did not specifically lead to the claimed invention. He noted, on the record before him, that if one were to follow the teachings of the prior art, one would obtain racemates, never their isomers.

[45] However, Apotex argues that the methods for separating the isomers were well known to persons skilled in the art at the time of the invention. According to Apotex, such a person could eventually obtain the isomer through what amounts to routine tests.

[46] In determining whether the enablement step for proving anticipation has been met, it is important to note that routine trials are acceptable but inventive steps are not permitted. Also, reasonable skill and knowledge of the art is expected in order to correct omissions in the original patent if a means of determining what is missing can readily be found. The skilled person may use his or her common general knowledge to supplement information contained in the patent.

[47] Even though Shore J. referred to the excessively stringent anticipation test “in every case”, his findings are relevant to trial and error. He found that the evidence with respect to the methods of separation, including the evidence of the inventor, shows that the identification of clopidogrel, its bisulfate salt and their advantageous properties required extensive investigation over a period of months (paras. 68-70).

[48] One might infer that, had the applications judge been asked to decide if these investigations constituted an undue burden for the skilled person,

mesure d’arriver à l’invention revendiquée dans le brevet contesté *la première fois qu’elle tente d’y arriver et chaque fois par la suite* » (par. 65 (souligné dans l’original)). Or, le caractère réalisable défini dans les présents motifs admet un certain nombre d’essais successifs.

[44] Pour constituer une antériorité, le brevet de genre doit être suffisamment détaillé pour permettre la réalisation de l’objet du brevet de sélection sans trop de difficultés. En l’espèce, le juge de première instance conclut que le brevet 875 ne mène pas explicitement à l’invention revendiquée. Il signale qu’au vu du dossier, les enseignements du brevet antérieur ne permettraient d’obtenir qu’un racémate, en aucun cas ses isomères.

[45] Apotex fait toutefois valoir que les méthodes de séparation des isomères étaient bien connues des personnes versées dans l’art au moment de l’invention. À son avis, de telles personnes auraient pu un jour obtenir l’isomère à l’issue de simples essais courants.

[46] Pour que soit respecté le volet du critère de l’antériorité correspondant au caractère réalisable, les essais courants sont admis, mais non les étapes inventives. Aussi, lorsqu’un moyen de déterminer les lacunes du brevet d’origine peut aisément être découvert, des compétences et des connaissances raisonnables dans le domaine devraient suffire à combler ces lacunes. La personne versée dans l’art peut faire appel à ses connaissances générales courantes pour compléter les données du brevet.

[47] Certes, le juge Shore mentionne la notion excessivement stricte d’« infailibilité », mais ses conclusions sur le respect du critère de l’antériorité se fondent sur les essais successifs. Il conclut que les éléments relatifs aux méthodes de séparation, y compris le témoignage de l’inventeur, prouvent que la découverte du clopidogrel, de son bisulfate et de leurs avantages ont nécessité des mois de recherche approfondie (par. 68-70).

[48] Si le juge de première instance avait été appelé à déterminer si cette recherche constituait une difficulté excessive pour la personne versée

he would have held that they did. However, in view of my earlier conclusion on disclosure, it is unnecessary for me to pursue this point further.

(e) *Conclusion on Anticipation*

[49] As indicated above, in the context of anticipation, the two-step approach, disclosure and enablement, is a refinement of the approach set out in *Beloit* and should be adopted.

[50] In the case at bar, the invention of the ‘777 patent was not disclosed by the ‘875 patent and was therefore not anticipated. The allegation of anticipation has not been justified.

VI. Obviousness

(a) *Relevant Legislation*

[51] The definition of invention in s. 2 of the Act is relevant because at the time the pre-October 1, 1989 version of the Act was in force, there was no statutory provision expressly providing that obvious inventions were unpatentable. As explained by Professor D. Vaver in *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), at p. 136:

Until very recently, the *Patent Act* did not expressly say that obvious inventions were unpatentable. Courts implied this criterion from the notion of “invention”. Inventions implied inventive ingenuity, without which an advance was obvious; and patents are not granted for the obvious.

The definition of invention in s. 2 of the Act provided:

“invention” means any new and useful . . . composition of matter, or any new and useful improvement in any . . . composition of matter;

(b) *Reasons of the Applications Judge*

[52] Shore J. first correctly observed that at the relevant time obviousness was not mentioned expressly in the Act. He then cited the well-known test for obviousness in *Beloit* (at p. 294):

dans l’art, on peut penser qu’il aurait conclu par l’affirmative. Vu ma conclusion précédente sur la divulgation, il est cependant inutile d’examiner la question plus avant.

e) *Conclusion relative à l’antériorité*

[49] Je le répète, j’estime qu’il faut tenir compte des deux volets de l’antériorité — la divulgation et le caractère réalisable — et affiner ainsi la démarche préconisée dans l’arrêt *Beloit*.

[50] En l’espèce, l’invention revendiquée dans le brevet 777 n’a pas été divulguée dans le brevet 875, de sorte qu’elle n’est pas antériorisée. L’allégation d’antériorité n’est pas fondée.

VI. L’évidence

a) *Dispositions législatives pertinentes*

[51] La définition du mot « invention » figurant à l’art. 2 de la Loi est pertinente, car dans la version antérieure au 1<sup>er</sup> octobre 1989, aucune disposition n’écartait expressément la brevetabilité d’une invention évidente. Comme l’explique le professeur D. Vaver dans *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), p. 136 :

[TRADUCTION] Jusqu’à tout récemment, la *Loi sur les brevets* n’écartait pas expressément la brevetabilité d’une invention évidente. Les tribunaux ont déduit le critère de la notion d’« invention ». Une invention était le fruit de l’ingéniosité, et sans celle-ci, une découverte constituait une évidence. Et nul brevet n’est délivré pour ce qui est évident.

Voici la définition du mot « invention » qui figurait à l’art. 2 de la Loi :

Toute réalisation, tout[e] [. . .] composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité.

b) *Motifs du juge de première instance*

[52] Le juge Shore signale d’abord à juste titre qu’au moment considéré, l’évidence n’était pas expressément mentionnée dans la Loi. Il renvoie ensuite à l’arrêt *Beloit*, qui énonce le critère bien connu de l’évidence (par. 18) :

The test for obviousness is not to ask what competent inventors did or would have done to solve the problem. Inventors are by definition inventive. The classical touchstone for obviousness is the technician skilled in the art but having no scintilla of inventiveness or imagination; a paragon of deduction and dexterity, wholly devoid of intuition; a triumph of the left hemisphere over the right. The question to be asked is *whether this mythical creature (the man in the Clapham omnibus of patent law) would, in the light of the state of the art and of common general knowledge as at the claimed date of invention, have come directly and without difficulty to the solution taught by the patent.* It is a very difficult test to satisfy. [Emphasis added by the applications judge; para. 75.]

In the view of Shore J., the *Beloit* test would not accommodate a “worth a try” test by the skilled person.

[53] The applications judge accepted that there were five well-known separation techniques in order to obtain the dextro-rotatory isomer of the racemate. At para. 80, he stated:

... what the experts are really saying from a legal perspective is that separating the racemate was worth a try. Having to try different methods, though they be well-known, in order to discover which one will yield the desired result cannot mean that the desired result, in this case, the compounds in claims 1 and 3 and their pharmaceutical compositions, was obvious.

[54] He further held that the dextro-rotatory isomer and its salts had to be tested for their beneficial properties to be discovered and that the isomer and its beneficial properties were therefore not known before the racemate was separated into its isomers. He stated, at para. 81:

Here again, having to try different separation techniques with uncertainty as to whether each or some specific techniques would actually result in a successful separation and then having to perform tests to discover what the properties of the dextro-rotatory isomer of the racemate were, cannot mean that this compound and its beneficial properties were obvious.

Pour établir si une invention est évidente, il ne s'agit pas de se demander ce que des inventeurs compétents ont ou auraient fait pour solutionner le problème. Un inventeur est par définition inventif. La pierre de touche classique de l'évidence de l'invention est le technicien versé dans son art mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination; un parangon de déduction et de dextérité complètement dépourvu d'intuition; un triomphe de l'hémisphère gauche sur le droit. Il s'agit de se demander si, *compte tenu de l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment où l'invention aurait été faite, cette créature mythique (monsieur tout-le-monde du domaine des brevets) serait directement et facilement arrivée à la solution que préconise le brevet.* C'est un critère auquel il est très difficile de satisfaire. [Souligné par le juge de première instance; par. 75.]

De l'avis du juge Shore, le critère établi dans l'arrêt *Beloit* n'admet pas le critère de quelque chose « valant d'être tenté » du point de vue de la personne versée dans l'art.

[53] Le juge de première instance reconnaît qu'il existe cinq techniques bien connues de séparation du racémate permettant d'obtenir l'isomère dextrogyre :

Ce que les experts disent, en fait, du point de vue juridique, c'est qu'il vaut la peine de tenter de séparer les isomères constituant le racémate : voilà ce qui ressort de cette preuve. Le fait de devoir essayer différentes méthodes, bien qu'il s'agisse de méthodes bien connues, pour découvrir laquelle donnera le résultat souhaité, ne peut signifier que le résultat souhaité, dans ce cas l'obtention des composés décrits aux revendications 1 et 3 et leurs compositions pharmaceutiques, était évident. [par. 80]

[54] Il conclut en outre qu'il fallait analyser l'isomère dextrogyre et ses sels pour découvrir leurs avantages, de sorte qu'on ne pouvait connaître l'isomère et ses avantages avant que les isomères du racémate ne soient isolés. Voici ce qu'il dit au par. 81 :

Ici encore, le fait de devoir utiliser différentes techniques de séparation sans savoir avec certitude si chaque technique ou certaines techniques bien précises permettraient en fait de séparer efficacement les isomères, puis le fait de devoir procéder à des essais pour déterminer les propriétés de l'isomère dextrogyre du racémate, ne peuvent signifier que ce composé et ses propriétés avantageuses étaient évidents.

(c) *United Kingdom and United States Approach to Obviousness*

[55] Apotex says that the *Beloit* approach is excessively rigid and is out of step with the tests for obviousness in the United Kingdom and the United States, where “worth a try” has been accepted.

[56] Generally, in the United States, it appears that at the Court of Appeals level, the “obvious to try” test had not been accepted. In *Application of Tomlinson*, 363 F.2d 928 (C.C.P.A. 1966), Rich J. wrote, at p. 931:

Slight reflection suggests, we think, that there is usually an element of “obviousness to try” in any research endeavor, that is not undertaken with complete blindness but rather with some semblance of a chance of success, and that patentability determinations based on that as the test would not only be contrary to statute but result in a marked deterioration of the entire patent system as an incentive to invest in those efforts and attempts which go by the name of “research”.

See also *In re O’Farrell*, 853 F.2d 894 (Fed. Cir. 1988), at p. 903.

[57] However, in *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007), Kennedy J., for a unanimous court, rejected the restrictive approach that the Court of Appeals had taken in that case. He stated, at p. 1739:

Throughout this Court’s engagement with the question of obviousness, our cases have set forth an expansive and flexible approach inconsistent with the way the Court of Appeals applied its TSM [Teaching-Suggestion-Motivation] test here. To be sure, *Graham* recognized the need for “uniformity and definiteness.” Yet the principles laid down in *Graham* reaffirmed the “functional approach” of *Hotchkiss*. To this end, *Graham* set forth a broad inquiry and invited courts, where appropriate, to look at any secondary considerations that would prove instructive.

[58] At p. 1742, he was clear that “obvious to try” could be a relevant test in an obviousness inquiry:

c) *Notion d’évidence au Royaume-Uni et aux États-Unis*

[55] Apotex soutient que le critère de l’évidence énoncé dans l’arrêt *Beloit* est trop strict et qu’il est en décalage avec ceux appliqués au Royaume-Uni et aux États-Unis, où l’on admet l’idée de quelque chose « valant d’être tenté ».

[56] De façon générale, aux États-Unis, les cours d’appel paraissent ne pas avoir fait leur le critère de « l’essai allant de soi ». Dans *Application of Tomlinson*, 363 F.2d 928 (C.C.P.A. 1966), le juge Rich a dit ce qui suit à la p. 931 :

[TRADUCTION] À notre avis, quand on y réfléchit un peu, il y a habituellement un élément d’« essai allant de soi » dans toute recherche qui n’est pas effectuée à l’aveuglette, mais bien avec certaines chances de réussite, et une décision sur la brevetabilité fondée sur ce critère serait non seulement contraire à la loi, mais entraînerait une détérioration marquée de l’ensemble du système de brevets, lequel est censé encourager l’investissement dans les efforts et les essais que l’on regroupe sous le vocable « recherche ».

Voir également *In re O’Farrell*, 853 F.2d 894 (Fed. Cir. 1988), p. 903.

[57] Toutefois, dans *KSR International Co. c. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007), le juge Kennedy a rejeté au nom des juges unanimes l’interprétation restrictive à laquelle s’était livrée la cour d’appel dans la même affaire (p. 1739) :

[TRADUCTION] Au fil de ses décisions sur la question de l’évidence, la Cour a établi une démarche large et flexible incompatible avec la manière dont la *Court of Appeals* a appliqué en l’espèce le critère « TSM » [Teaching-Suggestion-Motivation] (enseignement, indice ou motivation). La décision *Graham* a assurément reconnu la nécessité de l’uniformité et de la certitude. Néanmoins, les principes qui y ont été établis ont confirmé l’« approche fonctionnelle » de la décision *Hotchkiss*. *Graham* préconise en effet un examen de large portée et invite les tribunaux, lorsque l’affaire s’y prête, à tenir compte de toute considération accessoire pouvant se révéler éclairante.

[58] À la p. 1742, il dit clairement que le critère de l’« essai allant de soi » peut être appliqué dans le cadre de l’examen portant sur l’évidence :

The same constricted analysis led the Court of Appeals to conclude, in error, that a patent claim cannot be proved obvious merely by showing that the combination of elements was “obvious to try.” . . . When there is a design need or market pressure to solve a problem and there are a finite number of identified, predictable solutions, a person of ordinary skill has good reason to pursue the known options within his or her technical grasp. If this leads to the anticipated success, it is likely the product not of innovation but of ordinary skill and common sense. In that instance the fact that a combination was obvious to try might show that it was obvious under §103.

[59] In the United Kingdom the “obvious to try” test has been accepted since at least 1967: see *Johns-Manville Corporation’s Patent*, [1967] R.P.C. 479 (C.A.). The current state of the law in the United Kingdom was summarized in *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311. Lord Hoffmann stated the following, at paras. 24-25, in response to the argument that the trial judge in that case, Kitchin J., had refused to consider the “obvious to try” test:

[The trial judge] cited from *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.* [2007] R.P.C. 20, which represents this [Court of Appeal’s] last word on the extent to which the notion of some step being obvious to try is helpful in deciding whether an invention is obvious. The judge then summed up (at para. 72) the current state of the law:

“The question of obviousness must be considered on the facts of each case. The court must consider the weight to be attached to any particular factor in the light of all the relevant circumstances. These may include such matters as the motive to find a solution to the problem the patent addresses, the number and extent of the possible avenues of research, the effort involved in pursuing them and the expectation of success.”

No criticism has been made of this statement of principle . . . .

See also *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5, at para. 45 (rev’d [2008] R.P.C. 28 (p. 716), [2008] UKHL 49). The passage at para. 45 in the decision of the Court of Appeal remains relevant and uncontested.

[TRADUCTION] La même interprétation étroite a amené la Court of Appeals à conclure erronément que l’évidence de la revendication d’un brevet ne peut être établie par le seul fait que la combinaison des éléments constituait un « essai allant de soi ». [. . .] Lorsqu’un besoin précis ou la pression du marché incite à résoudre un problème et qu’il existe un nombre limité de solutions connues et prévisibles, la personne dotée de compétences usuelles a une bonne raison d’opter pour celles qui, parmi ces solutions, sont techniquement à sa portée. Si le résultat escompté est obtenu, il est sans doute attribuable à des compétences usuelles et au bon sens, et non à l’innovation. Dans ce cas, le fait que la combinaison des éléments constituait un essai allant de soi en démontrerait peut-être le caractère évident au sens de l’art. 103.

[59] Au Royaume-Uni, le critère de l’« essai allant de soi » est reconnu depuis au moins 1967 : voir l’arrêt *Johns-Manville Corporation’s Patent*, [1967] R.P.C. 479 (C.A.). L’état actuel du droit au Royaume-Uni est résumé dans l’arrêt *H. Lundbeck A/S c. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311. En réponse à la prétention qu’en première instance, le juge Kitchin avait refusé de considérer le critère de l’« essai allant de soi », lord Hoffmann a dit ce qui suit (par. 24-25) :

[TRADUCTION] [Le juge de première instance] cite l’arrêt *Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20, qui énonce la position actuelle de [la Cour d’appel] sur la mesure dans laquelle l’idée qu’une étape donnée allait de soi joue dans la détermination du caractère évident ou non évident d’une invention. Il résume ensuite l’état actuel du droit (par. 72) :

« L’évidence doit s’apprécier selon les faits de l’espèce. La cour doit considérer l’importance de tout facteur à la lumière des circonstances pertinentes, dont la motivation derrière la recherche d’une solution au problème qui sous-tend le brevet, le nombre et l’étendue des recherches possibles, les efforts requis par elles et les chances de réussite. »

Cet énoncé de principe n’a fait l’objet d’aucune critique . . .

Voir aussi *Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5, par. 45 (inf. par [2008] R.P.C. 28 (p. 716), [2008] UKHL 49). L’énoncé figurant au par. 45 de la décision de la Cour d’appel demeure pertinent et incontesté.

[60] There is a similarity between the current state of the law in the United Kingdom and the United States in respect of “obvious to try”. It is now clear that both jurisdictions accept that an “obvious to try” test can be relevant in an obviousness inquiry. The United States Supreme Court has now stated so explicitly in *KSR*. The convergence of the United Kingdom and the United States law on this issue suggests that the restrictiveness with which the *Beloit* test has been interpreted in Canada should be re-examined.

(d) *Approach to Obviousness in Canada*

[61] I take as a starting point the words of Diplock L.J. in *Johns-Manville*, at pp. 493-94:

Patent law can too easily be bedevilled by linguistics, and the citation of a plethora of cases about other inventions of different kinds. The correctness of a decision upon an issue of obviousness does not depend upon whether or not the decider has paraphrased the words of the Act in some particular verbal formula. I doubt whether there is any verbal formula which is appropriate to all classes of claims.

Although we are not here dealing with obviousness provided by an express statutory test, but rather by necessary implication based on the requirement for invention in the *Patent Act*, the words of Diplock L.J. are nonetheless apt because the courts have often tended to treat the word formulation of *Beloit* as if it were a statutory prescription that limits the obviousness inquiry.

[62] I do not think that Hugessen J.A. in *Beloit* intended that the rather colourful description of obviousness that he coined be applied in an acontextual manner applicable to all classes of claims. I note particularly that “obvious to try” is not a mandatory test in the United Kingdom or in the United States. It is one factor of a number that should be considered, having regard to the context and the nature of the invention.

[63] In *KSR*, Kennedy J. warns against an overly rigid rule that limits the obviousness inquiry. Rather, an expansive and flexible approach that

[60] L'état actuel du droit relatif à l'« essai allant de soi » est semblable au Royaume-Uni et aux États-Unis. Il est désormais manifeste que les deux pays reconnaissent la pertinence de ce facteur dans le cadre de l'examen portant sur l'évidence. La Cour suprême des États-Unis l'a reconnu expressément dans l'arrêt *KSR*. La convergence du droit britannique et du droit américain sur ce point donne à penser qu'il convient de remettre en question la manière restrictive dont les tribunaux canadiens ont interprété le critère établi dans l'arrêt *Beloit*.

d) *La notion d'évidence au Canada*

[61] Je cite d'emblée les propos du lord juge Diplock dans l'arrêt *Johns-Manville* (p. 493-494) :

[TRADUCTION] Le droit des brevets peut trop facilement être embrouillé par la terminologie employée et par le renvoi à une foule de décisions relatives à d'autres inventions de catégories différentes. Lorsque l'évidence est en cause, le bien-fondé de la décision ne dépend pas de ce que son auteur a paraphrasé ou non le texte de la loi d'une certaine manière. Je doute qu'il existe un libellé convenant à toutes les catégories de revendication.

Même si, en l'espèce, l'évidence ne s'apprécie pas au regard d'un critère expressément prévu dans la loi, mais bien par déduction nécessaire au vu des exigences de la *Loi sur les brevets* applicables à l'invention, les propos du lord juge Diplock sont néanmoins à-propos, car les tribunaux ont souvent vu dans le libellé de l'arrêt *Beloit* une prescription légale limitant l'examen de l'évidence.

[62] Je ne pense pas que dans cet arrêt, le juge Hugessen a voulu conférer un caractère universel à la définition plutôt colorée qu'il y donne de l'évidence, de façon qu'elle s'applique indépendamment du contexte à toute catégorie de revendication. Je remarque en particulier que le critère de l'« essai allant de soi » n'est obligatoire ni au Royaume-Uni ni aux États-Unis. Il s'agit d'un élément parmi d'autres selon le contexte et la nature de l'invention.

[63] Dans l'arrêt *KSR*, le juge Kennedy met en garde contre l'application d'une règle trop rigide qui restreint l'examen portant sur l'évidence. Une

would include “any secondary considerations that [will] prove instructive” will be useful (p. 1739). I read *KSR* as teaching that as in most matters in which a judge or a jury is called upon to make a factual determination, rigid rules are inappropriate unless mandated by statute.

[64] While I do not think the list is exhaustive, the factors set forth by Kitchin J. and adopted by Lord Hoffmann in *Lundbeck*, referred to at para. 59 of these reasons, are useful guides in deciding whether a particular step was “obvious to try”. However, the “obvious to try” test must be approached cautiously. It is only one factor to assist in the obviousness inquiry. It is not a panacea for alleged infringers. The patent system is intended to provide an economic encouragement for research and development. It is well known that this is particularly important in the field of pharmaceuticals and biotechnology.

[65] In *Saint-Gobain PAM SA v. Fusion Provida Ltd.*, [2005] EWCA Civ 177 (BAILII), Jacob L.J. stated, at para. 35:

Mere possible inclusion of something within a research programme on the basis you will find out more and something might turn up is not enough. If it were otherwise there would be few inventions that were patentable. The only research which would be worthwhile (because of the prospect of protection) would be into areas totally devoid of prospect. The “obvious to try” test really only works where it is more-or-less self-evident that what is being tested ought to work.

In *General Tire*, Sachs L.J. said, at p. 497:

“Obvious” is, after all, a much-used word and it does not seem to us that there is any need to go beyond the primary dictionary meaning of “very plain”.

In *Intellectual Property Law*, at p. 136, Professor Vaver also equates “obvious” to “very plain”. I am of the opinion that the “obvious to try” test will work only where it is very plain or, to use the words of Jacob L.J., more or less self-evident that what is being tested ought to work.

[66] For a finding that an invention was “obvious to try”, there must be evidence to convince a

démarche large et flexible englobant [TRADUCTION] « toute considération accessoire pouvant se révéler éclairante » convient davantage (p. 1739). J’en déduis que dans la plupart des cas où il est appelé à statuer sur les faits, le juge ou le jury ne doit appliquer une règle rigide que si la loi l’y oblige.

[64] À mon avis, les facteurs énoncés par le juge Kitchin, puis repris par lord Hoffmann dans l’arrêt *Lundbeck* (par. 59), ne sont pas exhaustifs, mais offrent des repères pour déterminer si une étape donnée « allait de soi ». Cependant, la notion d’« essai allant de soi » commande la prudence. Ce n’est qu’un des éléments à considérer pour statuer sur l’évidence. Elle ne saurait permettre de réfuter toute allégation de contrefaçon. Le régime des brevets vise à favoriser le financement de la recherche et du développement, ce qui est assurément d’une importance capitale dans le domaine pharmaceutique et celui de la biotechnologie.

[65] Dans l’arrêt *Saint-Gobain PAM SA c. Fusion Provida Ltd.*, [2005] EWCA Civ 177 (BAILII), le lord juge Jacob a dit ce qui suit au par. 35 :

[TRADUCTION] La seule inclusion possible de quelque chose dans un programme de recherche dans l’optique d’en apprendre davantage et de faire une découverte ne suffit pas. S’il en allait autrement, peu d’inventions seraient brevetables. L’éventualité d’une protection ne justifierait la recherche que dans des domaines n’offrant aucune chance de découverte. La notion d’« essai allant de soi » ne s’applique vraiment que lorsqu’il est plus ou moins évident que l’essai sera fructueux.

Dans l’arrêt *General Tire*, le lord juge Sachs dit à la p. 497 :

[TRADUCTION] Après tout, la locution « aller de soi » est très usitée et il ne nous paraît pas nécessaire d’étouffer la principale définition du dictionnaire, à savoir quelque chose de « très clair ».

Dans *Intellectual Property Law*, le professeur Vaver convient de ce sens (p. 136). J’estime que la notion d’« essai allant de soi » n’est applicable que lorsqu’il est très clair ou, pour reprendre les termes employés par le lord juge Jacob, qu’il est plus ou moins évident, que l’essai sera fructueux.

[66] Pour conclure qu’une invention résulte d’un « essai allant de soi », le tribunal doit être convaincu

judge on a balance of probabilities that it was more or less self-evident to try to obtain the invention. Mere possibility that something might turn up is not enough.

[67] It will be useful in an obviousness inquiry to follow the four-step approach first outlined by Oliver L.J. in *Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59 (C.A.). This approach should bring better structure to the obviousness inquiry and more objectivity and clarity to the analysis. The *Windsurfing* approach was recently updated by Jacob L.J. in *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588, at para. 23:

In the result I would restate the *Windsurfing* questions thus:

- (1) (a) Identify the notional “person skilled in the art”;
- (b) Identify the relevant common general knowledge of that person;
- (2) Identify the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it;
- (3) Identify what, if any, differences exist between the matter cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed;
- (4) Viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, do those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or do they require any degree of invention? [Emphasis added.]

It will be at the fourth step of the *Windsurfing/Pozzoli* approach to obviousness that the issue of “obvious to try” will arise.

i. When Is the “Obvious to Try” Test Appropriate?

[68] In areas of endeavour where advances are often won by experimentation, an “obvious to try” test might be appropriate. In such areas, there may be numerous interrelated variables with which to experiment. For example, some inventions in the pharmaceutical industry might warrant an “obvious

selon la prépondérance des probabilités qu’il allait plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention. La seule possibilité d’obtenir quelque chose ne suffit pas.

[67] Lors de l’examen relatif à l’évidence, il y a lieu de suivre la démarche à quatre volets d’abord énoncée par le lord juge Oliver dans l’arrêt *Windsurfing International Inc. c. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59 (C.A.). La démarche devrait assurer davantage de rationalité, d’objectivité et de clarté. Le lord juge Jacob l’a récemment reformulée dans l’arrêt *Pozzoli SPA c. BDMO SA*, [2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588, par. 23 :

[TRADUCTION] Par conséquent, je reformulerais comme suit la démarche préconisée dans l’arrêt *Windsurfing* :

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l’art ».
- b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l’idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d’interprétation;
- (3) Recenser les différences, s’il en est, entre ce qui ferait partie de « l’état de la technique » et l’idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l’invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l’art ou dénotent-elles quelque inventivité? [Je souligne.]

La question de l’« essai allant de soi » se pose à la quatrième étape de la démarche établie dans les arrêts *Windsurfing* et *Pozzoli* pour statuer sur l’évidence.

i. Dans quels cas la notion d’« essai allant de soi » est-elle pertinente?

[68] Dans les domaines d’activité où les progrès sont souvent le fruit de l’expérimentation, le recours à la notion d’« essai allant de soi » pourrait être indiqué. Dans ces domaines, de nombreuses variables interdépendantes peuvent se prêter à l’expérimentation. Par exemple, certaines inventions



to try” test since there may be many chemically similar structures that can elicit different biological responses and offer the potential for significant therapeutic advances.

ii. “Obvious to Try” Considerations

[69] If an “obvious to try” test is warranted, the following factors should be taken into consideration at the fourth step of the obviousness inquiry. As with anticipation, this list is not exhaustive. The factors will apply in accordance with the evidence in each case.

1. Is it more or less self-evident that what is being tried ought to work? Are there a finite number of identified predictable solutions known to persons skilled in the art?
2. What is the extent, nature and amount of effort required to achieve the invention? Are routine trials carried out or is the experimentation prolonged and arduous, such that the trials would not be considered routine?
3. Is there a motive provided in the prior art to find the solution the patent addresses?

[70] Another important factor may arise from considering the actual course of conduct which culminated in the making of the invention. It is true that obviousness is largely concerned with how a skilled worker would have acted in the light of the prior art. But this is no reason to exclude evidence of the history of the invention, particularly where the knowledge of those involved in finding the invention is no lower than what would be expected of the skilled person.

[71] For example, if the inventor and his or her team reached the invention quickly, easily, directly and relatively inexpensively, in light of the prior art and common general knowledge, that may be evidence supporting a finding of obviousness, unless

du secteur pharmaceutique pourraient justifier son application étant donné l’existence possible de nombreuses compositions chimiques semblables pouvant donner lieu à des réponses biologiques différentes et être porteuses de progrès thérapeutiques notables.

ii. « Essai allant de soi » : éléments à considérer

[69] Lorsque l’application du critère de l’« essai allant de soi » est justifiée, les éléments énumérés ci-après doivent être pris en compte à la quatrième étape de l’examen de l’évidence. Tout comme ceux pertinents pour l’antériorité, ils ne sont pas exhaustifs et s’appliquent selon la preuve offerte dans le cas considéré.

1. Est-il plus ou moins évident que l’essai sera fructueux? Existe-t-il un nombre déterminé de solutions prévisibles connues des personnes versées dans l’art?
2. Quels efforts — leur nature et leur ampleur — sont requis pour réaliser l’invention? Les essais sont-ils courants ou l’expérimentation est-elle longue et ardue de telle sorte que les essais ne peuvent être qualifiés de courants?
3. L’antériorité fournit-elle un motif de rechercher la solution au problème qui sous-tend le brevet?

[70] Les mesures concrètes ayant mené à l’invention peuvent constituer un autre facteur important. Il est vrai que l’évidence tient en grande partie à la manière dont l’homme du métier aurait agi à la lumière de l’antériorité. Mais on ne saurait pour autant écarter l’historique de l’invention, spécialement lorsque les connaissances des personnes qui sont à l’origine de la découverte sont au moins égales à celles de la personne versée dans l’art.

[71] Par exemple, le fait pour l’inventeur et les membres de son équipe de parvenir à l’invention rapidement, facilement, directement et à relativement peu de frais, compte tenu de l’antériorité et des connaissances générales courantes, pourrait étayer

the level at which they worked and their knowledge base was above what should be attributed to the skilled person. Their course of conduct would suggest that a skilled person, using his/her common general knowledge and the prior art, would have acted similarly and come up with the same result. On the other hand, if time, money and effort was expended in research looking for the result the invention ultimately provided before the inventor turned or was instructed to turn to search for the invention, including what turned out to be fruitless “wild goose chases”, that evidence may support a finding of non-obviousness. It would suggest that the skilled person, using his/her common general knowledge and the prior art, would have done no better. Indeed, where those involved including the inventor and his or her team were highly skilled in the particular technology involved, the evidence may suggest that the skilled person would have done a lot worse and would not likely have managed to find the invention. It would not have been obvious to him/her to try the course that led to the invention.

(e) *Application to the Facts of This Case*

[72] Applying the four steps of *Windsurfing/Pozzoli*, I accept the applications judge’s findings of fact where they are unaffected by his rejection of the “obvious to try” test. Where application of the obvious to try test requires further consideration of the evidence, it will be necessary for this Court to make some findings of fact. In this case, I think it is preferable to remitting the matter to the trial judge for redetermination and subjecting his decision to further possible appeals.

[73] Apotex filed its notice of allegation in 2002. It is now some six years later. If the ‘777 patent is invalid, and provided all other requirements are met, Apotex should be entitled to a notice of compliance from the Minister without any further delay. Indeed, the *NOC Regulations* are intended to be a summary procedure. I think it is time that this matter finally be resolved. I would conduct the following analysis:

une conclusion d’évidence, sauf lorsque leurs efforts et leurs connaissances se sont révélés plus grands que ceux attribués à la personne versée dans l’art. Leur démarche tendrait à indiquer qu’une personne versée dans l’art, grâce à ses connaissances générales courantes et à l’antériorité, aurait agi de même et serait arrivée au même résultat. Par contre, lorsque temps, fonds et efforts ont été consacrés à la recherche ayant finalement mené à l’invention, et ce, avant que l’inventeur ne se mette à la recherche de l’invention ou qu’on ne lui enjoigne de le faire, y compris les démarches qui se sont révélées vaines et inutiles, une conclusion de non-évidence pourrait être fondée. On pourrait en déduire que la personne versée dans l’art n’aurait pas fait mieux en s’appuyant sur ses connaissances générales courantes et sur l’antériorité. En fait, lorsque les intéressés, y compris l’inventeur et les membres de son équipe, avaient de grandes compétences dans le domaine technique en cause, la preuve pourrait indiquer que la personne versée dans l’art aurait obtenu des résultats bien pires et ne serait vraisemblablement pas parvenue à l’invention. Il ne lui aurait pas paru évident d’emprunter le parcours ayant mené à l’invention.

e) *Application aux faits de l’espèce*

[72] Au vu des quatre étapes établies dans les arrêts *Windsurfing et Pozzoli*, je fais miennes les conclusions factuelles du juge de première instance dans la mesure où elles ne sont pas touchées par son rejet du critère de l’essai allant de soi. Lorsque l’application de ce critère commande un examen plus poussé de la preuve, notre Cour doit tirer certaines conclusions de fait. En l’espèce, j’estime cela préférable au renvoi du dossier au juge de première instance pour qu’il rende une nouvelle décision qui pourrait à nouveau donner lieu à des appels.

[73] Apotex a déposé son avis d’allégation en 2002. Six ans se sont écoulés depuis. Si le brevet 777 est invalide et que toutes les autres conditions sont remplies, le ministre devrait lui délivrer un avis de conformité sans délai. La procédure que prévoit le Règlement AC se veut en effet sommaire, et je crois qu’il est temps que l’affaire connaisse enfin un dénouement. Je passe maintenant à l’analyse.

i. Identify the Notional Person Skilled in the Art

[74] Both parties agreed that a trained pharmacist is that person.

ii. Identify the Relevant Common General Knowledge of That Person

[75] Apotex reiterates its submissions made with respect to anticipation, insisting that, since the methods of separation were well known, the claimed invention and its advantages would have been obvious to the person skilled in the art. Shore J. found on the evidence before him that there were five well-known methods to separate this racemate into its isomers. However, he did not find that the relative advantage of the dextro-rotatory isomer would have been known by the skilled person.

iii. Identify the Inventive Concept of the Claim in Question or, if That Cannot Readily Be Done, Construe It

[76] The construction of the claims in the '777 patent is not an issue. It is agreed that they constitute the dextro-rotatory isomer of the racemate and its pharmaceutically acceptable salts and processes for obtaining them.

[77] The inventive concept of the claims is not readily discernable from the claims themselves. A bare chemical formula in a patent claim may not be sufficient to determine its inventiveness. In such cases, I think it must be acceptable to read the specification in the patent to determine the inventive concept of the claims. Of course, it is not permissible to read the specification in order to construe the claims more narrowly or widely than the text will allow.

[78] In the present case, it is apparent that the inventive concept of the claims in the '777 patent is a compound useful in inhibiting platelet aggregation which has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the '875 patent and the methods for obtaining that compound.

i. Identifier la personne versée dans l'art

[74] Les deux parties conviennent que la personne versée dans l'art est le chimiste pharmaceutique de formation.

ii. Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne fictive

[75] Apotex présente les mêmes observations que pour l'antériorité en insistant sur le fait que, les méthodes de séparation étant bien connues, l'invention revendiquée et ses avantages auraient été évidents pour la personne versée dans l'art. Au vu du dossier, le juge de première instance a conclu que cinq méthodes bien connues permettaient d'isoler les isomères du racémate. Il n'a toutefois pas estimé que la personne versée dans l'art aurait connu l'avantage relatif de l'isomère dextrogyre.

iii. Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation

[76] L'interprétation des revendications du brevet 777 n'est pas en cause. Il est entendu que celles-ci visent l'isomère dextrogyre du racémate, ses sels pharmaceutiquement acceptables et leurs procédés d'obtention.

[77] Il n'est pas facile de saisir l'idée originale à partir ses seules revendications. La seule présence d'une formule chimique ne permet pas de déterminer l'inventivité de la revendication. J'estime donc que l'on doit pouvoir se fonder sur le mémoire descriptif pour définir l'idée originale qui sous-tend les revendications. On ne saurait cependant s'appuyer sur le mémoire descriptif pour interpréter le texte des revendications de façon plus restrictive ou plus extensive.

[78] En l'espèce, il est clair que l'idée originale à la base des revendications du brevet 777 est un antiplaquettaire à l'effet thérapeutique supérieur et à la toxicité moindre comparativement aux autres composés couverts par le brevet 875, et les méthodes permettant de l'obtenir.

iv. Identify What if Any Differences Exist Between the '875 Patent and the '777 Patent

[79] The '875 patent disclosed over 250,000 possible different compounds predicted to inhibit platelet aggregation. Twenty-one compounds were made and tested. Nothing distinguishes the racemate in this case from other compounds disclosed or tested in terms of therapeutic effect or toxicity. As stated above, there is no disclosure in the '875 patent of the specific beneficial properties associated with the dextro-rotatory isomer of this racemate in isolation; nor was there disclosure of any advantages which flow from using the bisulfate salt of the dextro-rotatory isomer. The '875 patent did not differentiate between the properties of the racemate, its dextro-rotatory isomer and levo-rotatory isomer or indeed the other compounds made and tested or predicted to work.

[80] On the other hand, the '777 patent claims that the invention of the dextro-rotatory isomer of the racemate, clopidogrel, and its bisulfate salt discloses their beneficial properties over the levo-rotatory isomer and the racemate and expressly describes how to separate the racemate into its isomers.

v. Viewed Without Any Knowledge of the '777 Patent, Do Those Differences Constitute Steps Which Would Have Been Obvious to the Person Skilled in the Art or Do They Require a Degree of Inventiveness?

[81] At this stage, it must be determined whether the nature of the invention in this case is such as to warrant an "obvious to try" test. The discovery of the dextro-rotary isomer and its bisulfate salt came after experimentation. There were interrelated variables with which Mr. Badorc had to experiment. An "obvious to try" test in this case would recognize the evidence of the expert witnesses as to the discovery of the beneficial properties of the dextro-rotary isomer and its bisulfate salt and the methods for finding them.

iv. Recenser les différences, s'il en est, entre les brevets 875 et 777

[79] Le brevet 875 divulgue plus de 250 000 composés possibles dont il prédit l'effet antiplaquettaire. Vingt et un ont été synthétisés et analysés. Rien ne distingue le racémate visé en l'espèce des autres composés divulgués ou analysés quant à leur effet thérapeutique ou à leur toxicité. Je rappelle que le brevet 875 ne divulgue aucun avantage particulier associé à l'isomère dextrogyre de ce racémate, une fois isolé, ni aucun avantage découlant de l'utilisation du bisulfate de l'isomère dextrogyre. Il n'établit aucune différence entre les propriétés du racémate, celles de l'isomère dextrogyre et celles de l'isomère lévogyre, non plus qu'entre les avantages des autres composés synthétisés, analysés ou dont il prédit l'efficacité.

[80] En revanche, le brevet 777 revendique l'invention de l'isomère dextrogyre du racémate, le clopidogrel et de son bisulfate, divulgue leurs avantages par rapport à l'isomère lévogyre et au racémate, et énonce expressément le procédé de séparation des isomères du racémate.

v. Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée dans le brevet 777, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité?

[81] La question est maintenant de savoir si la nature de l'invention en cause justifie l'application du critère de l'« essai allant de soi ». La découverte de l'isomère dextrogyre et de son bisulfate est issue de l'expérimentation. Il y avait des variables interdépendantes avec lesquelles M. Badorc devait faire des expériences. L'application du critère de l'« essai allant de soi » en l'espèce rendrait recevable le témoignage des témoins experts sur la découverte des avantages de l'isomère dextrogyre et de son bisulfate ainsi que sur leurs procédés d'obtention.

[82] The applications judge cannot be faulted for the analysis he conducted as far as it went. However, he erred in not allowing for the application of the “obvious to try” test, which is warranted in this case.

[83] The following factors are therefore relevant at this fourth step of the obviousness inquiry:

(1) *Is It More or Less Self-Evident That What Is Being Tried Ought to Work?*

[84] As I have observed earlier, Shore J. found that the skilled person would not know, before separating this particular racemate into its isomers and then testing the separated isomers, that the properties of the dextro-rotatory isomer would be different from the properties of the racemate or the levo-rotatory isomer (para. 81). Similarly, he found that the person skilled in the art would not know before trying the different salts in combination with the dextro-rotatory isomer what the bisulfate salt’s beneficial properties would be (para. 82).

[85] Just because there are known methods of separating a racemate into its isomers does not mean that a person skilled in the art would necessarily apply them. The fact that there are such known methods of separation will be of no account if the evidence does not prove that it was more or less self-evident to try them. It is true that at the relevant time there was evidence that a skilled person would know that the properties of a racemate and its isomers might be different. However, a possibility of finding the invention is not enough. The invention must be self-evident from the prior art and common general knowledge in order to satisfy the “obvious to try” test. That is not the evidence in this case.

(2) *What Is the Extent, Nature and Amount of Effort Required to Achieve the Invention?*

[86] As indicated, the applications judge found that there were five well-known techniques for separating this racemate into its isomers. He also found that there was no evidence that at the relevant time, a person skilled in the art would know

[82] On ne peut reprocher quoi que ce soit à l’analyse que le juge de première instance a cru bon d’effectuer. Cependant, il aurait dû en outre permettre l’application — justifiée en l’espèce — du critère de l’« essai allant de soi ».

[83] Les considérations suivantes sont donc pertinentes à cette quatrième étape de l’examen portant sur l’évidence.

(1) *Est-il plus ou moins évident que l’essai sera fructueux?*

[84] Comme je le fais remarquer précédemment, le juge Shore conclut que la personne versée dans l’art n’aurait pu savoir que l’isomère dextrogyre présentait des avantages différents de ceux du racémate et de l’isomère lévogyre avant d’isoler les isomères du racémate et d’analyser chacun d’eux (par. 81). Il ajoute que la personne versée dans l’art n’aurait pu connaître les avantages du bisulfate avant de combiner les différents sels avec l’isomère dextrogyre (par. 82).

[85] La seule existence de procédés connus permettant d’isoler les isomères d’un racémate ne signifie pas qu’une personne versée dans l’art y recourrait nécessairement. Il n’est d’ailleurs pas tenu compte de l’existence de tels procédés lorsque aucun élément n’établit qu’il allait plus ou moins de soi d’y recourir. Il est vrai que, selon la preuve, à l’époque considérée, une personne versée dans l’art aurait su que les avantages d’un racémate pouvaient différer de ceux de ses isomères. Toutefois, la possibilité de découvrir l’invention ne suffit pas. Pour satisfaire au critère de l’« essai allant de soi », l’invention doit être évidente au regard de l’antériorité et des connaissances générales courantes, ce que la preuve n’établit pas en l’espèce.

(2) *Quels efforts — leur nature et leur ampleur — sont requis pour réaliser l’invention?*

[86] Je le rappelle, le juge de première instance a conclu que cinq techniques connues permettaient d’isoler les isomères du racémate. Il a aussi estimé que rien n’établissait qu’à l’époque considérée, une personne versée dans l’art aurait su laquelle aurait

which one would work with the racemate at issue in this case. The evidence was that a skilled person would eventually find the right technique.

[87] As earlier indicated, Shore J. also found that there was no evidence that at the relevant time a person skilled in the art would know before separating the racemate and testing the isomers what their properties would be, although the specific properties of the isomers could be discovered. There was evidence that, using known techniques, the properties of different pharmaceutically acceptable salts to be used with the dextro-rotatory isomer could be discovered.

[88] However, in considering whether it was “obvious to try” to find the invention, once it was decided to isolate the dextro-rotatory isomer, the methods for doing so were known, the methods for testing the properties of the isomers were known and the method for determining the beneficial properties of the salts to be used with the isomer would also have been known.

[89] According to Mr. Badorc’s affidavit, it took from November 1985 to April 1986 to find the ‘777 invention, and he was already familiar with the ‘875 invention. Potentially five different methods to separate the racemate would have had to have been tried and tested before determining the properties of the dextro-rotatory isomer. As in the case of anticipation, one might infer that the applications judge, if asked to decide this question, would have held that the investigation here was not routine, but rather was prolonged and arduous. In any event, on the facts of this case, this factor would assume small significance in view of the finding I make with respect to the whole course of conduct discussed at para. 91 below.

(3) *Is There a Motive From the Prior Art to Find the Solution That the ‘777 Patent Addresses?*

[90] It is well known that the pharmaceutical industry is intensely competitive. Market participants are continuously in search of new and

fonctionné pour le racémate en cause. Suivant la preuve, une personne versée dans l’art aurait fini par trouver la bonne.

[87] Comme je l’ai déjà signalé, le juge Shore a par ailleurs conclu qu’aucun élément n’établissait qu’à l’époque considérée, une personne versée dans l’art aurait connu les avantages des isomères avant de les séparer du racémate et de les analyser, même si ces avantages pouvaient être découverts. Suivant la preuve, en recourant à des techniques connues, il était possible de découvrir les avantages de différents sels pharmaceutiquement acceptables combinés avec l’isomère dextrogyre.

[88] Cependant, pour ce qui est de savoir s’il « allait de soi » de tenter de découvrir l’invention, une fois prise la décision d’isoler l’isomère dextrogyre, les méthodes pour y parvenir étaient connues, celles permettant d’analyser les avantages des isomères étaient également connues et le procédé pour déterminer les avantages des sels combinés avec l’isomère l’était lui aussi.

[89] Selon l’affidavit du D<sup>f</sup> Badorc, les travaux entrepris en novembre 1985 pour découvrir l’invention visée par le brevet 777 se sont poursuivis jusqu’en avril 1986, et le témoin connaissait déjà l’invention protégée par le brevet 875. Il aurait pu être nécessaire de recourir à cinq méthodes de séparation du racémate avant de déterminer les avantages de l’isomère dextrogyre. Comme pour l’antériorité, on pourrait déduire que s’il avait été appelé à trancher cette question, le juge aurait conclu qu’il ne s’agissait pas d’essais courants, mais bien d’une expérimentation longue et ardue. Quoi qu’il en soit, dans la présente affaire, il s’agit d’une élément négligeable étant donné la conclusion que je tire concernant l’ensemble de la démarche analysée ci-après au par. 91.

(3) *L’antériorité fournit-elle un motif de rechercher la solution au problème qui sous-tend le brevet 777?*

[90] Le secteur pharmaceutique est sans conteste extrêmement concurrentiel. Les entreprises sont toujours à l’affût de médicaments nouveaux et

improved medications and want to reach the market with them as soon as possible. So demand for an effective and non-toxic product to inhibit platelet aggregation might be assumed to exist. However, nothing in the '875 patent or common general knowledge provided a specific motivation for the skilled person to pursue the '777 invention. The prior patent was a genus patent, and selection might be expected. However, the prior patent did not differentiate between the efficacy and the toxicity of any of the compounds it covered. This suggests that what to select or omit was not then self-evident to the person skilled in the art.

(4) *What Is the Course of Conduct Which Was Followed Which Culminated in the Making of the Invention?*

[91] Mr. Badorc's affidavit reveals that for several years prior to November 1985, Sanofi was in the process of developing the racemate in its salified form. In November 1985, the racemate was being tested in preliminary human clinical trials. It was at that time that Mr. Badorc was asked to separate the racemate into its isomers. After he discovered that the dextro-rotatory isomer was active and non-toxic and that the levo-rotatory isomer was non-active and toxic, Sanofi decided to develop the dextro-rotatory isomer and abandon its work on the racemate. However, this was after it had "spent millions of dollars and several years developing [the racemate] up to the point of preliminary human clinical trials" without at least trying to see if the dextro-rotatory isomer had advantageous properties to those of the racemate (Affidavit of Mr. Badorc, at para. 25). This evidence was uncontradicted.

(5) *Was the Invention of the '777 Patent "Obvious to Try"?*

[92] The methods to obtain the invention of the '777 patent were common general knowledge. It can be assumed that there was a motive to find a non-toxic efficacious product to inhibit platelet aggregation in the blood. However, it was not self-evident from the '875 patent or common general knowledge what the properties of the dextro-rotatory isomer of

améliorés qu'elles veulent commercialiser dès que possible. La demande d'un antiplaquettaire efficace et non-toxique peut donc être présumée. Toutefois, ni le brevet 875 ni ses connaissances générales courantes ne donnaient à la personne versée dans l'art un motif de rechercher l'objet du brevet 777. Le brevet antérieur était un brevet de genre, de sorte qu'une sélection était prévisible. Il n'établissait cependant pas de distinction entre les composés quant à leur efficacité et à leur toxicité, ce qui donne à penser que ce qu'il y avait lieu de retenir ou d'omettre n'était alors pas évident pour la personne versée dans l'art.

(4) *Quelle démarche a mené à l'invention?*

[91] L'affidavit du D<sup>r</sup> Badorc révèle que plusieurs années avant novembre 1985, Sanofi était à mettre au point la forme salifiée du racémate. En novembre 1985, le racémate a fait l'objet d'essais cliniques préliminaires chez l'humain. C'est alors qu'on a demandé au D<sup>r</sup> Badorc d'isoler les isomères du racémate. Après la découverte de l'activité et de la non-toxicité de l'isomère dextrogyre et de la non-activité et de la toxicité de l'isomère lévogyre, les travaux de Sanofi ont porté non plus sur le racémate, mais sur l'isomère dextrogyre. Cette décision a toutefois été prise après que Sanofi eut « consacré des millions de dollars et des années de travaux à la mise au point [du racémate] et à la tenue d'essais cliniques préliminaires chez l'humain » sans au moins tenter de déterminer si l'isomère dextrogyre avait des avantages par rapport au racémate (affidavit du D<sup>r</sup> Badorc, par. 25). Ce témoignage n'a pas été contredit.

(5) *L'invention visée par le brevet 777 « allait-elle de soi »?*

[92] Les moyens de parvenir à l'objet du brevet 777 faisaient partie des connaissances générales courantes. On peut supposer qu'il existait un motif de chercher un produit efficace et non toxique inhibant l'agrégation des plaquettes dans le sang. Cependant, ni le brevet 875 ni les connaissances générales courantes ne rendaient évidents les

this racemate would be or what the bisulfate salt's beneficial properties would be and therefore that what was being tried ought to work. The course of conduct and the time involved throughout demonstrate that the advantage of the dextro-rotatory isomer was not quickly or easily predictable. Had the dextro-rotatory isomer been "obvious to try", it is difficult to believe that Sanofi would not have opted for it before unnecessary time and investment were spent on the racemate. I conclude that the prior art and common general knowledge of persons skilled in the art at the relevant time were not sufficient for it to be more or less self-evident to try to find the dextro-rotatory isomer.

(f) *Conclusion on Obviousness*

[93] As I have earlier explained, there was a significant difference between the '875 genus patent and the '777 selection patent. The difference was not obvious. Having regard to the foregoing analysis, I conclude that the allegation of obviousness is not justified.

VII. Double Patenting

[94] Apotex also bases its challenge to the validity of the '777 patent on double patenting. Apotex also challenges the validity of the doctrine of selection patents itself on this basis.

[95] There may only be one patent covering an invention (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, at para. 63). Apotex says that a selection patent claims the same invention as the original class or genus patent and as a result, the selection patent cannot be valid.

[96] The concern expressed by Apotex is that the doctrine of selection patents allows a patent holder to "evergreen" an invention. The original genus patent is granted for a finite period of years. If a selection patent is later obtained by the owner of the genus patent covering the same invention as the genus patent, the number of years the owner is entitled to exclude others from making or using the invention is extended, contrary to the limited period of exclusivity provided by the original patent.

propriétés de l'isomère dextrogyre du racémate ou les avantages du bisulfate, de sorte qu'il n'était pas évident que l'essai serait fructueux. Les efforts et le temps consacrés démontrent qu'il n'était pas possible de prédire rapidement ou aisément l'avantage que présentait l'isomère dextrogyre. S'il était allé de soi d'isoler l'isomère dextrogyre, il est difficile de croire que Sanofi ne l'aurait pas fait au lieu de consacrer en vain temps et argent au racémate. Je conclus que l'antériorité et les connaissances générales courantes des personnes versées dans l'art à l'époque considérée n'étaient pas suffisantes pour qu'il aille plus ou moins de soi de tenter d'isoler l'isomère dextrogyre.

f) *Conclusion sur le caractère évident*

[93] Je le répète, le brevet de genre 875 se distinguait sensiblement du brevet de sélection 777. La différence n'était pas évidente. Eu égard à l'analyse qui précède, je conclus que l'allégation d'évidence n'est pas fondée.

VII. La double protection

[94] Apotex attaque la validité du brevet 777 en alléguant également la double protection. Elle conteste aussi le bien-fondé de la notion de brevet de sélection pour le même motif.

[95] Un seul brevet peut être accordé pour une invention (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, par. 63). Apotex soutient qu'un brevet de sélection revendique la même invention que le brevet initial ou brevet de genre, en sorte que le brevet de sélection ne peut être valide.

[96] Apotex déplore en fait que la notion de brevet de sélection permette la « perpétuation » d'un brevet. Le brevet de genre d'origine est délivré pour un nombre d'années déterminé. Si son titulaire obtient ultérieurement un brevet de sélection pour la même invention, le nombre d'années pendant lesquelles il jouit d'un monopole pour la fabrication ou l'utilisation de l'invention en est accru, ce qui est incompatible avec la durée limitée du monopole accordé initialement.



[97] Evergreening is a legitimate concern and, depending on the circumstances, strategies that attempt to extend the time limit of exclusivity of a patent may be contrary to the objectives of the *Patent Act*. The Act aims to promote inventiveness by conferring exclusivity for a limited period of time while providing for public disclosure of the invention to enable others to make or use it after expiry of the period of exclusivity.

[98] However, a generalized concern about evergreening is not a justification for an attack on the doctrine of selection patents for two reasons. First, a selection patent may be sought by a party other than the inventor or owner of the original genus patent. In such a case, anticipation or obviousness may be an issue, but evergreening does not arise.

[99] At the hearing, counsel for Apotex submitted that, in the pharmaceutical industry, the only party that would ever attempt to obtain a selection patent would be the genus patent holder. This is a highly competitive industry and a market participant who is able to develop a more effective product might be expected to be anxious to do so and seek patent protection through a selection patent even if it requires the making of an agreement with the holder of the genus patent to allow for the marketing of the selected product. However, even if counsel is correct, the doctrine of genus and selection patents is not restricted to the pharmaceutical industry. It is of general applicability.

[100] Second and more importantly, selection patents encourage improvements by selection. The inventor selects only a bit of the subject matter of the original genus patent because that bit does something better than and different from what was claimed in the genus patent.

[101] The applications judge found that the claims of the '777 and '875 patents were not identical or coterminous. I agree with him. Apotex's factum compares claims 1, 8, 14 and 15 of the '875 patent with claims 1 and 3 of the '777 patent.

[97] La perpétuation du brevet est une préoccupation légitime. Selon les circonstances, les stratégies visant à accroître la durée du monopole peuvent aller à l'encontre de l'objectif de la *Loi sur les brevets*, qui est de favoriser l'inventivité par l'octroi d'une exclusivité pour un temps tout en assurant la divulgation de l'invention pour permettre sa réalisation et son utilisation par autrui une fois le brevet expiré.

[98] Cependant, cette préoccupation générale ne justifie pas la remise en question du brevet de sélection en soi, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'obtention d'un brevet de sélection peut intéresser une autre personne que l'inventeur ou le titulaire du brevet de genre d'origine, auquel cas la question de l'antériorité ou de l'évidence peut se poser, mais non celle de la perpétuation.

[99] À l'audience, les avocats d'Apotex ont fait valoir que dans le domaine pharmaceutique, la seule personne susceptible de demander un brevet de sélection est le titulaire du brevet de genre. Dans un secteur d'activité aussi concurrentiel, une entreprise qui est en mesure de mettre au point un produit plus efficace pourrait être impatiente de le faire et demander un brevet de sélection, même s'il lui fallait conclure un accord avec le titulaire du brevet de genre pour la commercialisation du produit en cause. Et même si Apotex a raison, des brevets de genre et de sélection sont accordés dans d'autres secteurs que celui de la pharmaceutique. Le principe qui les sous-tend a vocation générale.

[100] Deuxièmement et surtout, le brevet de sélection favorise le perfectionnement par voie de sélection. L'inventeur ne sélectionne qu'un élément de l'objet du brevet de genre d'origine parce qu'il obtient ainsi quelque chose de mieux et de différent par rapport à ce qui est revendiqué dans le brevet initial.

[101] Le juge de première instance a conclu que les revendications des brevets 777 et 875 n'étaient pas identiques. Je suis d'accord avec lui. Dans son mémoire, Apotex compare les revendications 1, 8, 14 et 15 du brevet 875 et les revendications 1 et 3 du brevet 777.

*'875 Patent*

Claim 1 "A process for the preparation of derivatives of general formula (I): . . . as well as the 2 enantiomers or their mixture [racemate] of these compounds of formula (I); wherein: . . . if desired, its enantiomers are separated *and/or it is salified by mineral or organic acid action*; . . ." (page 14)

Claim 8 "Process according to claim 1 for the preparation of methyl  $\alpha$ -[4,5,6,7-tetrahydro-thieno[3,2-c]-5-pyridyl]-o.chlorophenylacetate, wherein the 4,5,6,7-tetrahydro thieno[3,2-c]pyridine is condensed over the methyl 2-chloro-o.chlorophenylacetate, and the derivative sought, which is isolated, is obtained." (page 15)

Claim 14 "Derivatives of general formula (I): . . . as well as the 2 enantiomers or their mixture of these compounds of formula (I) . . ."

Claim 15 "Methyl  $\alpha$ -[4,5,6,7-tetrahydro-thieno[3,2-c]-5-pyridyl]-o. chlorophenylacetate, each time it is obtained by the process of claim 8 or its manifest chemical equivalents." (page 16)

(Underlining in trial reasons; italics added by Apotex.)

*'777 Patent*

1. Dextro-rotatory isomer of methyl alpha-5 (4, 5, 6, 7-tetrahydro (3, 2-c) thieno pyridyl) (2-chlorophenyl)-acetate *and its pharmaceutically acceptable salts*.

3. Hydrogen sulfate of the dextro-rotatory isomer of methyl alpha-5 (4, 5, 6, 7-tetrahydro (3, 2-c) thieno pyridyl) (2-chlorophenyl)-acetate.

(Underlining and italics added by Apotex.)

[102] Although Apotex does not expressly state which of the '875 and '777 claims it is comparing, it is apparent, for double patenting purposes, that there is no identity between the product claims 1 and 3 of the '777 patent and claims 1, 8 and 15 of the '875 patent because claims 1 and 8 are process claims and claim 15 is a product by process claim. The only comparison that need be considered is between claim 14 of the '875 patent and claim 1 of the '777 patent. Claim 3 of the '777 patent reflects

*Brevet 875*

[Revendication] 1. Procédé pour la préparation de dérivés de formule générale (I) : [. . .] ainsi que les deux énantiomères ou leur mélange [racémate], de ces composés de formule (I); [. . .] dans laquelle [. . .] si désiré, [on] sépare ses énantiomères *et/ou le salifie par action des bases minérales*; . . . [p. 16-17]

[Revendication] 8. Procédé selon la revendication 1, pour la préparation de l'[alpha]-[tétrahydro-4,5,6,7 thiéno [3,2-c] pyridyl-5] o-chlorophénylacétate de méthyle, caractérisé en ce que l'on condense la tétrahydro-4,5,6,7 thiéno [3,2-c] pyridine sur le chloro-2 o-chlorophénylacétate de méthyle, et obtient le dérivé cherché que l'on isole. [p. 19]

[Revendication] 14. Dérivés de formule générale (I) : [. . .] ainsi que les deux énantiomères ou leur mélange de ces composés de formule (I) . . . [p. 20-21]

[Revendication] 15. [alpha]- (tétrahydro-4,5,6,7 thiéno [3,2-c] pyridyl-5) o-chlorophénylacétate de méthyle, chaque fois qu'il est obtenu par le procédé de la revendication 8 ou ses équivalents chimiques manifestes. [page 21]

(Soulignements par le juge de première instance; italiques ajoutés par Apotex.)

*Brevet 777*

[TRADUCTION]

1. L'isomère dextrogyre de l'alpha-5 (4,5,6,7-tétrahydro (3,2-c) thiéno pyridyl) (2-chlorophényl) acétate de méthyle *et ses sels acceptables du point de vue pharmaceutique*.

3. L'hydrogénosulfate de l'isomère dextrogyre de l'alpha-5 (4,5,6,7-tétrahydro (3,2-c) thiéno pyridyl) (2-chlorophényl) acétate de méthyle.

(Soulignements et italiques ajoutés par Apotex.)

[102] Bien qu'Apotex ne dise pas expressément quelles revendications des brevets 875 et 777 elle compare, il est évident qu'en ce qui concerne la question de la double protection, les revendications de produit 1 et 3 du brevet 777 et les revendications 1, 8 et 15 du brevet 875 ne sont pas identiques, car les revendications 1 et 8 visent des procédés, et la revendication 15, un produit obtenu grâce à l'un de ces procédés. La seule comparaison à considérer est celle de la revendication 14 du brevet 875 et de

the hydrogen sulfate of claim 1 of the '777 patent, so that if claim 1 is not invalid, claim 3 will not be invalid either.

[103] Claim 14 of the '875 patent claims all derivatives of general formula (I) as well as the two isomers and the racemic mixture. It is a broad claim for a class or genus. Claim 1 of the '777 patent is specific. It claims only the dextro-rotatory isomer of the racemate. This is a typical selection patent.

[104] Sound prediction was the basis for granting the original genus patent. That had to be the case when the genus involved over 250,000 possible compounds. Not every compound would itself have been tested. But there was, to the satisfaction of the Commissioner of Patents, sound prediction that what was included in the original genus patent was new, useful and not obvious. It was later determined that some of the subject matter of the original genus patent did not work or did not work as well as the subject matter of the selection patent. That information is valuable.

[105] The doctrine of "sound prediction", explicitly adopted by this Court in *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, balances the public interest in early disclosure of new and useful inventions even before their utility has been fully verified by tests, and the public interest in avoiding cluttering the public domain with useless patents and granting monopoly rights in exchange for misinformation: see *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77, at para. 66. In *Monsanto*, Pigeon J., writing for the majority, drew the following conclusion, at p. 1117:

I have quoted again the passage quoted by the [Patent Appeal] Board because I consider the last sentence of the paragraph of some importance as it does clearly indicate what is meant by a "sound prediction". It cannot mean a certainty since it does not exclude all

la revendication 1 du brevet 777. La revendication 3 du brevet 777 correspond à l'hydrogénosulfate de l'objet de la revendication 1 du brevet 777, de sorte que si la revendication 1 n'est pas invalide, la revendication 3 ne l'est pas non plus.

[103] La revendication 14 du brevet 875 vise tous les dérivés de formule générale I, ainsi que les deux isomères et le mélange racémique. Elle est générale et vise une catégorie ou un genre. La revendication 1 du brevet 777 est spécifique et ne vise que l'isomère dextrogyre du racémate. C'est un brevet de sélection type.

[104] La délivrance du brevet de genre d'origine avait pour fondement la prédiction valable, ce qui est nécessairement le cas lorsque plus de 250 000 composés possibles sont en cause. Ces composés n'avaient pas tous été analysés. Cependant, le commissaire aux brevets a estimé qu'on pouvait raisonnablement conclure que l'objet du brevet de genre d'origine était nouveau, utile et non évident. On a ultérieurement déterminé que l'efficacité de certains éléments de l'objet du brevet de genre d'origine était nulle ou, du moins, inférieure à celle de l'objet du brevet de sélection. Il s'agit d'une donnée très utile.

[105] Retenu expressément par notre Cour dans l'arrêt *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, le critère de la « prédiction valable » met en balance le souci de divulguer rapidement, dans l'intérêt public, toute invention nouvelle et utile avant même que son utilité n'ait été confirmée sans réserve par des essais et le souci, toujours dans l'intérêt public, de ne pas encombrer le domaine public de brevets inutiles et de ne pas accorder un monopole pour une mésinformation : voir *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77, par. 66. Dans l'arrêt *Monsanto*, au nom des juges majoritaires, le juge Pigeon a tiré les conclusions suivantes (p. 1117) :

Si j'ai cité de nouveau le passage cité par la Commission [d'appel des brevets], c'est que je suis d'avis que la dernière phrase est importante parce qu'elle indique clairement ce que l'on entend par « prédiction valable ». Il ne peut s'agir d'une certitude puisqu'elle n'exclut

risk that some of the area covered may prove devoid of utility. It thus appears to me that the test formulated by Graham J. [in *Olin Mathieson Chemical Corp. v. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157 (Ch. D.)] involves just two possible reasons for rejecting claims such as those in issue.

1. There is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered; [or]

2. It is not a sound prediction. [Emphasis added.]

This approach has been consistently accepted by courts in Canada (see for example *Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents* (1982), 65 C.P.R. (2d) 73 (F.C.A.)).

[106] In the present case, it was found that the levo-rotatory isomer did not work at all and was toxic. The racemate did not work as well as the dextro-rotatory isomer. Isolating the dextro-rotatory isomer as being more effective and less toxic than other compounds of the genus patent is a valuable advance to be encouraged as a matter of patent policy.

[107] It is true that the sound prediction of the '875 patent that the racemate and the levo-rotatory isomer produced the same results as the dextro-rotatory isomer was not borne out. That may leave parts of the original genus patent open to challenge. But it does not affect the validity of the selection patent.

[108] Apotex argues that the focus in a double patenting challenge is on the claims of the two patents rather than on the disclosure. I agree. In *Whirlpool*, Binnie J. stated, at para. 63:

It is clear that the prohibition against double patenting involves a comparison of the claims rather than the disclosure, because it is the claims that define the monopoly.

*Whirlpool* was not a selection patent case. However, because selection patents are to be subject to the same considerations as other patents, the clear statement of Binnie J. in *Whirlpool* must apply to selection patents.

pas tout risque qu'une partie du domaine visé puisse se révéler inutile. Le critère formulé par le juge Graham [dans la décision *Olin Mathieson Chemical Corp. c. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157 (Ch. D.)] me paraît donc présenter seulement deux motifs possibles pour rejeter des revendications comme celles en litige.

1. Il y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé; [ou]

2. Ce n'est pas une prédiction valable. [Je souligne.]

Telle a toujours été la position des tribunaux canadiens (voir p. ex. *Ciba-Geigy AG c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1982] A.C.F. n° 425 (QL) (C.A.)).

[106] Dans la présente affaire, on a constaté que l'isomère lévogyre était inefficace et toxique. Le racémate n'était pas aussi efficace que l'isomère dextrogyre. La découverte que l'isomère dextrogyre était plus efficace et moins toxique que les autres composés du brevet de genre représente un progrès appréciable digne d'être encouragé par la politique en matière de brevet.

[107] Il est vrai que la prédiction valable du brevet 875 selon laquelle le racémate et l'isomère lévogyre produiraient les mêmes résultats que l'isomère dextrogyre ne s'est pas avérée. Certains éléments du brevet de genre d'origine pourraient de ce fait être contestés, mais le brevet de sélection demeure valide.

[108] Apotex fait valoir qu'une allégation de double protection s'attache aux revendications des deux brevets, et non à la divulgation. J'en conviens. Dans l'arrêt *Whirlpool*, le juge Binnie a dit ce qui suit au par. 63 :

Il est clair que l'interdiction du double brevet implique une comparaison des revendications plutôt que des divulgations, car ce sont les revendications qui définissent le monopole.

Dans cette affaire, le litige ne portait pas sur un brevet de sélection. Mais puisque le brevet de sélection doit être considéré comme tout autre brevet, les propos sans équivoque du juge Binnie s'appliquent aussi à son égard.

[109] I agree with Apotex that a challenge to patent validity based on double patenting does not require the existence of identical language in the two patent claims. Even so, the wording of the claims, however different, must claim the same invention.

[110] The invention defined by claim 14 of the '875 patent is not the same as the invention claimed by claim 1 of the '777 patent because the former is broader than the latter. Although not a selection patent case, there is a striking passage in the judgment of Lord Simonds in *May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.), at p. 32. It describes a scenario very much the same as in the case at bar:

Is there then a difference in the inventions claimed in the original and amended specifications? On the one hand a vast range of possible compounds, a fragment no doubt in the whole sphere of organic chemistry yet so numerous that the number becomes meaningless, within which no one can say what hidden things might be brought to light, what benefits discovered for the relief of humanity. On the other hand two specific drugs. Are these inventions the same or different inventions? My Lords, I hesitate to appeal to common sense, lest others should take a different view of the case. Yet in the consensus of opinion of all the learned judges who have dealt with this matter I find justification for the view which I most emphatically hold that it is plain common sense to say that the inventions are not the same but different: and I think that, if they are different, the substantial difference could not be denied.

I think Lord Simonds' comments cover this case precisely.

[111] To this point, the issue has been what is sometimes called "same invention" double patenting. This is the main thrust of Apotex's double patenting argument. The applications judge found that the claims in the '777 and '875 patents were not identical or coterminous, requirements to prove same invention double patenting: see *Whirlpool*, at paras. 64-65.

[112] Apotex also relies on "obviousness" double patenting. Binnie J. explains in *Whirlpool*, at para. 66, that "obviousness" double patenting

[109] Je conviens avec Apotex que l'existence de la double protection n'exige pas que les revendications soient formulées de la même manière dans les deux brevets. Néanmoins, le libellé des revendications, même s'il est différent, doit décrire la même invention.

[110] L'invention correspondant à la revendication 14 du brevet 875 n'est pas la même que celle visée par la revendication 1 du brevet 777, car la première a une plus grande portée que la seconde. Dans l'arrêt *May & Baker Ltd. c. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.), qui ne porte pas sur un brevet de sélection, Lord Simonds décrit néanmoins de manière saisissante un scénario très semblable à celui de la présente espèce (p. 32) :

[TRADUCTION] Y a-t-il alors une différence entre les inventions revendiquées dans le mémoire descriptif d'origine et le mémoire descriptif modifié? D'un côté, une vaste gamme de composés possibles, représentant sans doute une parcelle de la chimie organique considérée dans sa totalité, mais si nombreux que leur nombre ne veut plus rien dire, chacun étant susceptible de receler quelque secret ou de présenter des avantages pour le genre humain. De l'autre, deux médicaments spécifiques. Ces inventions sont-elles identiques ou différentes? J'hésite, chers collègues, à faire appel au sens commun de crainte que d'autres diffèrent d'opinion en l'espèce. Néanmoins, l'unanimité des juges saisis de la question me conforte dans l'opinion bien arrêtée qu'il tombe sous le sens que les inventions ne sont pas identiques, mais différentes. Et si elles sont différentes, je crois que leur différence essentielle ne peut être niée.

À mon avis, les remarques de lord Simonds s'appliquent en tous points à la présente espèce.

[111] À cet égard, le litige porte sur ce que l'on appelle parfois le double brevet relatif à la « même invention ». C'est l'essentiel de la thèse de la double protection d'Apotex. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas « identité » des revendications des brevets 777 et 875, ce qu'exige la preuve du double brevet relatif à la même invention : voir *Whirlpool*, par. 64-65.

[112] Apotex invoque par ailleurs le double brevet relatif à une « évidence ». Dans l'arrêt *Whirlpool*, le juge Binnie explique au par. 66 :

is a more flexible and less literal test that prohibits the issuance of a second patent with claims that are not “patentably distinct” from those of the earlier patent.

In *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, it was held that even though the claims were not identical nor coterminous, the dilution of a new substance once its medical uses were established in the first patent did not result in a further invention justifying a second patent. Even though the claims were not identical or coterminous, the subsequent patent was found to be invalid.

[113] A selection patent that claims a compound that is patentably distinct from the genus patent will not be invalid for obviousness double patenting. Here, out of the many compounds predicted to be effective as exhibiting platelet aggregation inhibiting activity in the ‘875 patent, it was found that the dextro-rotatory isomer of the racemate relevant in this case had beneficial properties over both the racemate and the levo-rotatory isomer. As I have explained above, the claims in the ‘777 patent reflect a patentably distinct compound from the compounds in the ‘875 patent. As a result, there is no basis for a challenge based on “obviousness” double patenting.

[114] While double patenting requires a comparison of the claims of a genus and selection patent, it is necessary that the specification of the selection patent define in clear terms the nature of the characteristic which the patentee alleges to be possessed by the selection for which he claims a monopoly. See *I. G. Farbenindustrie*, at p. 323. Here the ‘777 specification satisfies this requirement by providing, at p. 1:

In an unexpected manner only the dextro-rotatory enantiomer  $I_d$  exhibits a platelet aggregation inhibiting activity, the levo-rotatory enantiomer  $I_l$  being inactive. Moreover, the inactive levo-rotatory enantiomer  $I_l$  is the less well tolerated of the two enantiomers. [A.R., at p. 156]

[115] For these reasons, I do not find Apotex’s challenge to selection patents on the grounds of

Il s’agit d’un critère plus souple et moins littéral qui interdit la délivrance d’un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un « élément brevetable distinct » de celui visé par les revendications du brevet antérieur.

Dans l’arrêt *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, notre Cour a statué que même s’il n’y avait pas « identité » des revendications, la dilution d’une nouvelle substance une fois ses usages médicaux déterminés dans le brevet initial ne donnait pas lieu à une nouvelle invention justifiant un deuxième brevet. Malgré l’absence d’« identité » des revendications, le brevet subséquent a été invalidé.

[113] Le brevet de sélection revendiquant un composé brevetable distinct de celui visé par les revendications du brevet de genre ne saurait être invalidé pour cause de double brevet relatif à une évidence. En l’espèce, parmi les nombreux composés dont le brevet 875 a prédit l’effet antiplaquettaire, l’isomère dextrogyre du racémate s’est révélé plus avantageux que le racémate et l’isomère lévogyre. Comme je l’ai déjà expliqué, les revendications du brevet 777 visent un composé brevetable distinct de ceux visés par les revendications du brevet 875. En conséquence, l’allégation du double brevet relatif à une « évidence » n’est pas fondée.

[114] Bien qu’une allégation de double protection exige la comparaison des revendications du brevet de genre et du brevet de sélection, le mémoire descriptif du brevet de sélection doit définir clairement la nature de la caractéristique du composé sélectionné pour lequel le breveté revendique un monopole. Voir l’arrêt *I. G. Farbenindustrie*, p. 323. En l’espèce, le mémoire descriptif du brevet 777 satisfait à cette exigence en ce qu’il précise à la p. 1 :

[TRADUCTION] Contre toute attente, seul l’énantiomère dextrogyre  $I_d$  présente une activité inhibitrice de l’agrégation des plaquettes, l’énantiomère lévogyre  $I_l$  étant inactif à cet égard. De plus, l’énantiomère lévogyre  $I_l$  inactif est celui des deux énantiomères qui est le moins bien toléré. [d.a., p. 156]

[115] J’estime donc que l’allégation d’Apotex selon laquelle les brevets de sélection sont invalides

double patenting, and in particular that Sanofi has engaged in double patenting in the case of the '777 and '875 patents, to be well founded.

#### VIII. Disposition

[116] It follows from the findings above that claims 1 and 3 of the '777 patent are neither anticipated nor obvious. The composition claims 10 and 11 of the '777 patent are therefore also neither anticipated nor obvious. Finally, I find that Apotex's arguments in respect of double patenting are not well founded. In the result, the allegations that the '777 patent is invalid for anticipation, obviousness and double patenting are not justified.

[117] I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Sanofi-Synthelabo Canada Inc. and Sanofi-Synthelabo: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Hazzard & Hore, Toronto.*

*Solicitors for the intervener BIOTECCanada: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies: Ogilvy Renault, Toronto.*

pour cause de double protection et, plus particulièrement, que les brevets 777 et 875 de Sanofi sont invalides pour le même motif, n'est pas fondée.

#### VIII. Dispositif

[116] Il s'ensuit que les revendications 1 et 3 du brevet 777 ne sont ni antérieures ni évidentes, de sorte que les revendications 10 et 11 relatives à une composition ne le sont pas non plus. Enfin, je conclus que la thèse d'Apotex relative à la double protection n'est pas fondée. En conséquence, les allégations d'invalidité du brevet 777 pour cause d'antériorité, d'évidence et de double protection n'ont aucun fondement.

[117] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Goodmans, Toronto.*

*Procureurs des intimées Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Sanofi-Synthelabo: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique: Hazzard & Hore, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante BIOTECCanada: Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada: Ogilvy Renault, Toronto.*

**Kenneth Stephen Terrance  
Solowan** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SOLOWAN

Neutral citation: 2008 SCC 62.

File No.: 32237.

Hearing and judgment: October 8, 2008.

Reasons delivered: November 14, 2008.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella,  
Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sentencing — Summary convictions — Crown electing to prosecute hybrid offences by way of summary conviction — Trial judge imposing maximum sentence — Whether trial judge erred in imposing maximum custodial sentences without first finding that accused was “worst offender who had committed the worst offence” — Whether “worst offender committing the worst offence” principle limits imposition of maximum sentence where it is otherwise appropriate in light of sentencing principles — Whether sentences imposed proportionate to offences — Whether Court of Appeal disregarded Crown’s election to proceed by way of summary conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718.1, 787(1).*

The accused pleaded guilty to three offences, including two hybrid offences upon which the Crown had elected to proceed summarily. He was sentenced to a total of 15 months’ imprisonment. On appeal, the accused argued that the trial judge had erred in imposing the maximum custodial sentence of six months for each offence without first finding that “he was the worst offender who had committed the worst offence”. In rejecting this submission, the Court of Appeal stated that “[t]he maximum sentence for the offences was not imposed here. It is available only where the Crown elects to proceed by indictment.” The Court of Appeal nonetheless found the global sentence to be excessive

**Kenneth Stephen Terrance  
Solowan** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SOLOWAN

Référence neutre : 2008 CSC 62.

N<sup>o</sup> du greffe : 32237.

Audition et jugement : 8 octobre 2008.

Motifs déposés : 14 novembre 2008.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish,  
Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Déclarations de culpabilité par voie sommaire — Choix du ministère public de poursuivre des infractions mixtes par voie sommaire — Imposition de la peine maximale par le juge du procès — Le juge du procès a-t-il fait erreur en imposant des peines d’emprisonnement maximales sans d’abord conclure que l’accusé était « le pire délinquant ayant commis la pire infraction »? — Le principe « pire délinquant ayant commis la pire infraction » limite-t-il l’imposition de la peine maximale si celle-ci est par ailleurs appropriée compte tenu des principes de détermination de la peine? — Les peines infligées sont-elles proportionnelles aux infractions? — La Cour d’appel a-t-elle fait preuve d’indifférence à l’égard du choix du ministère public de procéder par voie sommaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XXIII, art. 718.1, 787(1).*

L’accusé a plaidé coupable à trois infractions, dont deux sont des infractions mixtes pour lesquelles le ministère public avait choisi la procédure sommaire. Il a été condamné à un total de 15 mois d’emprisonnement. En appel, il a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en imposant la peine d’emprisonnement maximale de six mois pour chaque infraction sans d’abord conclure qu’« il était le pire délinquant ayant commis la pire infraction ». En rejetant son argument, la Cour d’appel a déclaré que « [l]a peine maximale pour ces infractions n’a pas été infligée en l’espèce » et qu’« [e]lle ne peut être imposée que si le ministère public choisit la mise en accusation. » La Cour d’appel a



and reduced it from 15 to 12 months. The accused now appeals on the ground that the Court of Appeal disregarded the Crown's election to proceed by way of summary conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The sentencing principles set out in Part XXIII of the *Criminal Code* apply to both indictable and summary conviction offences. Where the Crown elects to prosecute a hybrid offence summarily, as it did in this case, the offence must be treated for sentencing purposes as a summary conviction offence and the sentencing court must determine the appropriate punishment within the limits established by Parliament for that mode of procedure. Absent an error of principle, failure to consider a relevant factor, or overemphasis of the appropriate factors, any sentence within that range — including the maximum — should not be varied on appeal unless it is demonstrably inadequate or excessive. The “worst offender, worst offence” principle no longer operates as a constraint on the imposition of a maximum sentence where a maximum sentence is otherwise appropriate, bearing in mind the principles set out in Part XXIII. In this case, the Court of Appeal was alert to the sentencing principles set out in the *Code*, particularly the fundamental principle of proportionality, and did not err in affirming the maximum custodial sentence for the second hybrid offence. [3] [8] [13] [16]

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16; *R. v. L.M.*, [2008] 2 S.C.R. 163, 2008 SCC 31; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 716, 718.1, 718.2(d), (e), 787(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Lowry and Kirkpatrick J.J.A.) (2007), 50 M.V.R. (5th) 30, [2007] B.C.J. No. 1658 (QL), 2007 CarswellBC 1718, 2007 BCCA 388, varying the sentence imposed by Hoy Prov. Ct. J., 2006 CarswellBC 3501. Appeal dismissed.

tout de même jugé excessive la peine globale de 15 mois et l'a réduite à 12 mois. L'accusé se pourvoit maintenant devant la Cour au motif que la Cour d'appel n'a pas tenu compte du choix du ministère public de procéder par voie sommaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les principes de détermination de la peine énoncés dans la partie XXIII du *Code criminel* s'appliquent tant aux actes criminels qu'aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Si le ministère public choisit de poursuivre une infraction mixte par voie sommaire, comme c'est le cas en l'espèce, cette infraction doit alors, pour les besoins de la détermination de la peine, être traitée comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et le tribunal chargé de déterminer la peine doit déterminer la sanction appropriée dans les limites que le législateur a établies pour ce mode de poursuite. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait modifier une peine se situant dans cette gamme — y compris la peine maximale — que si elle est manifestement insuffisante ou excessive. Le principe « pire délinquant, pire infraction » ne sert plus de restriction à l'imposition de la peine maximale si celle-ci est par ailleurs appropriée, compte tenu des principes de détermination de la peine énoncés dans la partie XXIII. En l'espèce, la Cour d'appel était consciente des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code*, surtout le principe fondamental de proportionnalité et n'a pas commis d'erreur en confirmant la peine d'emprisonnement maximale pour la deuxième infraction mixte. [3] [8] [13] [16]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XXIII, art. 716, 718.1, 718.2(d), e), 787(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Lowry et Kirkpatrick) (2007), 50 M.V.R. (5th) 30, [2007] B.C.J. No. 1658 (QL), 2007 CarswellBC 1718, 2007 BCCA 388, qui a modifié la peine imposée par le juge Hoy, 2006 CarswellBC 3501. Pourvoi rejeté.

*Peter Benning and Roger P. Thirkell*, for the appellant.

*Wendy L. Rubin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] The appellant pleaded guilty to three offences and was sentenced by the trial judge to a total of 15 months' imprisonment: three months for taking a motor vehicle without consent; six months for possession of stolen property; and six months for failure to stop a motor vehicle while being pursued by the police. The latter two counts were for hybrid offences upon which the Crown had elected to proceed summarily. On those two counts, the appellant received the maximum custodial sentences permitted by law.

[2] The appellant attacked his six-month sentences on the ground that the trial judge "erred in imposing the maximum allowable sentence of six months on two of the counts without first finding that he was the worst offender who had committed the worst offence". The British Columbia Court of Appeal rejected this submission, but nonetheless reduced the appellant's sentence for possession of stolen property from six to three months on the ground that a global sentence of 15 months was excessive in the circumstances. The appellant's six-month sentence for failure to stop was left undisturbed.

[3] The "worst offender, worst offence" principle invoked by the appellant in the Court of Appeal has been laid to rest. It no longer operates as a constraint on the imposition of a maximum sentence where a maximum sentence is otherwise appropriate, bearing in mind the principles of sentencing set out in Part XXIII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16; *R. v. L.M.*, [2008] 2 S.C.R. 163,

*Peter Benning et Roger P. Thirkell*, pour l'appellant.

*Wendy L. Rubin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] L'appellant a plaidé coupable à trois infractions et a été condamné par le juge du procès à un total de 15 mois d'emprisonnement : trois mois pour avoir pris un véhicule à moteur sans consentement, six mois pour possession de biens volés et six mois pour n'avoir pas arrêté un véhicule à moteur alors qu'il était pris en chasse par la police. Les deux derniers chefs visaient des infractions mixtes pour lesquelles le ministère public avait choisi la procédure sommaire. Pour ces deux chefs, l'appellant a été condamné aux peines d'emprisonnement maximales autorisées par la loi.

[2] L'appellant a contesté les peines de six mois qui lui ont été infligées, au motif que le juge du procès [TRADUCTION] « a commis une erreur en imposant la peine maximale de six mois pour deux des chefs sans d'abord conclure qu'il était le pire délinquant ayant commis la pire infraction ». La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté cet argument, mais elle a tout de même réduit à trois mois la peine de six mois infligée à l'appellant pour possession de biens volés, au motif qu'une peine globale de 15 mois était excessive dans les circonstances. La peine de six mois pour ne s'être pas arrêté est maintenue.

[3] Le principe « pire délinquant, pire infraction » invoqué par l'appellant devant la Cour d'appel a été enterré. Il ne sert plus de restriction à l'imposition de la peine maximale si celle-ci est par ailleurs appropriée, compte tenu des principes de détermination de la peine énoncés dans la partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 : *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31. On

2008 SCC 31. Unwarranted resort to maximum sentences is adequately precluded by a proper application of those principles, notably the fundamental principle of proportionality set out in s. 718.1 of the *Code*, and Parliament's direction in s. 718.2(d) and (e) to impose the least restrictive sanction appropriate in the circumstances: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

[4] Nothing in the reasons of the Court of Appeal calls into question any of these principles.

## II

[5] With his "worst offender, worst offence" ground of appeal thus foreclosed, the appellant instead relies in this Court on the reasons given by the Court of Appeal in disposing of that issue.

[6] Speaking for a unanimous court, Lowry J.A. rejected the appellant's submission in these terms:

The applicant contends that the judge erred in imposing the maximum sentence for which the law provides on two of the counts without first finding he was the worst offender committing the worst offence which the judge could not have done. The applicant says the sentences are in the result at odds with the principle of proportionality. But possession of stolen property under \$5,000 and failing to stop are hybrid offences. The Crown can proceed summarily or by indictment. The maximum sentence for the offences was not imposed here. It is available only where the Crown elects to proceed by indictment. [Emphasis added.]

((2007), 50 M.V.R. (5th) 30, 2007 BCCA 388, at para. 9)

[7] Pointing to the underlined words in this passage, the appellant contends that the Court of Appeal disregarded the Crown's election to proceed by way of summary conviction. In considering the fitness of the sentence imposed, says the appellant, the Court of Appeal mistakenly considered that the maximum sentence to which he was liable in this case was the maximum punishment available had the Crown elected to proceed by indictment.

peut empêcher comme il se doit le recours injustifié aux peines maximales en appliquant correctement ces principes, notamment le principe fondamental de proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 du *Code*, et en suivant la directive du législateur aux al. 718.2d) et e) pour imposer la sanction la moins contraignante lorsque les circonstances le justifient : voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

[4] Rien dans les motifs de la Cour d'appel ne remet en question l'un ou l'autre de ces principes.

## II

[5] Son moyen d'appel reposant sur la notion « pire délinquant, pire infraction » étant ainsi écarté, l'appelant se fonde maintenant devant la Cour plutôt sur les motifs qu'à exposés la Cour d'appel pour trancher cette question.

[6] Dans un jugement unanime, le juge Lowry a rejeté l'argument de l'appelant :

[TRANSLATION] Le demandeur soutient que le juge a commis une erreur en lui infligeant la peine maximale prévue par la loi pour deux des chefs d'accusation sans d'abord conclure qu'il était le pire délinquant ayant commis la pire infraction, ce que le juge n'avait pas le droit de faire. Il affirme qu'en définitive ces peines contreviennent au principe de proportionnalité. Or, la possession d'un bien de moins de 5 000 \$ et le défaut de s'arrêter constituent des infractions mixtes. Le ministère public peut procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation. La peine maximale pour ces infractions n'a pas été infligée en l'espèce. Elle ne peut être imposée que si le ministère public choisit la mise en accusation. [Je souligne.]

((2007), 50 M.V.R. (5th) 30, 2007 BCCA 388, par. 9)

[7] Attirant l'attention sur le passage souligné de cet extrait, l'appelant soutient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte du choix du ministère public de procéder par voie sommaire. À son avis, dans l'examen de la justesse de la peine imposée, la Cour d'appel a considéré à tort que la peine maximale dont il était passible en l'espèce était la sanction maximale applicable si le ministère public avait choisi de procéder par voie de mise en accusation.

[8] Read literally, the impugned passage is capable of this construction. With respect, it is to that extent wrong in law. Where the Crown elects to prosecute a hybrid offence summarily, as it did in this case, that offence must be treated for sentencing purposes as a summary conviction offence. The defendant is therefore liable, except where otherwise provided by law, to a fine of not more than \$5,000 (\$2,000 at the time of trial in this case) or to imprisonment for six months or to both: *Criminal Code*, s. 787(1). Accordingly, the appellant did indeed receive the maximum custodial sentence on the only count that remains in issue here — for failure to stop a motor vehicle while being pursued by the police — and the question is whether the Court of Appeal erred in law in affirming that sentence.

[9] I would answer that question in the negative.

[10] As mentioned earlier, the “worst offender, worst offence” principle no longer operates as a constraint on the imposition of maximum sentences. A maximum sentence, like any other, will be subject to intervention on appeal only where the trial court applied the wrong principles or the sentence was clearly excessive in the circumstances.

[11] In this case, the totality of the sentences was the prime focus of the representations by both counsel at trial. Indeed, but for the six-month maximum applicable to all three offences, the trial judge would have acceded to the appellant’s plea for a *longer global sentence* in order to facilitate his rehabilitation: Through his counsel at trial, the appellant urged the sentencing judge to impose a two-year penitentiary term to “help him . . . access better programs”.

[12] Moreover, through his counsel in this Court (who did not represent him at trial), the appellant does not now argue that his global sentence of 12

[8] Littéralement, le passage contesté peut recevoir cette interprétation. Soit dit avec égards, elle est, dans cette mesure, mal fondée en droit. Si le ministère public choisit de poursuivre une infraction mixte par voie sommaire, comme c’est le cas en l’espèce, cette infraction doit alors, pour les besoins de la détermination de la peine, être traitée comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Par conséquent, sauf disposition contraire de la loi, le défendeur est passible d’une amende maximale de 5 000 \$ (2 000 \$ à l’époque du procès) et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines : *Code criminel*, par. 787(1). L’appellant a donc effectivement reçu la peine d’emprisonnement maximale pour le seul chef en litige en l’espèce — défaut d’arrêter un véhicule à moteur alors qu’il est pris en chasse par la police — et il s’agit de décider si la Cour d’appel a commis une erreur en droit en confirmant cette peine.

[9] Je réponds à cette question par la négative.

[10] Comme je l’ai déjà mentionné, le principe « pire délinquant, pire infraction » ne sert plus de restriction pour l’imposition de peines maximales. Une peine maximale, comme toute autre peine, ne donne lieu à une intervention en appel que si le tribunal de première instance a appliqué les mauvais principes ou si la peine est manifestement excessive dans les circonstances.

[11] En l’espèce, les observations des avocats des deux parties au procès portaient essentiellement sur la totalité des peines. En fait, n’eût été le maximum de six mois applicable à l’égard de chacune des trois infractions, le juge du procès aurait accédé à la requête de l’appellant, qui demandait une *peine globale plus longue* pour faciliter sa réinsertion. Par l’intermédiaire de son avocat au procès, l’appellant a exhorté le juge chargé de déterminer la peine à imposer une peine d’emprisonnement de deux ans pour [TRADUCTION] « l’aider [. . .] à avoir accès à de meilleurs programmes ».

[12] Par ailleurs, par l’entremise de son avocat devant la Cour (qui ne l’a pas représenté au procès), l’appellant ne plaide pas maintenant que la peine

months' imprisonment is manifestly excessive. He submits instead that the Court of Appeal, in considering the fitness of the six-month sentence that remains in issue, failed to give effect to the sentencing principles, notably the fundamental principle of proportionality, made applicable by Parliament in Part XXIII of the *Criminal Code* to indictable and summary conviction offences alike. Section 718.1 of the *Code* provides:

A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[13] Considering the reasons of the Court of Appeal in their entirety, and bearing in mind the appellant's previous convictions and the proceedings at trial, I am satisfied that the Court of Appeal was alert to the sentencing principles set out in the *Code* — *particularly*, I might add, to the fundamental principle of proportionality.

[14] Manifestly, that is why the court reduced the appellant's global sentence from 15 to 12 months' imprisonment.

### III

[15] A fit sentence for a hybrid offence is neither a function nor a fraction of the sentence that might have been imposed had the Crown elected to proceed otherwise than it did. More particularly, the sentence for a hybrid offence prosecuted summarily should not be "scaled down" from the maximum on summary conviction simply because the defendant would likely have received less than the maximum had he or she been prosecuted by indictment. Likewise, upon indictment, the sentence should not be "scaled up" from the sentence that the accused might well have received if prosecuted by summary conviction.

[16] In short, the sentencing principles set out in Part XXIII of the *Criminal Code* apply to both

globale d'emprisonnement de 12 mois est manifestement excessive. Il soutient plutôt que la Cour d'appel, en examinant la question de la justesse de la peine d'emprisonnement de six mois qui restait à trancher, n'a pas donné effet aux principes de détermination de la peine, en particulier le principe fondamental de proportionnalité, qu'à la partie XXIII du *Code criminel* le législateur a rendus applicables tant aux actes criminels qu'aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L'article 718.1 du *Code* stipule :

La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[13] Compte tenu de l'ensemble des motifs de la Cour d'appel ainsi que des déclarations de culpabilité antérieures prononcées contre l'appelant et des débats au procès, je suis convaincu que la Cour d'appel était consciente des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code* — *surtout*, pourrais-je ajouter, le principe fondamental de proportionnalité.

[14] Manifestement, c'est pour cette raison que la cour a réduit à 12 mois la peine globale d'emprisonnement de 15 mois infligée à l'appelant.

### III

[15] Une peine juste pour une infraction mixte n'est pas fonction de la peine qui aurait pu être imposée si le ministère public avait choisi de procéder autrement ni une fraction de cette peine. En particulier, la peine applicable à une infraction mixte faisant l'objet d'une poursuite par procédure sommaire ne doit pas être réduite de manière à être inférieure au maximum prévu pour ce mode de poursuite du simple fait que le défendeur aurait vraisemblablement reçu moins que le maximum s'il avait été poursuivi par voie de mise en accusation. De même, pour les infractions faisant l'objet de poursuites par mise en accusation, il ne faut pas augmenter la peine pour qu'elle corresponde à celle que l'accusé aurait fort bien pu recevoir s'il avait été poursuivi par procédure sommaire.

[16] Bref, les principes de détermination de la peine énoncés dans la partie XXIII du *Code*

indictable and summary conviction offences. Parliament has made that clear in the definition of “court” at s. 716 of the *Code*. And when the Crown elects to prosecute a “hybrid” offence by way of summary conviction, the sentencing court is bound by the Crown’s election to determine the appropriate punishment within the limits established by Parliament *for that mode of procedure*. Absent an error of principle, failure to consider a relevant factor, or overemphasis of the appropriate factors, any sentence within that range — including the maximum — should not be varied on appeal unless it is demonstrably inadequate or excessive.

## IV

[17] In affirming the appellant’s six-month sentence on one count while reducing his global sentence from 15 months to 12, the Court of Appeal committed no error warranting our intervention. The court properly took into account the proceedings at trial, the mandatory requirement of proportionality and the other governing principles as well.

[18] The appellant’s further appeal to this Court was therefore dismissed at the conclusion of the hearing.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Thirkell & Company, Abbotsford.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*criminel* s’appliquent tant aux actes criminels qu’aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le législateur l’a bien indiqué dans la définition de « tribunal » à l’art. 716 du *Code*. Et lorsque le ministère public choisit d’engager des poursuites par voie sommaire à l’égard d’une infraction mixte, le tribunal chargé de déterminer la peine est lié par le choix du ministère public pour déterminer la sanction appropriée dans les limites que le législateur a établies *pour ce mode de poursuite*. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d’appel ne devrait modifier une peine se situant dans cette gamme — y compris la peine maximale — que si elle est manifestement insuffisante ou excessive.

## IV

[17] En confirmant la peine de six mois reçue par l’appelant pour un chef tout en réduisant à 12 mois la peine globale de 15 mois qui lui a été infligée, la Cour d’appel n’a commis aucune erreur justifiant notre intervention. La cour a dûment pris en considération les débats au procès, l’exigence obligatoire de proportionnalité ainsi que d’autres principes directeurs.

[18] Le pourvoi formé par l’appelant devant la Cour est donc rejeté au terme de l’audience.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Thirkell & Company, Abbotsford.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Rathiskumar Mahalingan** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAHALINGAN

Neutral citation: 2008 SCC 63.

File No.: 31499.

2007: December 7; 2008: November 14.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache\*, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Defence theory — Accused convicted of aggravated assault — Whether new trial should be ordered because trial judge’s instructions to jury on theory of defence inadequate.*

*Criminal law — Issue estoppel — Application — Whether doctrine of issue estoppel should be retained in criminal law.*

The accused was acquitted on the charge of attempted murder arising out of a vicious gang attack, but convicted of the included offence of aggravated assault. The eyewitness who identified the accused as the first attacker also testified that, shortly before the trial commenced, the accused had telephoned him from jail asking that he not testify against him. The accused was subsequently charged with attempting to obstruct justice in relation to the alleged phone call. His trial on that charge occurred following the conclusion of the trial for attempted murder. The Crown adduced evidence of the telephone call mirroring that put forward at the attempted murder trial. The accused was acquitted. He appealed his aggravated assault conviction, arguing that the trial judge’s instructions to the jury on the theory of the defence were inadequate. The accused also argued that his acquittal for obstructing justice should be accepted as fresh evidence in his appeal of the aggravated assault conviction. Based on the doctrine of issue estoppel, he submitted that the acquittal had the retrospective effect of rendering the testimony about

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Rathiskumar Mahalingan** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAHALINGAN

Référence neutre : 2008 CSC 63.

N° du greffe : 31499.

2007 : 7 décembre; 2008 : 14 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache\*, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Thèse de la défense — Accusé reconnu coupable de voies de fait graves — Un nouveau procès devrait-il être ordonné parce que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates?*

*Droit criminel — Préclusion découlant d’une question déjà tranchée — Application — Faut-il conserver en droit criminel la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée?*

À la suite d’une agression brutale perpétrée par un gang, l’accusé a été acquitté de l’accusation de tentative de meurtre mais déclaré coupable de l’infraction incluse de voies de fait graves. Le témoin qui a identifié l’accusé comme le premier attaquant a également affirmé que ce dernier lui avait téléphoné de sa prison, peu avant le début du procès, et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. L’accusé a par la suite été inculpé de tentative d’entrave à la justice en rapport avec l’appel téléphonique qu’il aurait fait. Son procès relativement à cette accusation a eu lieu après la clôture du procès pour tentative de meurtre. Le ministère public a présenté une preuve relative à l’appel téléphonique qui reprenait celle qui avait été présentée lors du procès pour tentative de meurtre. L’accusé a été acquitté. Il a fait appel de sa condamnation pour voies de fait graves, plaidant que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates. Il a également soutenu que son acquittement à l’égard de l’accusation d’entrave à la justice devrait être accepté comme nouvel élément de preuve dans l’appel concernant sa déclaration de

\* Le juge Bastarache n’a pas participé au jugement.

the phone call inadmissible at his trial for attempted murder. He further argued that, if the trial record were examined as if the phone call evidence had never been presented in the attempted murder trial, it could not be said that the jury's verdict would necessarily have been the same. The Court of Appeal unanimously allowed the accused's appeal against conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge had failed to outline the position of the defence in his instructions to the jury. The court was divided, however, on the fresh evidence application. A majority of the court granted the application and ordered a new trial on this basis as well. The dissenting judge found that the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice did not retrospectively render inadmissible the evidence of the accused's telephone call to the eyewitness and would have dismissed the application.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Rothstein JJ.: The Court of Appeal correctly ruled that the jury charge on the theory of the defence in the first trial was inadequate and a new trial should be ordered on that ground. [81]

With respect to issue estoppel, this principle should be retained as part of Canadian criminal law. Properly confined, issue estoppel plays an indispensable role in ensuring fairness to the accused, avoiding inconsistent verdicts and maintaining the principle of finality. The difficulties associated with the application of issue estoppel in criminal law arise from the fact that it has been extended to circumstances where justice does not support its application. The current Canadian approach to issue estoppel in criminal law should be modified to limit its application to precluding the Crown's relitigating an issue that has been determined in the accused's favour in a prior criminal proceeding, whether on the basis of a positive finding or reasonable doubt. When issue estoppel is understood simply as a rule preventing relitigation of decided issues, it works well within the criminal law context and the problems associated with applying issue estoppel in that context largely disappear. [2] [31] [51] [61] [76]

culpabilité de voies de fait graves. Invoquant la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'accusé a fait valoir que l'acquiescement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage relatif à l'appel téléphonique présenté lors du procès pour tentative de meurtre. Il a également soutenu qu'en examinant le dossier de ce procès comme si la preuve relative à l'appel téléphonique n'avait jamais été présentée, on ne pourrait affirmer que le verdict du jury aurait nécessairement été le même. La Cour d'appel à l'unanimité a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de la condamnation et a ordonné un nouveau procès au motif que le juge du procès n'avait pas présenté la position de la défense dans ses directives au jury. Concernant la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, toutefois, la cour a rendu une décision divisée. Les juges majoritaires ont accueilli la demande et ont ordonné un nouveau procès sur ce fondement également. Le juge dissident a conclu que l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice n'avait pas pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique fait par l'accusé au témoin et aurait rejeté la demande.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Rothstein : La Cour d'appel a conclu à bon droit que l'exposé au jury de la thèse de la défense dans le premier procès était inadéquat et un nouveau procès doit être ordonné pour ce motif. [81]

Pour ce qui est de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il y a lieu de conserver ce principe dans le droit pénal canadien. Si sa portée est circonscrite comme il se doit, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée joue un rôle indispensable pour assurer l'équité envers l'accusé, éviter les verdicts incompatibles et assurer la pérennité du principe du caractère définitif des décisions judiciaires. Les difficultés d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal proviennent d'un élargissement de sa portée, qui englobe des circonstances où son application ne sert pas les fins de la justice. Il faut modifier la façon d'aborder cette préclusion en droit pénal canadien pour que son application soit limitée de sorte que le ministère public ne puisse remettre en cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure, que la décision repose sur une conclusion positive ou sur un doute raisonnable. Si cette préclusion est simplement interprétée comme une règle empêchant la remise en cause de questions réglées, elle s'intègre bien au droit pénal et les problèmes liés à son application dans ce contexte disparaissent en grande partie. [2] [31] [51] [61] [76]



Properly confined, issue estoppel does not mean that every piece of evidence led in a first trial and leading to an acquittal is inadmissible in a subsequent trial on another matter. Only issues either necessarily resolved in favour of the accused as part of the acquittal or on which findings were made, even if on the basis of reasonable doubt, are estopped. The determination of whether an issue was decided at a first trial, either expressly or necessarily as a prerequisite to an acquittal must be based on a review of the relevant portions of the transcript of the first trial and, in particular, on the allegations, the nature of the Crown case, and the defence case. The accused claiming issue estoppel bears the burden of showing that a particular issue was decided in his or her favour in a previous proceeding. Further, issue estoppel should not operate retrospectively to result in evidence being redacted from the record on a prior trial. The concern for finality, one of the principles which underlies the doctrine of issue estoppel, is inconsistent with retroactive application of issue estoppel. [23] [27] [33]

Other doctrines and rules of evidence afford only incomplete protection of the goals that underlie the doctrine of issue estoppel. Fairness requires that an accused should not be called upon to answer factual and legal issues (short of the ultimate verdict) that have been resolved in his or her favour in a previous proceeding. This is the most compelling rationale for retaining issue estoppel in criminal law, as it goes to the core tenets of our criminal justice system. The plea of *autrefois acquit* applies only to the final verdict, not to specific, underlying elements of the Crown's case. The remedy of abuse of process may or may not provide protection against relitigation of a particular issue. Abuse of process is a broad, somewhat vague concept, that has traditionally been reserved for obviously egregious abuses of the Crown power, and successful reliance upon the doctrine will be extremely rare and only in a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. [39-42] [75]

Similarly, the rules of evidence restricting character and similar fact evidence are also unlikely to achieve the fairness goal fully. They cover a limited number of the determinations on factual and legal issues that are covered by issue estoppel. It is also problematic that an issue decided in a prior trial may not be similar in the

Si sa portée est circonscrite comme il se doit, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne signifie pas que chaque élément de preuve soumis dans un procès et qui mène à un acquittement est inadmissible dans un procès subséquent portant sur autre chose. Seules sont frappées de préclusion les questions qui ont nécessairement été résolues en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement ou qui ont donné lieu à des conclusions, même celles tirées sur le fondement du doute raisonnable. Pour établir si une question a été expressément tranchée ou a nécessairement dû l'être pour qu'il y ait acquittement dans le premier procès, il faut examiner les passages pertinents de la transcription du procès, en particulier les allégations, la nature de la preuve du ministère public et la preuve de la défense. L'accusé qui invoque la préclusion fondée sur une question déjà tranchée a la charge de prouver qu'une question particulière a effectivement été tranchée en sa faveur lors d'une instance antérieure. En outre, cette préclusion ne pourrait s'appliquer rétrospectivement pour entraîner le retrait d'éléments de preuve du dossier de l'instance antérieure. L'application rétroactive de la préclusion est incompatible avec l'un des principes fondamentaux de cette doctrine, le principe du caractère définitif des décisions. [23] [27] [33]

D'autres doctrines et règles de preuve n'offrent pas une protection complète des objectifs qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. L'équité exige que l'accusé n'ait pas à répondre à des questions de fait et de droit (autres que le verdict final) tranchées en sa faveur dans une instance antérieure. Il s'agit là de la justification la plus impérieuse du maintien, dans le droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée puisqu'elle concerne un précepte essentiel de notre système de justice pénale. Le plaidoyer d'*autrefois acquit* ne s'applique qu'au verdict final, non à des éléments particuliers sous-jacents à la preuve du ministère public. Le recours à l'abus de procédures peut offrir ou ne pas offrir une protection contre la remise en cause d'une question particulière. L'abus de procédure reste une vaste notion, plutôt vague, qui ne s'est appliquée dans le passé qu'aux manifestations les plus flagrantes d'abus du pouvoir du ministère public, et elle ne pourrait être invoquée avec succès que dans de très rares cas, uniquement lorsque la situation est à ce point viciée qu'elle constitue l'un des cas les plus manifestes. [39-42] [75]

De même, il est également peu probable que les règles restrictives régissant la preuve de moralité et la preuve de faits similaires permettent l'entière réalisation de l'objectif d'équité. Ces règles ne s'appliquent qu'à un nombre limité de décisions relatives à des questions de fait ou de droit susceptibles de donner ouverture à la

sense of the similar fact rule, which focuses on a pattern of criminal conduct going to the essence of the criminal act alleged. The rules of evidence restricting character and similar fact evidence, moreover, are highly discretionary. While the burden is on the Crown to prove admissibility, the accused is in effect called upon to make a case against evidence on a factual issue that has already been resolved in his or her favour. The admissibility of similar fact evidence depends on balancing the probative value of the evidence against the prejudice it may cause to the accused. The accused, to keep the evidence out, would normally attempt to cast doubt on its probative value or show unfair prejudice. The complete protection offered by issue estoppel against having to relitigate factual issues already resolved in the accused's favour is lacking. [43-44]

Here, the majority of the Court of Appeal erred in holding that the subsequent verdict of acquittal on the charge of obstruction of justice required it to find that the eyewitness's evidence of the telephone call from the accused was wrongly admitted on the first trial. The approach to issue estoppel adopted by the majority casts the principle too broadly. This issue can be disposed of on the basis of the order of the verdicts. The acquittal in the second trial cannot operate retrospectively to render the evidence inadmissible in the earlier one. The order of the trials matters and is inherent in the notions of finality that issue estoppel and, more generally, *res judicata* support. [78-79]

*Per* Deschamps, Abella and Charron JJ.: The trial judge's failure to outline the position of the defence for the jury in the circumstances of this case necessitates a new trial. Although, in light of this conclusion, it is not necessary to deal with the fresh evidence application, the application of issue estoppel in the context of a criminal proceeding has proven problematic and should be reconsidered. This case provides an appropriate context to do so. [90]

As a form of *res judicata*, issue estoppel precludes the relitigation of an issue that has been finally decided

préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il y aura également un problème si une question tranchée lors d'un procès antérieur n'est pas similaire au sens des règles régissant la preuve de faits similaires, qui mettent l'accent sur des habitudes criminelles se rapportant à l'essence de l'acte criminel allégué. En outre, les règles de preuve applicables à la preuve de moralité et à la preuve de faits similaires sont assujetties à des restrictions très discrétionnaires. Bien qu'il incombe au ministère public de démontrer l'admissibilité d'un élément de preuve, l'accusé est effectivement obligé de réfuter un élément de preuve relatif à une question de fait qui a déjà été résolue en sa faveur. La preuve de faits similaires n'est admise que si sa valeur probante s'avère plus importante que le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé. Pour faire échec à cette preuve, l'accusé doit habituellement tenter de soulever un doute sur sa valeur probante ou démontrer qu'elle lui causera un préjudice inéquitable. L'accusé n'a plus la protection complète que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui assure contre la remise en cause de questions de fait qui ont déjà été résolues en sa faveur. [43-44]

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort que le verdict d'acquiescement prononcé subséquentement à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice obligeait nécessairement à conclure que la déclaration du témoin au sujet de l'appel téléphonique fait par l'accusé avait été irrégulièrement admise lors du premier procès. Les juges majoritaires ont appliqué une interprétation trop large du principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il est possible de trancher cette question en se fondant sur l'ordre dans lequel les verdicts ont été rendus. L'acquiescement prononcé à l'issue du deuxième procès ne peut rendre rétrospectivement inadmissible la preuve présentée lors du procès antérieur. L'ordre dans lequel les procès ont eu lieu a de l'importance et fait partie intégrante des notions de caractère définitif que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et, plus généralement, le principe de chose jugée, visent à protéger. [78-79]

*Les* juges Deschamps, Abella et Charron : L'omission du juge du procès de présenter au jury la position de la défense, en l'espèce, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Bien que, compte tenu de cette conclusion, il ne soit pas nécessaire de statuer sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve, l'application dans le contexte d'un procès criminel de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'est révélée problématique et doit être réexaminée. La présente espèce est propice à un tel réexamen. [90]

Dans le but de préserver l'irrévocabilité des décisions, la préclusion découlant d'une question déjà

by a court in another proceeding in the interests of ensuring finality in litigation. While it effectively serves this purpose in the civil context, issue estoppel has proven ill-suited to address the concerns arising from abusive relitigation in the criminal context and as a result, should no longer find application in Canadian criminal law. Concerns about the prevention of abusive relitigation are better addressed in the criminal context by means of existing concepts and provisions other than issue estoppel, including the doctrine of abuse of process; the character evidence rules; the rules against multiple convictions and against collateral attack; the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*; and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [84] [105] [149]

It is well established in the civil context that three preconditions must be met for issue estoppel to be successfully invoked. The requirement that the parties to both proceedings be the same or their privies — the mutuality requirement — is so unsuited to the criminal context that it has never made its way into Canadian criminal law. This precondition, which by definition would estop the accused as well as the Crown, does not accord with the presumption of innocence and the onus on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt. However, rather than rejecting issue estoppel in criminal law on the basis that the concept is a misfit, the Canadian approach has been to transform the concept in its transposition from the civil to the criminal context by excising the mutuality requirement from issue estoppel as it applies in criminal proceedings. Issue estoppel has become an entirely one-sided doctrine in the criminal context, understood and applied solely to estop the Crown from relitigating issues previously decided in favour of an accused. Since mutuality can hardly be viewed as merely an incidental feature of issue estoppel, its elimination in the criminal context means that, at the outset, a court is dealing with a concept inherently different from that applied in the civil context. [112-114] [117] [120]

Issue estoppel further requires that the issue to be estopped be the same as the one decided in the prior decision. The fact that significant difficulties may be encountered in deciding whether a particular question was distinctly put in issue and clearly determined in a prior criminal proceeding signals that issue estoppel may not be a suitable mechanism to address concerns arising from relitigation in the criminal context. The accused's need for protection against unjustified

tranchée, une forme de chose jugée, empêche la remise en cause d'une question ayant fait l'objet d'une décision judiciaire définitive dans une autre instance. Bien qu'elle serve efficacement les fins de la justice en matière civile, cette préclusion ne s'est pas avérée en droit criminel le cadre voulu pour le règlement des problèmes de remise en cause abusive et par conséquent, elle ne devrait plus trouver application en droit criminel canadien. D'autres concepts et dispositions législatives existants apportent une réponse plus adéquate à la problématique des remises en cause abusives, notamment la doctrine de l'abus de procédure, les règles régissant la preuve de moralité, l'interdiction des déclarations de culpabilité multiples, l'interdiction des contestations indirectes, les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict ainsi que l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [84] [105] [149]

Il est bien établi, en matière civile, que trois conditions doivent être réunies pour que cette forme de préclusion puisse être invoquée. La condition que les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit — l'exigence de réciprocité — est si peu adaptée au contexte criminel qu'elle n'a jamais été introduite en droit criminel canadien. Cette exigence qui, par définition, s'applique tant à l'accusé qu'au ministère public, n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ni avec l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Au Canada toutefois, plutôt que d'exclure cette forme de préclusion parce qu'elle n'est pas adaptée au droit criminel, on a plutôt opté pour la transformer, lorsqu'elle est transposée du droit civil au droit criminel, en en retranchant l'exigence de réciprocité. Cette préclusion est devenue en droit criminel une doctrine à sens unique, perçue et appliquée simplement comme une interdiction, pour le ministère public, de remettre en cause des questions ayant déjà fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé. Comme l'exigence de réciprocité peut difficilement être considérée simplement comme un élément marginal de cette préclusion, son élimination en contexte criminel indique qu'un tribunal se trouve d'emblée devant un concept intrinsèquement différent de celui qui s'applique en matière civile. [112-114] [117] [120]

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée exige en outre que la question dont on veut empêcher la remise en cause soit la même que celle qui a été tranchée dans l'instance antérieure. La difficulté d'établir si une question particulière a effectivement été distinctement soulevée et clairement tranchée dans une instance criminelle antérieure signale la possibilité que cette préclusion ne soit pas le mécanisme approprié pour répondre à la problématique de la remise en cause

relitigation will usually be more acute when the prior adjudication has resulted in an acquittal. Yet it is in this context that defining the issue to be estopped proves most difficult as a result of the nature of criminal proceedings, which focus on the question whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, not on an array of distinct issues. In a jury trial, the final decision is delivered in the form of an unexplained verdict of “guilty” or “not guilty”, making it extremely difficult to identify with certainty whether or not the issue sought to be estopped has been finally decided. In cases that fall outside the ambit of the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Charter*, the doctrine of abuse of process can provide a more effective and principled mechanism for guarding against abusive prosecutions in the criminal context. [112] [122] [124] [131]

Finally, for issue estoppel to be successfully invoked, the issue in question must also have been conclusively determined. Determining whether a decision is final for the purpose of issue estoppel has raised some controversy in the case law, even in the context of civil litigation. In the criminal context, the finality assessment takes on an added layer of complexity by virtue of the varying burdens of proof applicable at different stages of a criminal proceeding. Because the burden of proof in a criminal trial is beyond a reasonable doubt, a verdict of “not guilty” encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. Taking account of the many shades of doubt upon which a verdict of “not guilty” could reasonably be based, complicates the finality assessment for the purposes of issue estoppel considerably, and underscores the impracticality of an absolute rule precluding the admission of evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. [134-135] [144]

The application of issue estoppel as an absolute rule precluding the admission of prior acquittal evidence in all cases regardless of the basis for the acquittal or of the relevance of the evidence in that subsequent proceeding is inconsistent with the basic rule favouring the admission of all relevant evidence, subject to countervailing concerns. That is not to say that an acquittal should have no bearing on the admissibility of its underlying evidence in a subsequent criminal proceeding, but issue

en contexte criminel. Le besoin de protection de l'accusé contre la remise en cause injustifiée se fera habituellement sentir de façon plus aigüe lorsqu'il y aura eu acquittement dans l'instance antérieure. Pourtant, c'est dans ce contexte qu'il est le plus difficile de définir la question fondant la préclusion en raison de la nature de l'instance criminelle, axée sur la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé à l'égard de l'accusation, non sur un éventail de questions distinctes. Dans un procès devant jury, la décision définitive prend la forme d'un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité » rendu sans explication, de sorte qu'il est extrêmement difficile de déterminer avec certitude si la question dont on cherche à empêcher la remise en cause a fait l'objet d'une décision définitive. Pour les cas ne donnant pas ouverture aux plaidoyers d'autrefois acquit ou d'autrefois convict ou à l'application de l'al. 11(h) de la *Charte*, la doctrine de l'abus de procédure peut offrir un moyen de protection plus efficace et mieux structuré contre les poursuites abusives en matière criminelle. [112] [122] [124] [131]

Enfin, pour que s'applique la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la question doit également avoir été tranchée de façon définitive. L'appréciation du caractère définitif d'une décision pour l'application de cette préclusion a donné lieu à des différends jurisprudentiels, même en matière civile. En matière criminelle, l'appréciation du caractère définitif devient encore plus complexe du fait de la diversité des fardeaux de preuve applicables à différentes étapes d'une instance criminelle. Parce que la norme de preuve en matière criminelle est la preuve hors de tout doute raisonnable, un verdict de « non-culpabilité » recouvre un large éventail de circonstances, de l'innocence factuelle jusqu'à la preuve établie presque hors de tout doute raisonnable. La prise en compte des nombreuses nuances de doute pouvant raisonnablement fonder un verdict de « non-culpabilité » complique considérablement l'appréciation du caractère définitif des décisions que requiert l'application de la préclusion d'une question déjà tranchée et souligne qu'il ne serait pas pratique d'établir une règle absolue rendant inadmissibles dans une instance les éléments de preuve soumis dans une instance antérieure ayant abouti à un acquittement. [134-135] [144]

L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tant que règle absolue interdisant dans tous les cas l'admission des éléments de preuve d'un acquittement antérieur, quel que soit le fondement de l'acquittement ou la pertinence de ces éléments de preuve pour l'instance subséquente, n'est pas compatible avec la règle fondamentale favorisant l'admission de tout élément de preuve pertinent, sous réserve de préoccupations s'y opposant. Cela ne veut pas dire

estoppel has not proven the optimum analytical framework for deciding questions of admissibility in this context. The question of admissibility of prior acquittal evidence will depend, not on an absolute rule barring its admissibility in all cases, but on the careful weighing of the probative value of the evidence to an ultimate issue in the subsequent proceeding, as against the unfairness of requiring the accused to defend himself repeatedly against the same allegations on the issue in question, in accordance with the familiar similar fact evidence test. Finally, the doctrine of *res judicata*, which is intended in this context to protect an accused against repeated attacks in respect of matters already adjudicated in his favour, can have no retroactive application to impugn the first proceeding. If at all relevant, the principle of *res judicata* could only find application in respect of a subsequent proceeding. [132-133] [145] [147]

The application to introduce fresh evidence ought to have been dismissed. The eyewitness's testimony about the phone call, although clearly relevant, constitutes evidence that the accused committed the criminal offence of obstructing justice, a discreditable act that falls outside the scope of the indictment. The testimony is therefore a form of bad character evidence which, in theory, is subject to the general exclusionary rule. However, in the context of the accused's trial on the attempt murder charge, he would have had no credible basis to argue that the probative value of the evidence about the phone call was outweighed by the potential prejudicial effect of having the jury hear evidence that he may have committed the offence of obstructing justice. Therefore, the evidence about the phone call was properly admitted at trial and there is no reason to overturn the conviction on the ground of its admission. The proposed fresh evidence does not impact that conclusion. The subsequent acquittal on the charge of obstructing justice does not retroactively render this evidence inadmissible on the basis of issue estoppel. The doctrine of *res judicata* does not have any retroactive effect and none of the principles that underlie that doctrine find application in these circumstances. There is nothing about the subsequent obstructing justice proceeding that undermines the reliability of the verdict on the attempt murder charge. [165-167]

qu'un acquittement ne devrait avoir aucune incidence sur l'admissibilité, dans une instance criminelle postérieure, des éléments de preuve qui le sous-tendent, mais la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'est pas révélée le meilleur des cadres analytiques pour trancher les questions d'admissibilité dans ce contexte. L'admissibilité d'éléments de preuve se rapportant à un acquittement antérieur dépendra, non pas d'une règle absolue en interdisant l'admission dans tous les cas, mais d'une évaluation prudente de leur valeur probante pour une question fondamentale de l'instance subséquente par rapport à l'injustice qu'il y a à obliger un accusé à se défendre à répétition contre les mêmes allégations sur la question en cause, conformément au critère déjà connu appliqué en matière de preuve de faits similaires. Enfin, la doctrine de la chose jugée, qui vise dans ce contexte à protéger un accusé contre des attaques répétitives concernant des questions déjà tranchées en sa faveur, ne permet pas, par application rétroactive, de contester le premier procès. Si cette doctrine de la chose jugée revêt la moindre pertinence, elle n'est applicable qu'à l'égard de l'instance subséquente. [132-133] [145] [147]

La demande de présentation de nouveaux éléments de preuve aurait dû être rejetée. La déclaration du témoin au sujet du coup de téléphone, bien qu'elle soit incontestablement pertinente, constitue une preuve de la commission par l'accusé de l'infraction criminelle d'entrave à la justice, un acte déshonorant qui ne se rapporte pas à l'acte d'accusation. La déclaration constitue donc une forme de preuve de mauvaise moralité soumise, en théorie, à la règle générale d'exclusion. Toutefois, dans le contexte du procès de l'accusé pour tentative de meurtre, ce dernier n'aurait pu asseoir sur aucun fondement crédible son argument que les effets préjudiciables pouvant résulter de la présentation au jury d'un élément de preuve indiquant qu'il pouvait s'être rendu coupable d'entrave à la justice l'emportaient sur la valeur probante du témoignage relatif à l'appel téléphonique. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve relative à l'appel téléphonique a été admise au procès, et son admission ne saurait justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité. Le nouvel élément de preuve qu'on veut présenter est sans incidence sur cette conclusion. L'acquittement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice ne rend pas cette preuve rétroactivement inadmissible par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. La doctrine de la chose jugée n'a aucun effet rétroactif et aucun des principes fondamentaux de la chose jugée ne s'applique dans les circonstances. Rien dans l'instance subséquente relative à l'entrave à la justice ne remet en question le verdict rendu à l'égard de l'accusation de tentative de meurtre. [165-167]

## Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Explained:** *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; **referred to:** *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465, leave to appeal ref'd, [2000] 1 S.C.R. xviii; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286.

By Charron J.

**Referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *Muir v. Carter* (1889), 16 S.C.R. 473; *Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279, 2005 SCC 64; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44; *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. v. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398; *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Rizzo v. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98; *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38; *R. v. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329; *R. v. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(h).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 8(3), 607.

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt expliqué :** *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; **arrêts mentionnés :** *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xviii; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Bradford & Bingley Building Society c. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286.

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *Muir c. Carter* (1889), 16 R.C.S. 473; *Wright c. The Queen*, [1963] R.C.S. 539; *Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S. 594; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, 2005 CSC 64; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44; *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339; *R. c. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398; *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Rizzo c. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98; *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38; *R. c. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329; *R. c. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11h).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 8(3), 607.

**Authors Cited**

- Boilard, Jean-Guy. *Guide to Criminal Evidence*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48).
- Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007.
- Delisle, J. R. "Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence" (1992), 16 *Prov. Judges J.* 13.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- Gorman, Wayne. "Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence" (1994), 30 C.R. (4th) 222.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
- Mahoney, Richard. "Acquittals as Similar Fact Evidence: Another View" (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265.
- Mirfield, Peter. "Shedding a Tear for Issue Estoppel", [1980] *Crim. L.R.* 336.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont.: Irwin Law, 2005.
- Rosenberg, Marc. "Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct", in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, s. 8.1.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. "Issue Estoppel and Similar Facts" (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382.
- Stuesser, Lee. "Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence" (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.
- Wright, Keith E. "Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply" (1994), 32 C.R. (4th) 301.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and Rouleau J.J.A.) (2006), 80 O.R. (3d) 35, 209 O.A.C. 198, 208 C.C.C. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1619 (QL), 2006 CarswellOnt 2421, setting aside the accused's conviction for aggravated assault and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Lucy Cecchetto and Sunita Srivastava*, for the appellant.

**Doctrine citée**

- Boilard, Jean-Guy. *Manuel de preuve pénale*, vol. 1. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n° 48).
- Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York : Oxford University Press, 2007.
- Delisle, J. R. « Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence » (1992), 16 *J.J. prov.* 13.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford : Clarendon Press, 1969.
- Gorman, Wayne. « Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence » (1994), 30 C.R. (4th) 222.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.
- Mahoney, Richard. « Acquittals as Similar Fact Evidence : Another View » (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265.
- Mirfield, Peter. « Shedding a Tear for Issue Estoppel », [1980] *Crim. L.R.* 336.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont. : Irwin Law, 2005.
- Rosenberg, Marc. « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Colloque national sur le droit criminel, *Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 1994, art. 8.1.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. « Issue Estoppel and Similar Facts » (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382.
- Stuesser, Lee. « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.
- Wright, Keith E. « Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply » (1994), 32 C.R. (4th) 301.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Blair et Rouleau) (2006), 80 O.R. (3d) 35, 209 O.A.C. 198, 208 C.C.C. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1619 (QL), 2006 CarswellOnt 2421, qui a annulé la déclaration de culpabilité de voies de fait graves prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Lucy Cecchetto et Sunita Srivastava*, pour l'appelante.

R. Philip Campbell, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] I have read the reasons of my colleague Justice Charron and agree with them, with the exception of their treatment of issue estoppel. Issue estoppel, as applied in Canada since *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, has created perplexing difficulties and fostered calls for reform. That reform is required is beyond doubt. The only question is whether that reform should take the form of excising issue estoppel entirely from the criminal law, as my colleague contends, or whether the principle should be retained in a narrower, less problematic form.

[2] I favour the latter approach. In my view, the difficulties associated with the application of issue estoppel in criminal law arise from the fact that it has been extended to circumstances where justice does not support its application. Properly confined, in accordance with a proper reading of the majority reasons in *Grdic*, issue estoppel plays an indispensable role in ensuring fairness to the accused, avoiding inconsistent verdicts and maintaining the principle of finality. Other concepts, such as abuse of process, character evidence rules, and the rules governing the admissibility of similar fact evidence, do not completely or effectively guarantee these goals. Though it shares many features with its civil law equivalent, criminal law issue estoppel is a stand-alone doctrine responsive to the unique characteristics of criminal trials. I would therefore decline to throw out issue estoppel in its entirety. Rather, I would modify the current Canadian approach to issue estoppel in criminal law, confining it to the focused compass of precluding the Crown from leading evidence which is inconsistent

R. Philip Campbell, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue, la juge Charron, et j'y souscris sauf en ce qui concerne la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Cette préclusion, telle qu'elle est appliquée au Canada depuis l'arrêt *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, est source de confusion et elle a suscité des demandes de réforme. Une réforme est incontestablement nécessaire, et il reste uniquement à déterminer si elle devrait consister en la suppression complète, en droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, comme le propose ma collègue, ou s'il y a lieu d'en conserver le principe dans une forme plus restreinte et moins problématique.

[2] Je préconise la deuxième solution. À mon avis, les difficultés d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal proviennent d'un élargissement de sa portée, qui englobe des circonstances où son application ne sert pas les fins de la justice. Si sa portée est circonscrite comme il se doit, conformément à une interprétation juste des motifs de la majorité de la Cour dans *Grdic*, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée joue un rôle indispensable pour assurer l'équité envers l'accusé, éviter les verdicts incompatibles et assurer la pérennité du principe du caractère définitif des décisions judiciaires. D'autres concepts, comme l'abus de procédure et les règles régissant la preuve de moralité ou l'admission de la preuve de faits similaires, ne garantissent pas de façon aussi complète et efficace l'atteinte de ces objectifs. Bien qu'elle partage de nombreux aspects avec son équivalent de droit civil, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée constitue en droit pénal une doctrine distincte adaptée aux caractéristiques propres aux



with findings made in the accused's favour in a previous proceeding.

[3] Applying this principle to the facts in this case, I conclude that issue estoppel does not operate against the Crown. The accused argues that issue estoppel means that evidence admitted on his first trial, the verdict under appeal, must now be deemed to have been improperly admitted on the ground that he was acquitted on a second charge where the subject matter of the second charge was the same as the impugned evidence led at the first trial. In my view, this argument invokes the doctrine of issue estoppel in a manner that is overbroad. I agree with Blair J.A., dissenting in the Court of Appeal, that properly understood, issue estoppel does not operate retrospectively to require the ordering of a new trial. However, as a new trial is required on other grounds, I would dismiss the appeal.

## II. Background

[4] In order to assess the applicability of the doctrine of issue estoppel in this case, it is necessary to retain in clear focus the sequence of events giving rise to the accused's claim.

[5] The first trial of the accused, Mahalingan, was for attempted murder. The charge against Mahalingan and two other men arose out of the attack of two men in a parked car by a gang of approximately fifteen men. Mahalingan was charged with attempted murder, and his two co-accused were charged with aggravated assault. The main issue was the identity of the attackers.

procès criminels. Je me refuse donc à rejeter intégralement la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. J'estime plutôt qu'il faut modifier la façon de l'aborder en droit pénal canadien pour que son champ d'application soit limité à l'interdiction, pour le ministère public, de présenter une preuve incompatible avec des conclusions favorables à l'accusé formulées dans une instance antérieure.

[3] L'application de ce principe aux faits de la présente espèce m'amène à conclure que cette préclusion ne joue pas contre le ministère public. L'accusé prétend que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée fait en sorte que la preuve admise lors du premier procès — dont le verdict fait l'objet du présent pourvoi — doit à présent être considérée comme admise irrégulièrement puisqu'il a été acquitté d'une deuxième accusation ayant le même fondement que la preuve contestée soumise au premier procès. À mon avis, cet argument procède d'une conception trop large de cette forme de préclusion. Je partage l'opinion du juge Blair, dissident en Cour d'appel, que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si elle est bien interprétée, ne s'applique pas rétrospectivement pour fonder une ordonnance de nouveau procès. Toutefois, puisqu'un nouveau procès est nécessaire pour d'autres motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Contexte

[4] Il importe, pour statuer sur l'applicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce, de conserver clairement à l'esprit la séquence des événements sur laquelle repose la prétention de l'accusé.

[5] L'accusé, M. Mahalingan, a subi un premier procès pour tentative de meurtre. L'accusation portée contre lui et deux autres hommes, se rapportait à une agression perpétrée par un gang d'une quinzaine d'hommes contre deux hommes qui prenaient place dans une voiture garée. Monsieur Mahalingan a été accusé de tentative de meurtre et ses deux coaccusés, de voies de fait graves. La principale question soulevée au procès portait sur l'identité des agresseurs.

[6] The Crown's case rested mainly on the evidence of Balasingam, the driver of the parked vehicle. Balasingam testified that Mahalingan was the man who first attacked the passenger, Perinpanathan. Balasingam testified that, after kicking Perinpanathan, Mahalingan attacked Perinpanathan with a long dagger. He also testified that he later saw Mahalingan standing at the rear of the car, yelling encouragement to the other attackers. In addition to evidence of what happened at the scene of the crime, the Crown relied on Balasingam's evidence that after the events, Mahalingan, while in jail, telephoned him to apologize and to ask Balasingam not to testify against him. The defence attacked Balasingam's credibility. Balasingam had a lengthy criminal record including offences of dishonesty, and there were numerous inconsistencies in his various accounts of the attack and Mahalingan's involvement. The jury convicted Mahalingan of the lesser charge of aggravated assault.

[7] Mahalingan was subsequently charged with obstruction of justice, based on Balasingam's evidence that Mahalingan had telephoned him and asked him not to testify against him. A judge acquitted Mahalingan of this charge.

[8] On appeal from the charge of aggravated assault, Mahalingan applied to have the acquittal on the charge of obstruction of justice admitted as fresh evidence. His intention was to use the acquittal to argue that Balasingam's evidence of the telephone call was improperly admitted on the prior attempted murder trial, on the ground that to allow its admissibility to stand would offend the principle of issue estoppel.

[9] All members of the Court of Appeal expressed concern with this argument and with the state of the law concerning issue estoppel in criminal proceedings in Canada. However, the majority, *per* Sharpe J.A., felt compelled by prior authority to accede to

[6] La preuve du ministère public reposait principalement sur le témoignage du conducteur du véhicule, M. Balasingam. Ce dernier a affirmé que M. Mahalingan avait été le premier à attaquer le passager, M. Perinpanathan, en lui assénant d'abord des coups de pied puis en l'attaquant avec une arme à longue lame. Le témoin a aussi déclaré qu'il avait plus tard vu M. Mahalingan, derrière le véhicule, encourager les autres agresseurs. En plus de la déposition de M. Balasingam sur ce qui s'est passé sur les lieux du crime, le ministère public a eu recours au témoignage de ce dernier selon lequel, après ces incidents, M. Mahalingan lui avait téléphoné du pénitencier pour lui présenter des excuses et pour lui demander de ne pas témoigner contre lui. La défense a attaqué la crédibilité de M. Balasingam. Ce dernier avait un lourd casier judiciaire comprenant des infractions de malhonnêteté, et ses différents récits concernant l'attaque et le rôle de M. Mahalingan présentaient de nombreuses contradictions. Le jury a déclaré M. Mahalingan coupable de l'infraction moindre de voies de fait graves.

[7] Monsieur Mahalingan a ensuite été accusé d'entrave à la justice, sur le fondement du témoignage de M. Balasingam selon lequel M. Mahalingan l'avait appelé et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. Le juge a acquitté M. Mahalingan.

[8] Monsieur Mahalingan a porté en appel le verdict le déclarant coupable de voies de fait graves et a demandé l'autorisation de soumettre comme nouvel élément de preuve son acquittement relativement à l'accusation d'entrave à la justice. Il voulait, en s'appuyant sur l'acquittement, faire valoir que le témoignage de M. Balasingam au sujet de l'appel téléphonique avait été admis irrégulièrement lors du procès antérieur pour tentative de meurtre, car le maintien de l'admissibilité de cet élément de preuve enfreindrait le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[9] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous exprimé des réserves au sujet de cet argument ainsi que de l'état du droit canadien relatif à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en matière criminelle. Toutefois, le juge Sharpe, au nom de la

the accused's argument and grant the motion for fresh evidence. Blair J.A. dissented, arguing that properly understood, the doctrine of issue estoppel did not apply retrospectively to compel the conclusion that Balasingam's evidence of the telephone call had been improperly admitted in the first trial.

### III. Analysis

[10] The Crown took the position that this Court should overrule the settled law in Canada concerning issue estoppel and rule that issue estoppel has no place in criminal proceedings. Alternatively, the Crown argued that issue estoppel should not be applied in retrospective fashion, so as to unravel completed trials. I cannot accept the first submission, but endorse the second.

[11] Issue estoppel has been a constant element in Canadian criminal law for over three decades, if not longer. This alone does not compel its survival. If it is clearly unhelpful and unnecessary, then it should be jettisoned. However, this Court should approach with caution a plea to oust a doctrine it has repeatedly endorsed, and only accede to the plea upon clear demonstration that it fails to serve the ends of justice.

[12] Three arguments are advanced against maintaining issue estoppel. The first is that it is not necessary, because other doctrines adequately guard against the problems to which the doctrine of issue estoppel is directed. The second is that the requirements of issue estoppel do not fit well with the premises of the criminal law. The third is that the doctrine, as applied in criminal law, is unworkably problematic. I will consider each argument in turn.

[13] However, before turning to the arguments for and against issue estoppel, it may be helpful to

majorité, a estimé que la jurisprudence lui imposait de recevoir l'argument de l'accusé et d'accueillir sa requête pour présentation de nouveaux éléments de preuve. Le juge Blair, dissident, a exprimé l'avis que la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si elle est correctement interprétée, ne pouvait s'appliquer rétrospectivement et dicter la conclusion que le témoignage de M. Balasingam relatif à l'appel téléphonique avait été irrégulièrement admis en preuve lors du premier procès.

### III. Analyse

[10] Le ministère public a soutenu que notre Cour devait écarter les principes établis, au Canada, en matière de préclusion découlant d'une question déjà tranchée et statuer que cette préclusion n'avait pas sa place en matière criminelle. Subsidiairement, le ministère public a plaidé que cette préclusion ne devait pas s'appliquer de façon rétrospective et défaire un procès clos. Je ne puis accepter le premier argument, mais je souscris au second.

[11] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une doctrine appliquée de façon constante en droit pénal canadien depuis plus de trois décennies au moins. Cette longévité, à elle seule, ne saurait dicter sa survie. S'il est manifeste qu'elle n'est ni utile ni nécessaire, elle devrait être abandonnée. Toutefois, notre Cour doit aborder avec prudence une demande d'écarter une doctrine qu'elle a maintes fois approuvée, et ne doit accéder à cette demande que s'il est clairement démontré que la doctrine ne sert pas les fins de la justice.

[12] On fait valoir trois arguments contre le maintien de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Premièrement, elle est inutile parce que d'autres doctrines permettent de prévenir les problèmes qu'elle prétend résoudre. Deuxièmement, les exigences de cette préclusion s'accordent mal avec les principes du droit pénal. Et troisièmement, telle qu'elle s'applique en droit pénal, cette préclusion entraîne des problèmes insolubles. J'aborderai tour à tour chacun de ces arguments.

[13] Toutefois, il pourrait être utile, avant d'évaluer les arguments favorables ou défavorables à la

review its place in the law and the development of the Canadian position on issue estoppel.

A. *Issue Estoppel in the Criminal Law: The Current Canadian Position*

[14] The common law developed two doctrines to deal with problems of unfair relitigation, consistency of result and finality. Both come out of the broad concept known as *res judicata*.

[15] The first branch of *res judicata* is sometimes called cause of action estoppel in the civil context, or double jeopardy in the criminal context. An argument on this basis asserts that the cause of action in a current proceeding is the same as the cause of action in a proceeding previously litigated, with the result that the current action should not proceed. In criminal law, the double jeopardy principle finds expression in the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*.

[16] The second branch of *res judicata* is issue estoppel. Issue estoppel is concerned not with whether the cause of action in two proceedings is the same, but with whether an issue to be decided in proving the current action is the same as an issue decided in a previous proceeding. The causes of action may be (and typically are) different. Issue estoppel in Canada has historically applied to both civil and criminal law.

[17] While double jeopardy is concerned with the total cause of action and the ultimate result of the litigation, issue estoppel is concerned with particular issues arising in two different pieces of litigation. As will be discussed more fully below, much of the difficulty associated with issue estoppel in the criminal context is the result of conflating the focus of double jeopardy on the ultimate verdict with the proper and narrower concern of issue estoppel, which is particular determinations on the

préclusion découlant d'une question déjà tranchée, d'examiner la place qu'elle occupe en droit et l'évolution de la position canadienne à son égard.

A. *La préclusion découlant d'une question déjà tranchée et le droit pénal : la position actuelle au Canada*

[14] Pour résoudre les problèmes de remise en cause injuste, de cohérence des décisions et de caractère définitif des décisions, la common law a élaboré deux doctrines, qui tirent toutes deux leur origine d'un large concept connu sous le nom de principe de la chose jugée.

[15] Le premier volet du principe de la chose jugée est parfois appelé préclusion fondée sur la cause d'action en contexte civil, ou protection contre le double péril en contexte criminel. Lorsqu'on invoque cette préclusion dans une instance donnée, on fait valoir qu'une action donnée ne devrait pas aller de l'avant parce qu'elle repose sur une cause identique à celle d'une instance antérieure. En droit pénal, le principe de protection contre le double péril prend la forme des plaidoyers d'autrefois acquit et d'autrefois convict.

[16] Le second volet du principe de la chose jugée est la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Dans ce cas, il ne s'agit pas de se demander si les deux instances ont la même cause d'action, mais si une question qui se pose dans une instance n'a pas déjà été tranchée dans une instance antérieure. Les causes d'actions peuvent différer (et c'est généralement le cas). En droit canadien, cette préclusion s'est historiquement appliquée en matière civile et en matière criminelle.

[17] Contrairement à la protection contre le double péril, qui prend en compte la cause d'action dans son intégralité et le résultat final du litige, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte sur des questions particulières se posant dans deux instances différentes. Comme on le verra en détail ci-après, la difficulté que soulève cette préclusion en matière criminelle découle en bonne partie de ce que l'on a confondu l'élément central du double péril, le verdict final, et l'objet propre de

issues supporting the verdict. If issue estoppel is confined to prior determinations of issues, the difficulties largely vanish.

[18] The conflation of the result-based double jeopardy principle and issue estoppel can be traced to this Court's decision in *Grdic*. Two views of issue estoppel were expressed in *Grdic*. A majority of five, *per* Lamer J. (as he then was), took the view that "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused" (p. 825). Lamer J. went on to state: "This is so even though the judgment might well be the result of a reasonable doubt on that issue . . ." (p. 825). Accordingly, Lamer J. held that since identity was the central issue in the first trial in *Grdic*, and since the trial judge had a reasonable doubt about identity, the Crown was estopped from relitigating that issue (pp. 825-26). In short, if an issue supporting an acquittal is resolved in favour of the accused on one offence, on whatever basis, evidence to contradict the finding on that issue cannot subsequently be re-led on different charges.

[19] By contrast, Wilson J., dissenting, held that because the trial judge's reasons in *Grdic* were based on a reasonable doubt about identity, rather than an affirmative factual finding of lack of identity, the Crown was not estopped from calling evidence going to the issue of identity (pp. 817-18).

[20] In sum, both Lamer J. and Wilson J. confirmed the applicability of the principle of issue estoppel in criminal law. Both saw it as a principle that prevented relitigation of an issue decided in the accused's favour in a prior trial. They differed

la préclusion, plus étroit, axé sur des décisions particulières concernant des questions sous-jacentes au verdict. Si l'application de cette préclusion est limitée aux conclusions antérieures sur de telles questions, on élimine une grande partie des problèmes.

[18] On peut faire remonter à l'arrêt *Grdic* de notre Cour la confusion entre le principe de la protection contre le double péril, axé sur le résultat, et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Deux conceptions de cette préclusion ont été exposées dans cet arrêt. Suivant le juge Lamer (plus tard Juge en chef), qui s'exprimait au nom des cinq juges de la majorité, « toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé » (p. 825). Le juge Lamer a ajouté : « Il en est ainsi quoique le jugement ait fort bien pu résulter d'un doute raisonnable sur cette question . . . » (p. 825). En conséquence, le juge Lamer a conclu que, puisque la question de l'identité était la question centrale du premier procès dans *Grdic*, et puisque le juge du procès avait un doute raisonnable au sujet de l'identité, le ministère public était préclus de remettre cette question en cause (p. 825-826). En résumé, si une question sous-jacente à un acquittement a été, pour quelque raison que ce soit, résolue en faveur de l'accusé relativement à une accusation, le ministère public ne peut subséquemment, relativement à des chefs d'accusation différents, soumettre des éléments de preuve qui vont à l'encontre de cette décision antérieure sur cette question.

[19] Par contre, la juge Wilson, dissidente, a exprimé l'avis que, puisque la décision du juge du procès dans *Grdic* procédait d'un doute raisonnable au sujet de l'identité et non de la conclusion de fait positive que l'identité n'avait pas été établie, le ministère public pouvait présenter une preuve relative à l'identité (p. 817-818).

[20] En résumé, tant le juge Lamer que la juge Wilson ont confirmé l'applicabilité en droit pénal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Tous deux y ont vu une règle empêchant la remise en cause d'une question ayant fait l'objet

only on whether the principle extended to issues resolved in the accused's favour on the basis of a reasonable doubt. The majority of the Court, *per* Lamer J., held that it did; the dissenting justices, *per* Wilson J., held that it did not. (Lamer J. and Wilson J. also differed on the limits of the fraud exception to issue estoppel; however, that issue does not arise in this appeal.)

[21] Some of the difficulty with the application of issue estoppel appears to find its genesis in a misreading of the majority in *Grdic* that the fact of an acquittal estops the Crown from relitigating *any* fact that was in issue in the first trial, whether or not it can be shown that the particular issue was decided in the accused's favour in the first case. The basis for this extension of the principle may lie in Lamer J.'s comment in *Grdic* that "[t]here are not different kinds of acquittals" (p. 825) — a comment made at the outset of his analysis in response to concerns about the trial judge's comments that one of the witnesses on identity must have committed perjury. Lamer J.'s concern appears to have been to rebut any suggestion that the acquittal was somehow tainted or not genuine, as a result of the finding of perjury. It was in this context that he stated that all acquittals are equal and that one cannot go behind them. Lamer J. then turned to *res judicata* and issue estoppel. The balance of the analysis focuses, not on the acquittal, but on whether the issue of identity had been decided in the first trial. Lamer J. expressly affirmed that a prior acquittal on a different charge "does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the issues raised in the first trial" (p. 825), limiting the scope of issue estoppel to "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal" (p. 825). Whether the Crown was estopped was discussed as dependent, not on the fact of an acquittal in a previous proceeding, but on whether the issue in question has been decided in the accused's favour in a previous proceeding. On the facts of *Grdic*, Lamer J. found

d'une décision favorable à l'accusé dans un procès antérieur. Ils n'ont différé d'opinion que sur l'application de la règle lorsque les décisions favorables à l'accusé procèdent d'un doute raisonnable. Le juge Lamer, au nom des juges majoritaires, a affirmé que la règle s'applique et la juge Wilson, exposant l'opinion des juges dissidents, a estimé qu'elle n'est pas applicable. (Les juges Wilson et Lamer divergeaient également d'opinion sur les limites de l'exception à la règle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en cas de fraude, mais cette question ne se pose pas en l'espèce.)

[21] Les problèmes d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée semblent provenir en partie d'une interprétation erronée de l'opinion majoritaire exprimée dans *Grdic*; selon cette interprétation, le fait de l'acquiescement interdit au ministère public de rouvrir le débat sur *tout* fait en cause dans un premier procès, peu importe que l'on puisse démontrer que la décision relative à ce fait était favorable à l'accusé. Cet élargissement du principe peut découler du commentaire du juge Lamer dans *Grdic*, selon lequel « [i]l n'existe pas différentes sortes d'acquiescements » (p. 825). Par ce commentaire ouvrant son analyse, le juge répondait aux préoccupations soulevées par l'affirmation du juge de première instance que l'un des témoins entendus relativement à la question de l'identité devait s'être parjuré. Le juge Lamer semble ainsi avoir voulu écarter toute idée que la conclusion qu'il y avait eu parjure viciait ou faussait en quelque sorte l'acquiescement. C'est dans ce contexte qu'intervient son affirmation que tous les acquiescements sont égaux et qu'il n'y a pas lieu d'aller au-delà d'un acquiescement. Le juge Lamer a ensuite entrepris l'analyse du principe de la chose jugée et de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le reste de son examen a porté, non pas sur l'acquiescement, mais sur la question de savoir s'il y avait eu décision sur l'identité lors du premier procès. Le juge Lamer a expressément indiqué qu'un acquiescement antérieur à l'égard d'une accusation différente « ne signifie pas qu'aux fins de l'application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées au premier procès » (p. 825), restreignant la portée de la préclusion découlant d'une question

that the issue of identity had been decided in favour of the accused in the first trial, based on a review of the record of the first trial, including the defence led, and the nature of the case (*Grdic*, at p. 826).

[22] To the extent that *Grdic* has been read as preventing the Crown from leading evidence on *any* issue raised in a previous trial that resulted in an acquittal, this is a misreading of the majority's holding. Only issues which were decided in the accused's favour, whether on the basis of a positive factual finding or a reasonable doubt, are the subject of issue estoppel.

[23] It is thus not every factual issue in the trial resulting in an acquittal which results in an estoppel at a subsequent trial, but only those issues which were expressly resolved or, given how the case was argued, had to be resolved for there to be an acquittal. If a particular issue was decided in favour of the accused at a previous trial, even if the issue was decided on the basis of reasonable doubt, issue estoppel applies. The determination of whether an issue was decided at a first trial, either expressly or necessarily as a prerequisite to an acquittal, must be based on a review of the relevant portions of the transcript of the first trial, in particular, the allegations, the nature of the Crown's case, and the defence's case: *Grdic*, at p. 826. The accused claiming issue estoppel bears the burden of showing that a particular issue was decided in his or her favour in a previous proceeding.

déjà tranchée à « toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement » (p. 825). Il a statué sur l'application de la préclusion au ministère public non pas en fonction de l'existence d'un acquittement dans une instance antérieure mais en se demandant si la question en cause avait été tranchée en faveur de l'accusé dans une instance antérieure. Compte tenu des faits, le juge Lamer a conclu, en se fondant sur le dossier du premier procès et, notamment, sur la défense présentée et la nature de l'affaire, que la question de l'identité avait fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors du premier procès (*Grdic*, p. 826).

[22] C'est à tort qu'on interprète la décision des juges majoritaires dans *Grdic* comme interdisant au ministère public de présenter une preuve sur *toute* question soulevée dans un procès antérieur ayant abouti à un acquittement. Seules les questions tranchées en faveur de l'accusé, par suite d'une conclusion de fait positive ou par l'opération d'un doute raisonnable, donnent lieu à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[23] Ainsi, ce ne sont pas toutes les questions de fait examinées dans un procès ayant mené à un acquittement qui donnent ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, mais seulement celles qui ont expressément été tranchées ou celles qui, compte tenu de la façon dont l'affaire a été plaidée, ont nécessairement dû être tranchées pour qu'il y ait acquittement. Si une question particulière a été tranchée en faveur de l'accusé dans un procès antérieur, même si la décision procède d'un doute raisonnable, la préclusion joue. Pour établir si une question a été expressément tranchée ou a nécessairement dû l'être pour qu'il y ait acquittement dans le premier procès, il faut examiner les passages pertinents de la transcription du procès, en particulier les allégations, la nature de la preuve du ministère public et la preuve de la défense (*Grdic*, p. 826). L'accusé qui invoque la préclusion fondée sur une question déjà tranchée a la charge de prouver qu'une question particulière a effectivement été tranchée en sa faveur lors d'une instance antérieure.

[24] In a one-issue trial, like *Grdic*, the effect of issue estoppel is that the Crown will normally be estopped from calling evidence about the central issue in the trial on a subsequent trial (subject to *Ollis*-exception situations as discussed below, where the Crown is not seeking to contradict the factual finding from the first trial). But in a more complex multi-issue trial, depending on the facts, the Crown may not be estopped on all issues. This is because the acquittal must have been based on only one factual issue, or because it may not be possible to discern which issue the acquittal is based on.

[25] In such a case, it may not be clear that the relevant issue was resolved in the accused's favour on the first trial. An example of a situation where issue estoppel did not apply, because it was not clear an issue was decided in the accused's favour in the first trial, can be seen in this Court's decision in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798. In *Gushue*, the Court considered whether issue estoppel applied where the accused had been acquitted of murder in the course of a robbery involving a co-accused, and was subsequently charged with the robbery. This Court held that issue estoppel did not apply to prevent the robbery charge from proceeding, because different theories of liability were left to the jury at the murder trial, with the effect that the acquittal on the murder charge did not necessarily require a finding of fact that the accused had not participated in a robbery (pp. 806-7).

[26] In summary, the majority reasons in *Grdic* stand for the following proposition. The Crown is estopped from leading evidence which is inconsistent with findings made in a previous trial, whether those findings were expressly made in the accused's favour or resolved on the basis of a reasonable doubt. Issue estoppel applies only to findings on a prior

[24] Lorsqu'une seule question était en cause dans le procès antérieur, comme dans l'affaire *Grdic*, la préclusion a normalement pour effet d'empêcher le ministère public de présenter des éléments de preuve se rapportant à cette question lors d'un procès subséquent (sous réserve des situations donnant ouverture à l'exception formulée dans *Ollis*, dont il sera question plus loin, où le ministère public ne cherche pas à contredire la conclusion factuelle du premier procès). Cependant, dans le cas d'un procès soulevant plusieurs questions, il est possible, compte tenu des faits, que le ministère public ne soit pas préclus à l'égard de toutes les questions. Il en va ainsi parce que l'acquittement doit avoir été fondé sur une seule question de fait ou parce qu'il peut être impossible de discerner la question ayant fondé l'acquittement.

[25] Dans un tel cas, il peut ne pas être évident que la question pertinente a été résolue en faveur de l'accusé lors du premier procès. L'arrêt de notre Cour *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798, fournit un exemple d'une situation dans laquelle la préclusion n'a pas joué parce que rien n'indiquait clairement que la question avait été résolue en faveur de l'accusé au premier procès. Dans cette affaire, notre Cour a examiné si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait dans le cas où l'accusé avait été acquitté d'un meurtre commis au cours d'un vol qualifié perpétré avec un coaccusé et avait ensuite été poursuivi pour vol qualifié. La Cour a statué qu'on ne pouvait invoquer cette préclusion pour empêcher la tenue du procès pour vol qualifié parce que différentes thèses avaient été présentées au jury relativement à la responsabilité criminelle lors du procès pour meurtre, de sorte que le verdict d'acquittement rendu n'impliquait pas nécessairement que le jury avait conclu à la non-participation de l'accusé au vol qualifié (p. 806-807).

[26] En résumé, les motifs de la majorité dans *Grdic* établissent le principe suivant. Le ministère public est préclus de soumettre une preuve incompatible avec les conclusions d'un procès antérieur, lorsque ces conclusions sont expressément favorables à l'accusé ou qu'elles sont fondées sur un doute raisonnable. La préclusion découlant d'une



trial (as held by Blair J.A. in this case). Further, the determination of whether an issue was decided at the first trial will be a factual issue at the second trial in each case. In my view, these propositions should be affirmed as correct statements of the law. Moreover, it should follow from these propositions that the Crown is permitted (absent the operation of the other rules of evidence) to lead evidence relating to issues litigated in an earlier proceeding: (1) if the issue was not decided in the accused's favour in the earlier proceeding; and (2) if the issue was decided in the earlier proceeding, but the Crown is not seeking to use the evidence to contradict the factual finding on that issue at the previous trial.

[27] On the issue of whether issue estoppel should operate retrospectively, I note that *Grdic* was clearly concerned with the relitigation of an issue that had, in a *previous* proceeding, been resolved in the accused's favour. This accords with the principle of issue estoppel, which has always been concerned with the relitigation of previously concluded issues. Neither Lamer J. nor Wilson J. suggested issue estoppel should operate retrospectively to result in evidence being redacted from the record on a prior trial. The concern for finality, one of the principles which underlies the doctrine of issue estoppel, is inconsistent with retroactive application of issue estoppel.

[28] On the issue of whether issue estoppel should extend to matters resolved on the basis of reasonable doubt, the majority reasons of Lamer J. in *Grdic* are sound and should be retained.

[29] First, to exclude issues resolved on the basis of reasonable doubt from the scope of issue estoppel gives insufficient weight to the principle that an accused should not be required to answer twice to the same allegations. Once a trial judge has

question déjà tranchée ne s'applique qu'à l'égard de conclusions formulées lors d'un procès antérieur (comme l'a affirmé le juge d'appel Blair en l'espèce). En outre, la question de savoir s'il y a eu décision sur une question lors du premier procès constitue chaque fois une question de fait dans le procès subséquent. À mon avis, il faut confirmer la justesse de ces énoncés du droit. Il devrait en outre s'ensuire que le ministère public est autorisé (sous réserve de l'application d'autres règles de preuve) à présenter des éléments de preuve se rapportant à une question en cause dans l'instance antérieure : (1) si la question n'a pas été tranchée en faveur de l'accusé dans cette instance ou (2) s'il y a eu décision sur la question dans l'instance antérieure sans que le ministère public cherche, par cette preuve, à contredire la conclusion de fait formulée sur cette question dans l'instance antérieure.

[27] S'agissant de déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut avoir un effet rétrospectif, je relève que l'arrêt *Grdic* portait clairement sur la remise en cause d'une question qui, lors d'une instance *antérieure*, avait fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé et qu'en cela, il allait dans le sens de cette doctrine, qui a toujours porté sur la remise en cause de questions antérieurement résolues. Ni le juge Lamer ni la juge Wilson n'ont laissé entendre que cette préclusion pourrait, rétrospectivement, entraîner le retrait d'éléments de preuve du dossier de l'instance antérieure. L'application rétroactive de la préclusion est incompatible avec l'un des principes fondamentaux de cette doctrine, le principe du caractère définitif des décisions.

[28] Sur la question de savoir si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée doit englober les questions résolues par opération du doute raisonnable, les motifs majoritaires du juge Lamer dans *Grdic* sont bien fondés et doivent être maintenus.

[29] Premièrement, exclure les questions résolues par opération du doute raisonnable de la portée de la préclusion découlant de questions déjà tranchées ne confère pas assez d'importance au principe voulant qu'un accusé n'ait pas à se défendre deux fois

concluded that the Crown has failed to prove a factual issue, the matter is decided against the Crown, and the Crown should be estopped from relitigating it. It should not matter whether the Crown failed to prove the fact because the trial judge had a reasonable doubt, or because the trial judge expressly found against the fact the Crown is trying to prove. The burden on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt is a fundamental aspect of our criminal justice system. The Crown should not be able to look to the standard of proof as an excuse to relitigate matters.

[30] Second, to exclude issues resolved on the basis of a reasonable doubt from the scope of issue estoppel gives insufficient weight to the value of finality in litigation. Trial judges, charged with the duty of determining whether the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt, frequently state their findings in terms of having a reasonable doubt about an issue. If having a reasonable doubt on a particular issue is not held to be a conclusive finding of fact, then very few issues will fall within issue estoppel's ambit, and the ends of finality will be poorly served.

[31] I conclude that, properly understood, issue estoppel in Canadian criminal law operates to prevent the Crown from relitigating an issue that has been determined in the accused's favour in a prior criminal proceeding, whether on the basis of a positive finding or reasonable doubt.

[32] Subsequent cases, however, have read the principle of issue estoppel more broadly. This overbroad reading is the primary source of the difficulties that currently attend the rule.

[33] The most significant extensions of the traditional rule of issue estoppel are first, the view that it operates to bar the Crown from leading evidence

des mêmes allégations. Lorsqu'un juge du procès a déterminé que le ministère public n'a pas prouvé un fait, il rend une décision défavorable au ministère public, et celui-ci ne devrait pas être admis à remettre la question en cause. Il est sans importance que le ministère public n'ait pas réussi à établir le fait parce que le juge du procès avait un doute raisonnable ou parce qu'il a écarté expressément le fait que le ministère public tentait de prouver. L'obligation du ministère public de prouver ses allégations hors de tout doute raisonnable est un aspect fondamental de notre système de justice criminelle. Le ministère public ne devrait pas pouvoir invoquer la norme de preuve pour justifier des remises en cause.

[30] Deuxièmement, exclure les questions résolues par opération du doute raisonnable de la portée de la préclusion découlant de questions déjà tranchées ne confère pas assez d'importance au principe du caractère définitif des décisions. Souvent, les juges appelés à déterminer si le ministère public a prouvé ses allégations hors de tout doute raisonnable expriment leurs conclusions en disant qu'il subsiste un doute raisonnable sur une question. Si un doute raisonnable sur une question particulière n'est pas considéré comme une conclusion de fait définitive, très peu de questions donneront ouverture à la préclusion découlant de questions déjà tranchées et les fins du principe du caractère définitif des jugements seront mal servies.

[31] Je conclus que si elle est bien interprétée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pour effet, en droit pénal canadien, d'empêcher le ministère public de remettre en cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure, que la décision repose sur une conclusion positive ou sur un doute raisonnable.

[32] Toutefois, la jurisprudence subséquente a donné à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée une interprétation plus large, à laquelle sont principalement attribuables les difficultés que pose maintenant l'application de la règle.

[33] Les extensions les plus importantes apportées à la règle traditionnelle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont, premièrement, la

on *any* issue raised in a prior trial which resulted in an acquittal; and second, the view that it can operate retrospectively to bar or require the redaction of evidence from a first trial, where there is an acquittal on a subsequent charge involving evidence led at the first trial, as is argued in this appeal: *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (Ont. C.A.); *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xviii; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.). As to the first issue, as is discussed above at paras. 18-26, issue estoppel does *not* mean that every piece of evidence led in a first trial which leads to an acquittal is inadmissible in a subsequent trial on another matter. Only issues that were either necessarily resolved in favour of the accused as part of the acquittal, or on which findings were made (even if on the basis of reasonable doubt) are estopped. This would usually include the central issue in the case if it is a one-issue case, or particular issues in a multi-issue case, *if* the court at the second trial can discern from reviewing the transcript that a finding was made on a particular issue, even if on the basis of reasonable doubt.

[34] As to the second issue, issue estoppel should not be understood to operate retrospectively. Nowhere in *Grdic* does Lamer J. suggest that acquittal in a subsequent trial would require a retrospective review of previous trials to determine if evidence led by the Crown in the second trial which resulted in an acquittal had been led in the first trial. Nor does he suggest that if such evidence had been led, it would be deemed retrospectively to have been improperly received, requiring a new trial.

conception qu'elle a pour effet d'empêcher le ministère public de présenter une preuve sur *toute* question soulevée dans un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement et, deuxièmement, la conception qu'elle peut avoir une portée rétrospective et rendre inadmissibles des éléments de preuve présentés dans un procès antérieur ou nécessiter leur retrait du dossier, lorsqu'un acquittement est prononcé dans un procès subséquent où sont présentés des éléments de preuve qui avaient été soumis lors de l'instance antérieure, comme on le prétend en l'espèce : *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (C.A. Ont.); *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xviii; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.). Pour ce qui est de la première extension, comme je l'ai indiqué aux par. 18 à 26, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée *ne* signifie *pas* que chaque élément de preuve soumis dans un procès aboutissant à un acquittement est inadmissible dans un procès subséquent portant sur autre chose. Seules sont frappées de préclusion les questions qui ont nécessairement dû être résolues en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement ou qui ont donné lieu à des conclusions (même sur le fondement du doute raisonnable). Cela comprend habituellement la question centrale du procès lorsqu'il n'y en a qu'une ou des questions particulières lorsque le procès soulevait plusieurs questions, *si* le tribunal dans le deuxième procès est en mesure, à l'examen de la transcription, de constater l'existence d'une conclusion formulée à l'égard d'une question particulière, même sur le fondement d'un doute raisonnable.

[34] En ce qui concerne la seconde extension, il ne faut pas conférer une application rétrospective à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Nulle part dans l'arrêt *Grdic* le juge Lamer n'indique qu'un verdict d'acquittement rendu dans un procès subséquent entraîne le réexamen rétrospectif de procès antérieurs afin de déterminer si le ministère public a présenté dans un procès aboutissant à l'acquittement des éléments de preuve qui avaient été soumis lors du procès précédent. Il n'indique pas non plus que, dans un tel cas, ces éléments seraient rétrospectivement réputés avoir été admis irrégulièrement en preuve et qu'il faudrait ordonner un nouveau procès.

[35] Having defined the proper scope of the principle of issue estoppel, I turn to the arguments advanced by proponents of the abolition of issue estoppel in criminal cases.

*B. Is the Principle of Issue Estoppel Necessary to the Criminal Law?*

[36] The first argument by proponents of eliminating issue estoppel from criminal law is that issue estoppel is not necessary, because other doctrines sufficiently address the concerns behind issue estoppel.

[37] Taking the principle of issue estoppel as a principle against relitigation of concluded issues, as advocated in these reasons, the question is whether, on the trial of an accused for an offence, the Crown can lead evidence capable of contradicting facts previously found in the accused's favour at an earlier trial. In my view, the principle prohibiting such relitigation remains essential to a fair, effective and respected criminal justice system.

[38] Like most principles of criminal law that have been repeatedly endorsed by the Court, issue estoppel has been sustained over the years because, whatever its problems, it serves the ends of justice. Issue estoppel serves three purposes, all integral to a fair criminal justice system: (1) fairness to the accused who should not be called upon to answer questions already determined in his or her favour; (2) the integrity and coherence of the criminal law; and (3) the institutional values of judicial finality and economy. While these three purposes have strong counterparts in the civil law context, they take on particular nuances in the criminal sphere. With that in mind, I will consider each in turn.

[39] In my view, it is clear that fairness to the accused requires that an accused should not be

[35] Ayant circonscrit la portée véritable de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, j'aborde les arguments soumis par les tenants de l'abolition de cette préclusion en droit pénal.

*B. Le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est-il nécessaire en droit pénal?*

[36] Ceux qui proposent l'élimination, en droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée invoquent d'abord son inutilité, en soutenant que d'autres doctrines sont suffisantes pour résoudre les problèmes que la préclusion permet de résoudre.

[37] Si l'on tient pour acquis, comme je le préconise ici, que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée établit le principe de la non-remise en cause de questions résolues, il faut se demander si le ministère public peut, dans le procès d'un accusé, soumettre une preuve susceptible de contredire des faits sur lesquels il y a eu conclusion favorable à l'accusé lors d'un procès antérieur. À mon avis, le principe qui interdit une telle remise en cause demeure essentiel pour l'équité, l'efficacité et l'honorabilité d'un système de justice criminelle.

[38] Comme la plupart des principes de droit pénal qui ont à maintes reprises reçu l'approbation de notre Cour, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été maintenue au cours des ans parce que, quels que puissent être les difficultés qu'elle suscite, elle sert les fins de la justice. Elle poursuit trois objectifs, tous indispensables à l'équité du système de justice criminelle : (1) l'équité envers l'accusé, qui ne doit pas avoir à répondre à des questions déjà tranchées en sa faveur, (2) l'intégrité et la cohérence du droit pénal et (3) les valeurs institutionnelles que sont le caractère définitif des jugements et l'économie des ressources judiciaires. Ces objectifs, qui sont aussi fortement ancrés dans le contexte du droit civil, revêtent en droit pénal des aspects particuliers. Je les examinerai tour à tour en gardant cela à l'esprit.

[39] Il est clair, à mon sens, que l'équité envers l'accusé exige que ce dernier n'ait pas à répondre à

called upon to answer allegations of law or fact already resolved in his or her favour by a judicial determination on the merits. This is the most compelling rationale for retaining issue estoppel in criminal law, as it goes to the core tenets of our criminal justice system. The state has the right to charge an accused and to prove the facts at a trial of the charge. If a judge or jury conclusively decides a fact in favour of the accused, including via a finding of a reasonable doubt on an issue, then the accused should not be required in a subsequent proceeding to answer the same allegation. To require, in effect, a second defence of the issue would be to violate the fundamental function of *res judicata*.

[40] Other rules of criminal law do not completely meet the fairness concern of not requiring the accused to answer factual and legal issues (short of the ultimate verdict) that have been resolved in his or her favour in a previous proceeding.

[41] The plea of *autrefois acquit* applies only to the final verdict, not to specific, underlying elements of the Crown's case.

[42] The remedy of abuse of process may or may not provide protection against relitigation of a particular issue. Abuse of process is a broad, somewhat vague concept, that varies with the eye of the beholder. Traditionally, it has been reserved for obviously egregious abuses of the Crown power, and this Court has said that successful reliance upon the doctrine will be extremely rare — only in “a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases”: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 120. To date, the doctrine has not been much used to protect against relitigation, and indeed there is authority for the proposition that relitigation, without more, simply does not reach the threshold required for a finding of abuse of process: *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), at pp. 1492-93. To protect parties from relitigation,

des allégations de droit ou de fait déjà résolues en sa faveur dans une décision judiciaire au fond. Il s'agit là de la justification la plus impérieuse du maintien, dans le droit pénal, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée puisqu'elle concerne un précepte essentiel de notre système de justice pénale. L'État a le droit de porter des accusations et d'apporter la preuve des faits à l'instruction du procès. Si un juge ou un jury rend une décision définitive en faveur de l'accusé sur un fait, notamment une décision fondée sur un doute raisonnable, l'accusé ne devrait pas avoir à répondre à la même allégation dans une instance subséquente. Ce serait faire violence à la fonction fondamentale du principe de la chose jugée que d'exiger de l'accusé qu'il se défende à nouveau contre l'allégation.

[40] D'autres règles du droit pénal ne correspondent pas complètement à l'objectif d'équité qui écarte l'obligation, pour l'accusé, de répondre à des questions de fait et de droit (autres que le verdict final) tranchées en sa faveur dans une instance antérieure.

[41] Le moyen de défense d'*autrefois acquit* ne s'applique qu'au verdict final, non à des éléments particuliers sous-jacents à la preuve du ministère public.

[42] Le recours à l'abus de procédures peut offrir ou ne pas offrir une protection contre la remise en cause d'une question particulière. L'abus de procédure reste une vaste notion, plutôt vague, qui varie d'une personne à l'autre. Historiquement, elle ne s'est appliquée qu'aux manifestations les plus flagrantes d'abus du pouvoir du ministère public, et notre Cour a précisé qu'elle ne pourrait être invoquée avec succès que dans de très rares cas — uniquement « lorsque la situation est à ce point viciée qu'elle constitue l'un des cas les plus manifestes » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 120. À ce jour, ce recours n'a pas été beaucoup utilisé contre les remises en cause; d'ailleurs, des sources permettent d'affirmer que la remise en cause, sans plus, ne suffit tout simplement pas pour justifier une conclusion d'abus de procédures : *Bradford & Bingley Building Society c. Seddon*,

abuse of process would need to be cast in a less discretionary form than it now takes. Therefore, considering the high threshold for proof and the unpredictability of its operation, it is unlikely that the doctrine of abuse of process adequately achieves the fairness goal that underlies the doctrine of issue estoppel.

[43] The rules of evidence restricting character evidence and evidence of similar facts are also unlikely to fully achieve the fairness goal that underlies the doctrine of issue estoppel. In the first place, they cover a limited number of the determinations on factual and legal issues that are covered by issue estoppel. Character is clearly only one of many factual matters that may fall to be proved in support of a charge. It is also problematic that an issue decided in a prior trial may not be similar in the sense of the similar fact rule, which focuses on a pattern of criminal conduct going to the essence of the criminal act alleged. Discrete factual issues, such as the issue of identity in *Grdic*, may not fit within the similar fact rule.

[44] The rules of evidence restricting character and similar fact evidence, moreover, are highly discretionary. While the burden is on the Crown to prove admissibility, as a tactical matter, an accused will feel a burden to make some case for why the evidence should not be admitted. The admissibility of similar fact evidence, for example, depends on balancing the probative value of the evidence against the prejudice it may cause to the accused. The accused, to keep the evidence out, would normally attempt to cast doubt on its probative value or show unfair prejudice. Despite the burden being on the Crown, therefore, the accused is in effect called upon to make a case against evidence on a factual issue that has already been resolved in his or her

[1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), p. 1492-1493. Pour offrir une protection contre la remise en cause, les règles relatives à l'abus de procédures devraient revêtir une forme moins discrétionnaire qu'à présent. Compte tenu de ses exigences de preuve élevées et de l'imprévisibilité de son application, il est donc peu probable que la doctrine de l'abus de procédure puisse permettre la réalisation de l'objectif d'équité sur lequel repose la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[43] Étant donné les restrictions qu'elles prévoient, il est également peu probable que les règles régissant la preuve de moralité et la preuve de faits similaires permettent l'entière réalisation de l'objectif d'équité qui sous-tend la doctrine de la préclusion. D'abord, ces règles ne s'appliquent qu'à un nombre limité de décisions relatives à des questions de fait ou de droit susceptibles de donner ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. À l'évidence, la moralité n'est qu'une des nombreuses questions de fait que le ministère public peut avoir à prouver à l'appui d'une accusation. Il y aura également un problème si une question tranchée lors d'un procès antérieur n'est pas similaire au sens des règles régissant la preuve de faits similaires — qui mettent l'accent sur des habitudes criminelles se rapportant à l'essence de l'acte criminel allégué. Les questions de fait distinctes, comme celle de l'identité dans *Grdic*, peuvent ne pas cadrer avec les règles régissant la preuve de faits similaires.

[44] En outre, les règles de preuve applicables à la preuve de moralité et à la preuve de faits similaires sont assujetties à des restrictions très discrétionnaires. Bien qu'il incombe au ministère public de démontrer l'admissibilité d'un élément de preuve, il se peut qu'au plan stratégique, l'accusé se sente tenu d'en plaider l'inadmissibilité par quelque moyen. La preuve de faits similaires, par exemple, n'est admise que si sa valeur probante s'avère plus importante que le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé. Pour faire échec à cette preuve, l'accusé doit habituellement tenter de soulever un doute sur sa valeur probante ou démontrer qu'elle lui causera un préjudice inéquitable. En conséquence, bien que la charge de la preuve repose sur le ministère

favour. The complete protection offered by issue estoppel against having to relitigate factual issues already resolved in the accused's favour is lacking.

[45] The second goal served by issue estoppel is the integrity and coherence of the criminal process. Inconsistent verdicts are guarded against by the *res judicata* doctrines of *autrefois convict* and *autrefois acquit*. However, the criminal law abhors not only inconsistent verdicts, but inconsistent findings on specific issues. Inconsistent findings raise concerns about the fairness of the ultimate verdict and the integrity and coherence of the justice system as a whole. *Autrefois acquit* and the rules restricting similar fact evidence cannot guard against inconsistent findings with the same certainty, rigour and scope as does issue estoppel.

[46] The third goal served by issue estoppel is preservation of the related institutional values of judicial finality and economy. Judicial finality and economy are essential to preserving confidence in the justice system. Criminal proceedings should not go on longer than necessary. Once factual issues are determined one way or the other, they should be deemed finally determined, subject to appeal. Relitigation should not be permitted. This rule is consistent with the Crown's duty to be diligent in garnering evidence and pursuing its case; the Crown will be encouraged in its duty by the knowledge that it will not be permitted a second chance.

[47] I conclude that issue estoppel serves important goals in the criminal process — goals that are not fully achieved by other doctrines and rules of evidence. Issue estoppel remains a useful and, indeed, necessary part of our criminal law system.

public, l'accusé est obligé, dans les faits, de réfuter un élément de preuve relatif à une question de fait qui a déjà été résolue en sa faveur. L'accusé n'a plus la protection complète que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui assure contre la remise en cause de questions de fait ayant fait l'objet de décisions qui lui sont favorables.

[45] Le deuxième objectif de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est l'intégrité et la cohérence du processus pénal. Les moyens de défense d'autrefois convict et d'autrefois acquit relevant du principe de la chose jugée offrent une protection contre les verdicts incompatibles. Toutefois, le droit pénal a horreur non seulement des verdicts incompatibles mais également des conclusions contradictoires sur des questions particulières. Les conclusions contradictoires font douter de l'équité du verdict final et de l'intégrité et de la cohérence du système de justice dans son ensemble. Le moyen de défense d'autrefois acquit et les règles restreignant la preuve de faits similaires n'offrent pas, à l'égard des conclusions contradictoires, une protection aussi certaine, solide et étendue que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[46] Le troisième objectif de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est la préservation des valeurs institutionnelles connexes que sont le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources judiciaires. Ces valeurs sont essentielles au maintien de la confiance envers le système de justice. Les instances criminelles ne devraient pas se poursuivre indûment. Dès que les questions factuelles ont été résolues, elles doivent être considérées comme définitivement réglées, sous réserve d'un appel. La remise en cause ne doit pas être permise. Cette règle s'accorde avec l'obligation du ministère public de faire diligence pour recueillir et présenter sa preuve, une obligation dont il s'acquittera d'autant mieux qu'il saura qu'il n'y aura pas de seconde chance.

[47] J'estime que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sert d'importantes fins dans le processus pénal, des fins dont d'autres doctrines et règles de preuve ne permettent pas la réalisation intégrale. Cette préclusion demeure un instrument

A simple, clear rule is required to prevent issues established in one criminal proceeding from being relitigated in a subsequent proceeding. All would agree that an accused should not be required to defend himself against the same allegations twice; that inconsistent findings on matters of fact are abhorrent to the criminal law; and that finality and economy are important institutional values in the administration of justice. Adequate protection of these goals requires, at a minimum, a rule that issues determined in one criminal trial cannot be relitigated in a subsequent criminal trial.

### C. *Coherence With Basic Tenets of Criminal Law*

[48] The second argument raised against issue estoppel is that it does not fit well with the fundamental criminal law concepts.

[49] The requirements of issue estoppel, whether in civil or criminal law, are: (i) that the same question has been decided; (ii) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (iii) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 254, *per* Dickson J. (as he then was), adopting a statement by Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at p. 935.

[50] My colleague Charron J. argues that none of the three requirements of issue estoppel fit well in the criminal law context. It follows, she suggests, that the concept has no place in criminal law and should be abandoned.

[51] The “lack of fit” identified by my colleague may result more from the breadth that Canadian law post-*Grdic* has conferred on the concept of

utile et, certes, nécessaire dans notre système de droit pénal. Il faut une règle simple et claire interdisant de remettre en cause, dans une instance criminelle, une question qui a été réglée antérieurement. Tous s'accordent pour dire qu'un accusé ne doit pas avoir à se défendre deux fois contre la même allégation, que le droit pénal a horreur des conclusions contradictoires sur des questions de fait et que le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources judiciaires constituent des valeurs institutionnelles importantes dans l'administration de la justice. Pour protéger adéquatement ces valeurs, il faut à tout le moins une règle interdisant la remise en cause dans un procès criminel de questions réglées dans une instance criminelle antérieure.

### C. *Harmonie avec les principes fondamentaux du droit pénal*

[48] Le deuxième argument invoqué à l'encontre de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est qu'elle ne cadre pas bien avec les notions fondamentales de droit pénal.

[49] Les exigences applicables à cette préclusion, en matière civile ou criminelle, sont les suivantes : (i) que la même question ait été décidée; (ii) que la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion soit finale; et (iii) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée, ou leurs ayants droit : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 254, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), reprenant un énoncé de lord Guest dans *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), p. 935.

[50] Ma collègue la juge Charron affirme qu'aucune de ces trois exigences n'est adaptée au contexte du droit pénal et qu'en conséquence, le concept n'a pas sa place en droit pénal et devrait être abandonné.

[51] Il se peut que cette « inadéquation » dont parle ma collègue résulte davantage de la portée que ce concept a acquise en droit canadien après



issue estoppel than from the concept itself. I would argue that, if issue estoppel is understood simply as a rule preventing relitigation of decided issues, it works well within the criminal law context.

[52] The first requirement for a claim of issue estoppel is that the issue has been decided in a prior proceeding. This requires the court in the second trial to decide whether the issue the Crown is seeking to prove is the same as an issue resolved in the accused's favour in a prior criminal proceeding. The onus of establishing this is on the accused who seeks to bar proof of the issue alleged to have already been resolved. To establish this, the accused must show that the question was or must necessarily have been resolved on the merits in the accused's favour in the earlier proceeding. It is not enough to show that the evidence was led in the earlier proceeding and an acquittal entered. It must be a necessary inference from the trial judge's findings or from the fact of the acquittal that the issue was in fact resolved in the accused's favour. This approach is consistent with how the requirement is applied in civil cases. It should be remembered that we are not dealing with *res judicata* which focuses on the fact of acquittal, but on issue estoppel — whether a particular *issue* has already been resolved in favour of the accused.

[53] This narrow compass does not render issue estoppel useless. Most criminal trials are held before judges alone. Judges are required to give reasons showing how they arrived at their verdict. This involves making findings on critical issues. Issue estoppel means that these findings must be accepted and cannot be relitigated in a subsequent trial, unless set aside on appeal. Where the first proceeding was before a jury which renders a verdict of acquittal, it may be more difficult to determine whether a particular issue was resolved in favour of the accused. The question is whether a finding in favour of the accused is logically necessary to the verdict of acquittal — a question to be

l'arrêt *Grdic* que du concept lui-même. Selon moi, si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est simplement interprétée comme une règle empêchant la remise en cause de questions réglées, elle s'intègre bien au droit pénal.

[52] Pour que cette préclusion puisse être invoquée, il faut d'abord que la question ait été tranchée dans une instance antérieure. Le tribunal instruisant le deuxième procès doit déterminer si la question à l'égard de laquelle le ministère public veut présenter une preuve est identique à celle qui avait donné lieu à une décision favorable à l'accusé dans l'instance criminelle antérieure. C'est à l'accusé qui cherche à empêcher la présentation de cette preuve qu'il incombe de démontrer que la question aurait déjà été réglée. Pour ce faire l'accusé doit démontrer que la question a été ou doit nécessairement avoir été réglée au fond en sa faveur dans l'instance antérieure. Il ne suffit pas d'établir que la preuve a été soumise dans l'instance antérieure et qu'un acquittement a été prononcé. Les conclusions du juge du procès ou l'acquittement doivent nécessairement impliquer que la question a bien été tranchée en faveur de l'accusé. Cette approche correspond à l'application de cette exigence en matière civile. Il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas ici du principe de la chose jugée — qui met l'accent sur le fait qu'il y a eu acquittement — mais de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui pose la question de savoir si une *question* particulière a déjà été résolue en faveur de l'accusé.

[53] L'étroitesse de son champ d'application ne rend pas cette préclusion inutile. La plupart des procès criminels sont instruits par des juges seuls, qui doivent fournir des motifs indiquant la démarche suivie pour arriver au verdict. Ils doivent donc formuler des conclusions au sujet des questions fondamentales. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pour effet d'imposer la reconnaissance de ces conclusions et d'empêcher leur remise en cause dans un procès subséquent, à moins qu'elles ne soient infirmées en appel. Si le procès antérieur s'est tenu devant un jury qui a un verdict d'acquittement, il peut être plus difficile de déterminer si une question particulière a été résolue

determined with reference to the essential elements of the verdict.

[54] In jury trials, it may be harder to rely on issue estoppel, because in some cases it will be harder for the accused at the subsequent trial to establish what issues were decided in his or her favour at the first trial. As noted above, the determination of whether a fact was decided at the first trial will be a factual issue at the second trial in each case. In a one-issue trial, it may be easier to find an issue estoppel on the central issue at trial. In a multi-issue trial, it may be more difficult. But that does not mean that issue estoppel should be removed from the criminal law. On a civil trial by jury, it may similarly be difficult to determine whether the jury resolved a particular issue in favour of the party asserting issue estoppel. But we do not infer from the practical difficulty of proof that the doctrine should be removed from the civil law.

[55] The second requirement of issue estoppel is that the judicial decision which is said to create the estoppel be final. Findings on particular issues at trial are final, unless overturned on appeal. This applies equally in civil trials and criminal proceedings. There is no concern on this count with “lack of fit” with criminal law principles.

[56] The third requirement of issue estoppel is mutuality — that the parties to the two proceedings at issue are the same. Where issue estoppel is raised by the accused against the Crown, it is in complete harmony with other criminal law principles. If the second trial is a criminal proceeding, the parties are always the same — the Crown and the

en faveur de l'accusé. Il faut alors se demander si le verdict d'acquiescement suppose logiquement l'existence d'une conclusion favorable à l'accusé, et la réponse doit tenir compte des éléments essentiels du verdict.

[54] Il se peut que les procès par jury compliquent le recours à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, parce que dans certains cas, il sera plus ardu pour l'accusé, lors du procès subséquent, d'établir les questions qui ont été tranchées en sa faveur lors du procès antérieur. Comme je l'ai indiqué, la question de savoir s'il a été statué sur une question au procès antérieur constitue chaque fois une question de fait dans le procès subséquent. Lorsque le procès ne soulève qu'une question, il peut être plus facile de conclure à la préclusion à l'égard de la question fondamentale du procès, mais cette conclusion est plus difficile à tirer lorsque plusieurs questions sont en cause. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille écarter du droit pénal la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il peut également être difficile, dans un procès civil par jury, de déterminer si le jury a résolu une question particulière en faveur de la partie invoquant la préclusion. Mais cette difficulté pratique de preuve ne nous permet pas de conclure qu'il faut supprimer cette doctrine du droit civil.

[55] La deuxième exigence applicable à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte sur le caractère définitif de la décision judiciaire invoquée comme source de la préclusion. Les conclusions formulées à l'égard de questions particulières dans un procès sont définitives à moins qu'elles ne soient infirmées en appel. Ce principe vaut autant pour les instances civiles que pour les instances criminelles. À cet égard, il n'y a pas à craindre d'« inadéquation » avec les principes du droit pénal.

[56] La troisième exigence est celle de la réciprocité, et elle suppose que les parties aux deux instances soient les mêmes. Lorsque l'accusé invoque la préclusion à l'encontre du ministère public, l'harmonie avec les principes du droit pénal est entière. Si la seconde instance est un procès criminel, les parties sont toujours les mêmes — le

particular accused person. Allowing the accused to claim issue estoppel as to matters resolved in the accused's favour at the first trial poses no problems. If the second trial is not a criminal proceeding but an administrative proceeding, mutuality will not be met and the accused will not be able to raise a prior finding in his favour by way of issue estoppel: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. The same would appear to apply at a subsequent tort trial based on the same events as a prior criminal trial where the accused was convicted. None of these results distort or strain the criminal law.

[57] Mutuality, at its most basic level, simply means that the parties in the two proceedings must be the same: see *C.U.P.E.*; H. Stewart, "Issue Estoppel and Similar Facts" (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382, at p. 383. It has sometimes been understood, however, in the broader sense of requiring that the principle of issue estoppel apply to both parties in identical fashion. In this sense, mutuality has never been part of Canadian criminal law, which recognizes that the presumption of innocence and the requirement that the Crown must prove every element of its case beyond a reasonable doubt trump issue estoppel. Where the Crown seeks to estop an accused from contesting this innocence based on decisions against the accused in prior criminal proceedings, the claim for estoppel will fail. To permit the Crown to rely on issue estoppel in these circumstances would offend the presumption of innocence and the requirement that the Crown in a criminal proceeding bears the burden of proving its case beyond a reasonable doubt.

[58] Canadian law has met the conflict that can occasionally arise between criminal law principles of presumed innocence and the Crown's burden on the one hand, and the general rule that issue estoppel applies in the same way to both parties on the other, by concluding that in cases of conflict, the

ministère public et l'accusé en cause. Permettre à l'accusé de soutenir qu'il y a préclusion à l'égard de questions résolues en sa faveur lors du premier procès ne pose aucun problème. Si, dans le second procès, il s'agit d'une instance administrative et non d'un procès criminel, l'exigence de réciprocité ne sera pas remplie et l'accusé ne pourra invoquer la préclusion pour faire valoir que la question a été tranchée en sa faveur : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Il en irait sans doute de même si l'instance subséquente était une poursuite en responsabilité délictuelle fondée sur les mêmes incidents qu'un procès criminel antérieur ayant abouti à une déclaration de culpabilité. Aucun de ces résultats ne fausse le droit pénal ou n'y fait violence.

[57] À son niveau le plus élémentaire, la réciprocité signifie simplement que les parties aux deux instances doivent être les mêmes : voir *S.C.F.P.*; H. Stewart, « Issue Estoppel and Similar Facts » (2008), 53 *Crim. L.Q.* 382, p. 383. Toutefois, la notion a parfois été interprétée dans le sens plus large d'exigence que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique de façon identique aux deux parties. En ce sens, la réciprocité n'a jamais fait partie du droit pénal canadien, lequel reconnaît que cette préclusion doit céder le pas à la présomption d'innocence et à l'obligation du ministère public de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Le ministère public ne sera pas admis à opposer à un accusé cherchant à se prévaloir de cette présomption la préclusion découlant de décisions défavorables à l'accusé rendues dans une instance criminelle antérieure. Permettre au ministère public d'invoquer la préclusion dans de telles circonstances irait à l'encontre de la présomption d'innocence et de l'obligation faite au ministère public de soumettre en matière criminelle une preuve hors de tout doute raisonnable de la culpabilité.

[58] En droit canadien, le conflit qui peut parfois opposer les principes du droit pénal établissant la présomption d'innocence et la charge de preuve du ministère public, d'une part, et la règle générale selon laquelle la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique de la même façon aux

general criminal law principles prevail: *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555 (holding that the Crown is not estopped from seeking to admit a statement that was ruled inadmissible on a *voir dire* relating to an earlier trial). In England, the same difficulty has been resolved by stating that issue estoppel has no place in English criminal law: *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), at p. 349, *per* Viscount Dilhorne. The more circumscribed Canadian response seems entirely adequate and in my view does not support the conclusion that issue estoppel must be entirely excised from the criminal law.

[59] I conclude that issue estoppel, with the minor modification just discussed, fits well within the criminal context. Far from conflicting with criminal law principles, it supports concerns fundamental to the criminal law — fairness to the accused, integrity and coherence of the criminal process, and finality.

#### D. *Problems Associated With Applying Issue Estoppel in the Criminal Law*

[60] I now turn to the third argument raised against issue estoppel, that there are practical problems in its application which make it unworkable in criminal law.

[61] If issue estoppel is understood simply as preventing relitigation of issues resolved in the accused's favour on a prior trial, the problems associated with applying issue estoppel in the criminal context largely disappear. As discussed above, no insurmountable difficulties of principle arise. The remaining concern is that, in practice, applying issue estoppel in criminal cases may lead to inconsistencies and anomalies.

[62] One apparent anomaly involves what has become known as the *Ollis* exception (*R. v. Ollis*,

deux parties, d'autre part, se résout en faisant prévaloir les principes généraux de droit pénal : *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555 (statuant que le ministère public n'est pas préclus de présenter en preuve une déclaration qui avait été jugée inadmissible lors d'un voir-dire se rapportant à un procès antérieur). En Angleterre, on a résolu cette même difficulté en déclarant que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'a pas sa place en droit pénal anglais : *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), p. 349, le vicomte Dilhorne. La solution plus circonscrite retenue au Canada semble tout à fait adéquate et elle n'étaye pas, à mon avis, la conclusion qu'il faut retirer complètement du droit pénal la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[59] Je suis d'avis qu'avec la légère modification que nous venons d'examiner, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est bien adaptée au contexte criminel. Loin d'entrer en conflit avec les principes du droit pénal, elle va dans le sens de ses objectifs fondamentaux — l'équité envers l'accusé, l'intégrité et la cohérence du processus pénal et le caractère définitif des jugements.

#### D. *Problèmes d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit pénal*

[60] J'aborde maintenant le troisième argument invoqué à l'encontre de cette préclusion, à savoir qu'elle présente des problèmes d'application pratiques qui la rendent inutilisable en droit pénal.

[61] Ces problèmes d'application en droit pénal, toutefois, disparaissent en grande partie si cette préclusion est vue simplement comme une règle interdisant la remise en cause de questions résolues en faveur de l'accusé lors d'un procès antérieur. Comme je l'ai déjà expliqué, elle ne pose aucune difficulté insurmountable au plan des principes. Reste la crainte que son application, dans des affaires criminelles, n'entraîne des contradictions et des anomalies.

[62] Une anomalie apparente se rapporte à l'exception dite de l'arrêt *Ollis* (*R. c. Ollis*, [1900] 2

[1900] 2 Q.B. 758). This anomaly arises where the Crown seeks to lead evidence underlying a previous acquittal to establish the accused's state of mind in relation to a subsequent charge. It has been held in Canada that issue estoppel does not apply in this situation: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339. At first blush, this appears to create an anomaly.

[63] In *Arp*, Cory J. summarized the holding in *Ollis*, as follows, at para. 78:

... the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court [for Crown Cases Reserved] held that the evidence was properly admissible.

Cory J. concluded that the evidence of the prior acquittal was properly admitted in *Ollis*. The evidence was relevant to the state of mind of the accused at the time of the second offence, and did not seek to contradict the acquittal at the first trial. As Professor Stewart notes, at pp. 392-93:

On this understanding of *Ollis*, the rationale for admitting the evidence from the first trial was that it showed that when the accused wrote the cheque at issue in the second trial, he knew he would not have the funds to cover it. This rationale does not involve challenging the original acquittal; the acquittal, and the reasons for it, can be fully accepted, yet the facts surrounding the original allegation have probative value in the second trial. On this reading, *Ollis* does not involve issue estoppel because it involves accepting, rather than challenging, the outcome of the first proceeding. [Underlining added.]

[64] It might be argued that evidence that was accepted in the first case — that the accused did

Q.B. 758). Elle survient si le ministère public cherche à présenter un élément de preuve sous-jacent à un acquittement antérieur pour établir l'état d'esprit de l'accusé en relation avec une accusation subséquente. Au Canada, on a jugé que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas dans cette situation : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339. Au premier coup d'œil, cela semble créer une anomalie.

[63] Dans *Arp*, le juge Cory a résumé ainsi la décision rendue dans *Ollis*, par. 78 :

... l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la preuve était admissible.

Le juge Cory a conclu que la preuve de l'acquittement antérieur avait été admise à bon droit dans *Ollis*. L'élément de preuve portait sur l'état d'esprit de l'accusé au moment de la deuxième infraction, et sa présentation ne cherchait pas à contester l'acquittement prononcé à l'issue du premier procès. Comme le fait remarquer le professeur Stewart aux p. 392-393 :

[TRADUCTION] Si l'on interprète l'arrêt *Ollis* de cette façon, l'élément de preuve présenté au premier procès a été admis parce qu'il démontrait que lorsque l'accusé a libellé le chèque en cause au deuxième procès, il savait qu'il n'avait pas les fonds suffisants pour que l'effet soit honoré. Ce raisonnement n'implique pas de contestation de l'acquittement; le verdict d'acquittement et les motifs le sous-tendant peuvent être entièrement acceptés, mais les faits relatifs à l'allégation initiale peuvent présenter une valeur probante dans le deuxième procès. Interprétée de cette façon, la décision *Ollis* ne fait pas intervenir la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce qu'elle suppose l'acceptation des faits mis en preuve dans l'instance initiale, non leur contestation. [Je souligne.]

[64] Il est possible de soutenir que la preuve qui avait été acceptée au premier procès — que l'accusé

not know he lacked sufficient funds to cover the cheque — and led to an acquittal, was rejected in a second case, leading to a conviction. However, confining issue estoppel to its proper domain of preventing relitigation of issues resolved in favour of the accused in an earlier proceeding, yields a different result. In the first trial, the factual issue of state of mind was resolved in the accused's favour on the basis of his evidence that he thought he had sufficient funds. On the second trial, the evidence was called not to show that the earlier determination was in error, but to show that on the second occasion the accused could not have believed he had sufficient funds to cover the cheque, as he could not have made the same mistake twice. This rationale does not involve challenging the judicial determination in the first trial or in any way rejecting the findings at the first trial as to the accused's state of mind. The original acquittal, and the reasons for it, stand unimpeached. Yet, the facts on which it was based may have relevance in the second trial and can be admitted on that basis, without calling the first finding into question. As Cory J. noted in *Arp*, a careful jury instruction is required in these circumstances (para. 78).

[65] If the Crown is not trying to contradict the factual finding at the first trial, issue estoppel does not apply. The relevant question is whether the Crown is leading evidence which is inconsistent with the factual findings in the first trial (even if those findings were arrived at on the basis of reasonable doubt). A jury charge to this effect, coupled with a caution not to use the evidence underlying the prior acquittal to support reasoning that the accused in fact committed the offence for which he was previously acquitted, suffice to preserve the protections offered by the principle of issue estoppel, without rendering the trial unworkable.

ne savait pas que les fonds étaient insuffisants pour couvrir le chèque — et qui a mené à l'acquittement a été rejetée au deuxième procès, et a entraîné la déclaration de culpabilité. Toutefois, en limitant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à sa fonction propre, à savoir empêcher la remise en cause de questions ayant fait l'objet de décisions favorables à l'accusé dans une instance antérieure, on obtient un résultat différent. Au premier procès, la question factuelle de l'état d'esprit de l'accusé a été résolue en faveur de ce dernier sur le fondement de son témoignage affirmant qu'il pensait avoir des fonds suffisants. Au deuxième procès, la présentation de l'élément de preuve n'avait pas pour but d'établir que la décision antérieure était erronée, mais de démontrer que l'accusé ne pouvait avoir commis deux fois la même erreur et qu'il n'était donc pas possible que, la deuxième fois, il ait cru avoir suffisamment de fonds pour couvrir le chèque. Ce raisonnement ne fait intervenir aucune contestation de la décision judiciaire rendue au premier procès ni ne constitue un rejet de conclusions formulées lors de ce procès au sujet de l'état d'esprit de l'accusé. Le premier acquittement et les raisons le sous-tendant sont maintenus. Toutefois, les faits sur lesquels ils reposent peuvent être pertinents dans le deuxième procès et être admis en preuve pour cette raison sans que la première conclusion soit mise en doute. Comme le juge Cory l'a signalé dans *Arp*, il est alors nécessaire de donner au jury des directives minutieuses (par. 78).

[65] Si le ministère public ne cherche pas à contredire les conclusions de fait du premier procès, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne joue pas. Il faut se demander si le ministère public présente une preuve incompatible avec les conclusions de fait du premier procès (même si elles reposent sur un doute raisonnable). Il suffit, pour préserver la protection offerte par la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sans pour autant que le procès pose des problèmes insurmontables, de donner au jury des directives en ce sens et de le mettre en garde contre l'utilisation de la preuve sous-jacente à l'acquittement pour étayer l'argument que l'accusé a en fait commis l'infraction dont il a été acquitté auparavant.

[66] Another apparent difficulty is the so-called *Arp* anomaly. Issue estoppel holds that where an issue is decided in favour of the accused in a first trial that leads to an acquittal, evidence on that issue cannot be used as similar fact evidence in a subsequent trial. Yet, the similar fact rule permits evidence of similar facts to be called in a multi-count trial. This produces the following anomaly. If the issue on which the Crown seeks to lead similar fact evidence was determined in a previous trial ending in acquittal, it is inadmissible on a second trial. However, if the same fact is relevant to two offences being tried together, it may be admissible. What determines admissibility is not the nature of the evidence, but whether it has been the subject of a previous trial that led to an acquittal. At first glance, this does not seem right, since the evidence's admissibility turns on what will sometimes be arbitrary factors leading to consecutive rather than multi-count trials.

[67] In *Arp*, this Court, *per* Cory J., held that the principle of issue estoppel, as applied to previous acquittals, "has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment" (para. 79). However, uncertainty remains. Does this mean that the Crown can lead evidence regarding acts which have been the subject of acquittals as similar fact evidence in a subsequent trial? (See L. Stuesser, "Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence" (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.) Or is the ruling in error, as others have suggested? (See R. Mahoney, "Acquittals as Similar Fact Evidence: Another View" (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265; see also K. E. Wright, "Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply" (1994), 32 C.R. (4th) 301 (written before *Arp*.)

[66] Une autre difficulté apparente réside dans la prétendue anomalie de l'arrêt *Arp*. Selon le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, si une question donne lieu à une décision favorable à l'accusé dans un procès aboutissant à un acquittement, la preuve se rapportant à cette question ne peut être utilisée comme preuve de faits similaires dans un procès subséquent. Pourtant les règles régissant la preuve de faits similaires permettent la présentation d'une telle preuve dans un procès portant sur plusieurs chefs d'accusation. Cela entraîne l'anomalie suivante : si la question au sujet de laquelle le ministère public tente de présenter une preuve de faits similaires a été tranchée dans un procès antérieur ayant abouti à un acquittement, la preuve est inadmissible au procès subséquent. Toutefois, si le même fait est pertinent à deux infractions jugées ensemble, la preuve peut en être admise. L'admissibilité ne dépend pas de la nature de la preuve, mais bien de la question de savoir si elle a été présentée lors d'un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement. À première vue, un tel résultat peut paraître contestable puisque l'admissibilité de la preuve dépend de facteurs, parfois arbitraires, faisant en sorte qu'il y aura des procès successifs plutôt qu'un procès sur des chefs d'accusation multiples.

[67] Dans *Arp*, le juge Cory, au nom de cette Cour, a statué que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui s'applique dans les cas d'acquittement antérieur, « ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs » (par. 79). Cependant, l'incertitude demeure. Cela signifie-t-il que le ministère public peut, dans un procès subséquent, présenter une preuve de faits similaires se rapportant à des actes à l'égard desquels il y a eu acquittement? (Voir L. Stuesser, « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488.) Ou cette décision est-elle erronée, comme d'autres l'ont soutenu? (Voir R. Mahoney, « Acquittals as Similar Fact Evidence : Another View » (2003), 47 *Crim. L.Q.* 265; voir aussi K. E. Wright, « Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply » (1994), 32 C.R. (4th) 301 (antérieur à *Arp*.)

[68] It could be argued that *Arp* is in tension with the issue estoppel, as defined by Lamer J. in *Grdic*, because in a joint trial on multiple counts, the effect of *Arp* may be that the accused does not get the benefit of factual issues on which the jury has a reasonable doubt on one count. Nevertheless, the approach in *Arp* can be justified for three reasons.

[69] First, in the *Arp* situation, the finality concern of issue estoppel does not arise because the two (or more) matters are being tried together. There is no *prior* finding of fact.

[70] Second, the joint trial of multiple counts raises the problem of how to charge the jury if the law were to require that the evidence of one count be proven beyond a reasonable doubt before it could be used as similar fact evidence on another count. The general rule from *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, that individual pieces of evidence need not be proved on the reasonable doubt standard militates against holding (and charging a jury) that the evidence of one count cannot be used as similar fact evidence on another count unless the first count is proved beyond a reasonable doubt. Given the rationales for issue estoppel, the difference in result depending on the order in which charges are tried or whether they are tried together, is defensible in this context. The Court in *Arp* accepted this argument (at paras. 64-79) as the basis for distinguishing the multi-count indictment situation from the acquittal at a prior trial situation.

[71] Third, it has been suggested that the so-called *Arp* anomaly can be resolved with a jury instruction (see Stewart, at p. 396). To satisfy the

[68] Il est possible de soutenir que l'arrêt *Arp* entre en conflit avec la préclusion découlant d'une question déjà tranchée telle que l'a définie le juge Lamer dans *Grdic* parce que, dans un procès conjoint portant sur de multiples chefs d'accusation, *Arp* peut avoir pour effet de priver l'accusé du bénéfice de questions de fait soulevant un doute raisonnable dans l'esprit du jury relativement à un chef d'accusation. La démarche retenue dans *Arp* se justifie néanmoins pour trois raisons.

[69] Premièrement, dans des circonstances comme celles de *Arp*, il n'y a pas lieu de s'inquiéter pour le caractère définitif des jugements auquel répond la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les deux questions (ou plus) sont instruites ensemble. Il n'existe aucune conclusion de fait *antérieure*.

[70] Deuxièmement, l'instruction conjointe de plusieurs chefs d'accusation pose le problème des directives à donner au jury si le droit exige que la preuve se rapportant à un chef d'accusation soit établie hors de tout doute raisonnable avant de servir comme preuve de faits similaires à l'égard d'un autre chef. Le principe général formulé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, selon lequel il n'est pas nécessaire que chaque élément individuel de preuve soit établi hors de tout doute raisonnable, milite contre l'affirmation (et les directives à donner au jury) que la preuve relative à un chef d'accusation ne peut être présentée à titre de preuve de faits similaires à l'égard d'un autre chef à moins d'avoir été établie hors de tout doute raisonnable. Étant donné les raisons d'être de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le résultat différent obtenu selon l'ordre dans lequel les accusations sont instruites ou selon qu'elles sont ou non instruites en même temps peut se justifier dans ce contexte. Dans *Arp*, notre Cour a retenu cet argument (aux par. 64 à 79) pour fonder la distinction entre la situation où il y a procès sur des chefs d'accusation multiples et celle de l'acquiescement prononcé à un procès antérieur.

[71] Troisièmement, on a fait valoir qu'une directive au jury pouvait remédier à la prétendue anomalie de l'arrêt *Arp* (voir Stewart, p. 396). Pour



principle of issue estoppel where one trial follows another, what must be avoided at the second proceeding is reliance on issues that have earlier been resolved in the accused's favour. It follows that in a trial with multiple counts of similar allegations, what must be avoided is a situation where the trier of fact rejects the evidence led on one count, yet uses it to find guilt on a different count. This can be cured by an instruction to the jury.

[72] Since *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, an essential step in the admissibility and use of similar fact evidence is the identification of the specific factual issue on which the evidence is probative of the improbability of coincidence. This may be the identity of the offender, the unlikelihood that independent witnesses would tell similar stories, or any other relevant and probative inference. In a multi-count indictment, the trier of fact should instruct himself, or in the case of a jury be instructed, that if the trier of fact rejects the evidence on such an issue in a particular count, then it cannot use that evidence in deciding the verdict in any other of the counts (see Stewart, at p. 396). Indeed, Cory J. suggests a similar instruction in point (6) of the model jury charge in *Arp* (para. 80).

[73] In summary, if issue estoppel is understood according to its defining features, as discussed earlier, the inconsistency between the rule and other principles of evidence and common sense largely disappears.

#### E. *Conclusion on the Retention of Issue Estoppel on the Criminal Law*

[74] There can be no doubt that the principle of issue estoppel, as applied in Canada since *Grdic*, has led to inconsistencies with other principles of criminal law and common sense. The question on this appeal, as I see it, is whether these inconsistencies

respecter le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, en cas de procès successifs, il faut éviter, lors du deuxième procès, d'invoquer des questions qui ont été résolues en faveur de l'accusé dans l'instance antérieure. Il s'ensuit que, dans un procès tenu sur des chefs d'accusation multiples comportant des allégations semblables, il faut éviter les situations où le juge des faits rejette un élément de preuve présenté à l'égard d'un chef tout en l'employant pour conclure à la culpabilité à l'égard d'un autre. On peut y parvenir au moyen d'une directive au jury.

[72] Depuis *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, l'admissibilité et l'utilisation de la preuve de faits similaires passent obligatoirement par la définition de la question de fait précise pour laquelle cette preuve établit l'improbabilité d'une coïncidence. Il peut s'agir de l'identité du contrevenant, du peu de probabilité que des témoins indépendants fassent des dépositions similaires ou de toute autre inférence pertinente et probante. Lorsque l'acte d'accusation comporte plusieurs chefs, le juge du procès doit se donner comme consigne ou, s'il siège avec jury, dire aux jurés, que s'il rejette la preuve relative à une telle question à l'égard d'un chef d'accusation, il ne peut l'utiliser pour décider du verdict à rendre à l'égard d'autres chefs (voir Stewart, p. 396). D'ailleurs, le juge Cory énonce une directive semblable dans *Arp*, au paragraphe (6) du modèle d'exposé qu'il propose (par. 80).

[73] Bref, si l'on aborde la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tenant compte des caractéristiques qui la définissent, exposées précédemment, l'incompatibilité de cette doctrine avec les autres règles de preuve et principes de bon sens disparaît en bonne partie.

#### E. *Conclusion sur le maintien en droit pénal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

[74] Il est incontestable que, telle qu'elle a été appliquée au Canada depuis l'arrêt *Grdic*, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a créé des problèmes de cohérence avec d'autres règles de droit pénal et principes de bon sens. Ce

should lead this Court to remove issue estoppel entirely from Canadian criminal law, or whether it should modify the current Canadian position on issue estoppel to alleviate the difficulties.

[75] I have argued that an approach to issue estoppel that confines it to discrete issues decided in the accused's favour in a previous proceeding is consistent with the history and theory of issue estoppel and, if adopted, would avoid the anomalies the broadened post-*Grdic* view of the doctrine has introduced. I have also argued that, understood in this form, issue estoppel is an important component of the criminal law, and that other doctrines and rules of evidence afford only incomplete protection of the goals that underlie the doctrine: fairness to the accused, coherence and consistency of criminal proceedings and finality of judicial proceedings.

[76] These arguments satisfy me that the principle of issue estoppel should be retained as part of Canadian criminal law.

[77] It is not necessary in this case to resolve the question of whether issue estoppel applies to situations where there is a disposition such as a stay at a first trial: see, for example, *R. v. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286 (N.S.S.C.); *Rulli*. On the one hand, cases of stays often involve determinations not based on the merits, and thus may not give rise to any factual findings (or, as Professor Stewart points in relation to entrapment, factual findings contrary to the accused may have been made, since entrapment is not even considered until after a finding of guilt has been made (pp. 389-90)). On the other hand, in many cases where a stay was issued for reasons such as abuse of process or unreasonable delay, the factors which led to the stay may still be compelling when an attempt is made by the Crown to use the evidence at a later proceeding. It may well be that a more flexible approach such as abuse of process should be used for these cases, rather than issue estoppel. However, as this case does not

qu'il nous faut déterminer en l'espèce, à mon avis, c'est si ces problèmes doivent entraîner sa suppression en droit pénal canadien ou si la Cour peut modifier la position canadienne actuelle sur cette doctrine pour atténuer les difficultés.

[75] J'ai fait valoir qu'une conception de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée qui en limite l'application à des questions précises décidées en faveur de l'accusé dans une instance antérieure concorde avec l'historique et avec le fondement théorique de cette préclusion et que l'adoption de cette conception permettrait d'éviter les anomalies produites par la vision élargie de la doctrine postérieure à l'arrêt *Grdic*. J'ai fait valoir également qu'ainsi interprétée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée tient une place importante en droit pénal, et que d'autres doctrines et règles de preuve n'offrent pas une protection complète des objectifs qui sous-tendent cette doctrine : l'équité envers l'accusé, la cohérence et l'uniformité des instances criminelles et le caractère définitif des décisions judiciaires.

[76] Ces arguments me convainquent qu'il y a lieu de conserver dans le droit pénal canadien la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[77] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lorsqu'une mesure comme l'arrêt des procédures a été ordonnée lors du premier procès : voir, par exemple, *R. c. Regan* (1999), 131 C.C.C. (3d) 286 (C.S.N.-É.); *Rulli*. D'un côté, les cas d'arrêt de procédures font souvent intervenir des décisions ne statuant pas sur le fond et il se peut, par conséquent, qu'ils ne donnent pas lieu à des conclusions de fait (ou, comme le professeur Stewart le fait remarquer au sujet de la provocation policière, il est possible que des conclusions de fait défavorables à l'accusé aient pu être formulées, puisque la provocation policière n'est examinée qu'après un verdict de culpabilité (p. 389-390)). D'un autre côté, dans nombre de cas où l'arrêt des procédures a été ordonné pour des raisons comme l'abus de procédures ou un retard déraisonnable, les facteurs ayant mené à l'arrêt de procédures peuvent souvent se montrer encore déterminants lorsque le

engage a fact situation involving a stay of proceedings, I leave that issue for a future case.

#### IV. Application

[78] I agree with my colleague Charron J. that the majority of the Court of Appeal erred in holding that the subsequent verdict of acquittal on the charge of obstruction of justice required it to find that Balasingam's evidence of the telephone call from the accused was wrongly admitted on the first trial. On my view of the case, this is not because the principle of issue estoppel has no application whatsoever in the criminal law, but because the version of the principle adopted by the majority of the court below casts the principle too broadly.

[79] This issue can be disposed of on the basis of the order of the verdicts. The acquittal in the second trial cannot operate retrospectively to render the evidence inadmissible in the earlier case (this appeal). The order of the trials matters, and is inherent in the notions of finality that issue estoppel, and *res judicata* more generally, support.

[80] It may be useful, however, to comment on how issue estoppel may apply on the retrial of the aggravated assault charge in this case. That retrial will now occur *after* the acquittal on the obstruct charge about the phone call. Although the ultimate admissibility of the phone call evidence in the new trial will be for the trial judge to decide, the approach to issue estoppel outlined in these reasons would likely lead to issue estoppel applying.

ministère public tente de se servir de la preuve dans une instance subséquente. Peut-être y aurait-il lieu, dans de tels cas, de préférer à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée une démarche plus souple, comme l'abus de procédure. Toutefois, puisque les faits de la présente espèce ne font pas intervenir un arrêt de procédures, cette question pourra être examinée ultérieurement.

#### IV. Application

[78] Comme ma collègue la juge Charron, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort que le verdict d'acquittal prononcé subséquemment à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice obligeait nécessairement à conclure que le témoignage de M. Balasingam au sujet de l'appel téléphonique fait par l'accusé avait été irrégulièrement admis lors du premier procès. Selon l'analyse que je fais de l'affaire, cette erreur ne tient pas au fait que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable en droit pénal, mais à ce que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué une vision trop large du principe.

[79] Il est possible de trancher cette question en se fondant sur l'ordre dans lequel les verdicts ont été rendus. L'acquittal prononcé à l'issue du deuxième procès ne peut rendre rétrospectivement inadmissible la preuve présentée lors du procès antérieur (que vise le présent pourvoi). L'ordre dans lequel les procès ont eu lieu a de l'importance et fait partie intégrante des notions de caractère définitif que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et, plus généralement, le principe de chose jugée, visent à protéger.

[80] Il peut toutefois être utile de formuler des commentaires sur la façon dont la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut s'appliquer lors du nouveau procès pour voies de fait graves. Ce nouveau procès sera alors *postérieur* à l'acquittal relativement à l'accusation d'entrave à la justice fondée sur l'appel téléphonique. Bien qu'il appartiendra au juge président ce nouveau procès de se prononcer en définitive sur

Whether the phone call took place was the central issue in the obstruct trial. The trial judge in the obstruct trial had a reasonable doubt that the call was made, based on both the lack of credibility of the Crown's main witness, and on the fact that no telephone records were tendered at trial to corroborate a call having been made, and the trial judge was of the view that one could expect such records to exist if a call was made, as the call was alleged to have been a long distance call made from a jail. It would follow that the acquittal on the obstruct charge estops the Crown from using evidence of the phone call as evidence of consciousness of guilt in the new aggravated assault trial. This is so, even though the acquittal in the obstruct trial is based on a reasonable doubt that the call took place, rather than an express factual finding that the phone call did not take place.

[81] Like my colleague Charron J., I agree that the Court of Appeal correctly ruled that the jury charge in the first trial was inadequate and I would order a new trial on that ground.

[82] In the result, I would dismiss the appeal.

The reasons of Deschamps, Abella and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[83] This appeal concerns the application of issue estoppel in Canadian criminal law. Issue estoppel, which forms part of the doctrine of *res judicata*, originated in the civil context. It precludes the relitigation of an issue that has been finally decided in a prior judicial proceeding. The doctrine of issue

l'admissibilité de la preuve relative à l'appel téléphonique, il est probable que, telle qu'elle a été définie dans les présents motifs, la préclusion s'appliquera. L'existence de ce coup de téléphone était la question fondamentale du procès pour entrave à la justice. Or, le juge du procès a dit avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si cet appel avait bien été fait, compte tenu du manque de crédibilité du principal témoin du ministère public ainsi que du fait qu'aucun relevé d'appel n'avait été produit au procès pour corroborer que l'appel avait été fait, alors que, selon le juge, on pouvait s'attendre à ce qu'un tel relevé existe puisque le prétendu appel était un interurbain fait à partir d'un établissement carcéral. En conséquence, l'acquittement relativement à l'accusation d'entrave empêche le ministère public d'avoir recours à la preuve relative à l'appel téléphonique pour établir la conscience coupable dans le nouveau procès pour voies de fait graves. Il en va ainsi même si l'acquittement à l'issue du procès pour entrave à la justice repose sur un doute raisonnable quant à l'existence de l'appel téléphonique plutôt que sur une conclusion de fait expresse que l'appel n'a pas été fait.

[81] Comme ma collègue la juge Charron, j'estime que la Cour d'appel a conclu à bon droit que l'exposé au jury dans le premier procès était inadéquat, et je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès pour ce motif.

[82] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Abella et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[83] Le présent pourvoi concerne l'application en droit criminel canadien de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Cette forme de préclusion, qui fait partie de la doctrine de la chose jugée, a pris naissance en contexte civil et empêche la remise en cause d'une question ayant fait l'objet

estoppel has been transposed into Canadian criminal law but, from the start, not without serious mutation to fit its new environment. Significantly, the notion of mutuality that underlies one of three preconditions for the operation of issue estoppel has been abandoned as entirely unsuited to the criminal context. As a result, we are from the outset dealing with a very different concept from that applied in the civil context. In addition, the application of issue estoppel in criminal cases has given rise to a number of difficulties both in principle and in practice, leading to the question posed on this appeal — should the doctrine of issue estoppel be retained in the field of criminal law?

[84] For reasons that follow, I conclude that the concerns about abusive relitigation that issue estoppel guards against in the civil context are better addressed in the criminal context by means of existing concepts and provisions other than issue estoppel. Depending on the particular circumstances, these include the doctrine of abuse of process; character evidence rules — in particular the similar fact evidence rule; the rule against multiple convictions in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; the rule against collateral attack; the codified pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This arsenal of related concepts is both better tailored to the nature of criminal law proceedings and sufficient to meet the specific concerns that may arise from the relitigation of issues in the criminal context. There is therefore no need to transform issue estoppel to make it fit in the criminal law. Rather, issue estoppel, as a discrete concept, should no longer find application in Canadian criminal law.

d'une décision judiciaire définitive. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été transposée en droit criminel canadien, mais de profondes mutations se sont opérées dès le départ pour en permettre l'adaptation à ce nouvel environnement. Un changement important a été l'abandon de la notion de réciprocité qui sous-tend l'une des trois conditions d'application de cette préclusion, parce que cette notion était tout à fait incompatible avec le contexte criminel. Par conséquent, nous nous trouvons d'emblée devant un concept très différent de celui qui s'applique en contexte civil. En outre, l'application de cette préclusion en matière criminelle a soulevé, tant au plan des principes que de la pratique, un certain nombre de difficultés qui nous ont amené à la question soulevée dans le présent pourvoi — y a-t-il lieu de conserver en droit criminel la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

[84] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'en contexte criminel, d'autres concepts et dispositions législatives existants apportent une réponse plus adéquate à la problématique des remises en cause abusives contre lesquelles la préclusion découlant d'une question déjà tranchée offre une protection en matière civile. Selon les circonstances, on peut notamment faire appel à la doctrine de l'abus de procédure, aux règles régissant la preuve de moralité — plus particulièrement la règle de la preuve de faits similaires — à l'interdiction des déclarations de culpabilité multiples de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à l'interdiction des contestations indirectes, aux moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict prévus à l'art. 607 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette panoplie de concepts connexes s'accorde mieux à la nature des instances criminelles et elle est suffisante pour répondre aux préoccupations particulières que peut engendrer la remise en cause en contexte criminel. Rien n'oblige donc à modifier la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour l'adapter au droit criminel. Il faudrait plutôt que cette forme de préclusion, en tant que notion distincte, cesse d'être appliquée en droit criminel au Canada.

2. The Circumstances Giving Rise to the Alleged Estoppel

[85] The circumstances that give rise to the alleged issue estoppel in this case are the following.

[86] The appellant, Rathiskumar Mahalingan, was charged with attempted murder arising out of a vicious gang attack that took place in Markham, Ontario, in June of 2002. Two co-accused were charged with aggravated assault of the same victims. Identity was the central issue at trial for all three accused. Following a trial by judge and jury, Mahalingan was acquitted of attempted murder, but convicted of the included offence of aggravated assault. One of the co-accused was also convicted of aggravated assault; the other co-accused, who presented alibi evidence, was acquitted. Mahalingan's case is the only one that concerns us on this appeal.

[87] Mahalingan appealed his conviction and sentence to the Court of Appeal for Ontario: (2006), 80 O.R. (3d) 35. He raised several grounds on his conviction appeal, including the adequacy of the trial judge's instructions to the jury on the theory of the defence. He also applied to introduce fresh evidence, arguing that it impacted on an item of post-conduct evidence which formed part of the Crown's case against him. One of the complainants, Balasingam, testified at trial that, shortly before the trial commenced, Mahalingan had telephoned him from jail asking him not to testify against him. Mahalingan was charged with attempting to obstruct justice in relation to the phone call but, subsequent to his trial for attempted murder, he was acquitted on that charge. On appeal, Mahalingan sought to introduce as fresh evidence his acquittal on the obstructing justice charge, arguing that it had the retrospective effect of rendering Balasingam's evidence about the call inadmissible.

2. Les circonstances à l'origine de la préclusion invoquée en l'espèce

[85] En l'espèce, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été invoquée dans les circonstances suivantes.

[86] Rathiskumar Mahalingan a été accusé de tentative de meurtre à la suite d'une agression brutale perpétrée par un gang à Markham en Ontario au mois de juin 2002. Une accusation de voies de fait graves sur la personne des mêmes victimes a aussi été portée contre deux co-accusés. La question cruciale au procès des trois accusés tenu devant juge et jury était celle de l'identité des agresseurs. Monsieur Mahalingan a été acquitté de l'accusation de tentative de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves. L'un des co-accusés a lui aussi été déclaré coupable de voies de fait graves, tandis que l'autre, qui avait présenté une preuve d'alibi, a été acquitté. Le présent pourvoi ne concerne que le cas de M. Mahalingan.

[87] Monsieur Mahalingan a fait appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario : (2006), 80 O.R. (3d) 35. Il a invoqué plusieurs moyens à l'encontre du verdict de culpabilité, dont l'un concernait le bien-fondé des directives du juge au jury au sujet de la thèse de la défense. Il a également demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, faisant valoir que ceux-ci se rapportaient à la preuve de comportement postérieur à l'infraction qui faisait partie de la preuve à charge présentée par le ministère public. L'un des plaignants, M. Balasingam, avait témoigné lors du procès, affirmant que M. Mahalingan lui avait téléphoné de sa prison, peu avant le début du procès, et lui avait demandé de ne pas témoigner contre lui. En raison de ce coup de téléphone, M. Mahalingan a été accusé de tentative d'entrave à la justice mais il a été acquitté au terme d'un procès postérieur au procès pour tentative de meurtre. En appel, il a voulu soumettre comme nouvel élément de preuve la preuve de l'acquiescement sur l'accusation d'entrave à la justice, soutenant que cet acquiescement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage de M. Balasingam au sujet du coup de téléphone.

[88] Sharpe J.A., writing for a unanimous court, allowed Mahalingan's appeal against conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge failed to outline the position of the defence in his instructions to the jury. The court was divided, however, on the fresh evidence application. All three justices expressed the view that the application of issue estoppel in criminal law may well be a matter this Court might wish to reconsider. However, Sharpe J.A. (Rouleau J.A. concurring) felt bound to give effect to the principle that precludes the admission of evidence underlying an acquittal, thereby retrospectively rendering the evidence of Mahalingan's phone call inadmissible. Given this effect, it was his view that it could not be said that the result in the attempted murder trial would have been the same, absent the inadmissible evidence. Accordingly, a majority of the court admitted the fresh evidence and ordered a new trial on this basis as well.

[89] Blair J.A. disagreed with his colleagues on the appropriate application of issue estoppel only, finding that the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice did not retrospectively render inadmissible the evidence of Mahalingan's telephone call to Balasingam. He would have dismissed the fresh evidence application.

[90] I agree with the Court of Appeal that the trial judge's failure to outline the position of the defence for the jury in the circumstances of this case necessitates a new trial. Accordingly, I would dismiss the appeal for the reasons of Sharpe J.A. on this issue. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the fresh evidence application to dispose of the appeal. However, I agree with the unanimous court below that the application of issue estoppel in the context of a criminal proceeding has proven problematic and should be reconsidered. Further,

[88] Au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Sharpe a accueilli l'appel de M. Mahalingan et a ordonné un nouveau procès au motif que le juge du procès n'avait pas présenté la position de la défense dans ses directives au jury. Concernant la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, toutefois, la Cour a rendu une décision divisée. Bien que les trois juges fussent tous d'avis qu'il y aurait probablement lieu que notre Cour réexamine l'application en droit criminel de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Sharpe (le juge Rouleau souscrivant à ses motifs) a estimé qu'il fallait donner effet au principe de l'inadmissibilité des éléments de preuve sous-tendant un acquittement, ce qui rendait rétrospectivement inadmissible la preuve de l'appel téléphonique de M. Mahalingan. Selon le juge Sharpe, on ne pourrait donc pas affirmer que l'issue du procès pour tentative de meurtre aurait été la même si cette preuve inadmissible n'avait pas été présentée. En conséquence, la Cour à la majorité a accepté les nouveaux éléments de preuve et a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ce fondement également.

[89] Le juge Blair s'est dissocié de ses collègues uniquement au sujet de l'application appropriée de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il a conclu que l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice n'avait pas pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique de M. Mahalingan à M. Balasingam. Il aurait rejeté la demande d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve.

[90] Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que l'omission du juge du procès de présenter au jury la position de la défense, en l'espèce, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. En conséquence, je rejetterais le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Sharpe sur la question. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire, pour trancher ce pourvoi, de statuer sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Je partage toutefois l'opinion unanime de la Cour d'appel de l'Ontario que l'application, dans le contexte d'un procès

the circumstances of this case provide a proper context for doing so.

[91] In light of my agreement with the reasons of Sharpe J.A. on the failure of the trial judge to outline the defence position, I will only review the facts to the extent necessary to provide context to the question of issue estoppel raised by the fresh evidence application.

### 3. The Evidence at Trial

[92] The charge against Mahalingan arose from a vicious gang attack on two victims, Chanthuru Perinpanathan and Muraly Balasingam. The central issue at trial was the identity of the attackers. The victims were seated in a parked car when they were approached by a group of young men armed with swords, axes and machetes. The attackers targeted Perinpanathan first. He was seated in the back of the two-door car, behind the passenger seat. Balasingam, who was seated in the driver's seat, was attacked next.

[93] Perinpanathan testified that the first attacker opened the passenger-side door, folded the front seat forward, and kicked him in the face. The attack escalated from there and he lost consciousness. Therefore, he could not identify the attackers. However, he stated that he knew Mahalingan and that Mahalingan was *not* the first attacker.

[94] Contrary to his passenger's testimony, Balasingam indicated that Mahalingan was the first attacker. He testified that Mahalingan opened the door, kicked Perinpanathan and then stabbed him with a long dagger from outside the passenger door. According to Balasingam, Mahalingan subsequently yelled words of encouragement to the other attackers from behind the car.

criminel, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'est révélée problématique et qu'elle doit être réexaminée. J'estime en outre que les circonstances de la présente espèce sont propices à un tel réexamen.

[91] Puisque je souscris aux motifs du juge Sharpe concernant l'omission du juge du procès d'exposer la position de la défense, je ne procéderai qu'à l'examen des faits nécessaire à la mise en contexte de la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée soulevée par la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve.

### 3. La preuve présentée au procès

[92] L'accusation portée contre M. Mahalingan découlait d'une agression brutale perpétrée par un gang contre deux victimes, Chanthuru Perinpanathan et Muraly Balasingam. La question capitale, au procès, concernait l'identité des agresseurs. Les victimes étaient assises dans une voiture garée lorsqu'un groupe de jeunes hommes armés d'épées, de haches et de machettes s'est approché d'elles. Les agresseurs ont d'abord attaqué M. Perinpanathan, qui prenait place sur la banquette arrière de l'automobile à deux portières, derrière le siège du passager. Monsieur Balasingam, qui occupait le siège du conducteur, a été attaqué ensuite.

[93] Monsieur Perinpanathan a témoigné que le premier agresseur avait ouvert la portière du côté du passager, rabattu le dossier du siège avant et lui avait asséné un coup de pied au visage. L'attaque s'était ensuite intensifiée et il avait perdu conscience. Il n'avait donc pas pu identifier les agresseurs. Il a toutefois déclaré qu'il connaissait M. Mahalingan et que ce dernier *n'était pas* le premier agresseur.

[94] Contrairement à son passager, M. Balasingam a affirmé que M. Mahalingan était le premier agresseur. Il a témoigné que ce dernier avait ouvert la portière, qu'il avait donné un coup de pied à M. Perinpanathan, puis qu'il l'avait poignardé de l'extérieur avec une arme à longue lame. Selon M. Balasingam, M. Mahalingan avait ensuite crié des encouragements aux autres agresseurs, de derrière le véhicule.



[95] There was no forensic evidence tying Mahalingan to the crime and Balasingam was the only eyewitness purporting to identify him. The Crown therefore relied heavily on his testimony. The Crown also tendered evidence of a gang-related motive for the attack and pointed to post-offence conduct which suggested that Mahalingan was involved in the incident. The post-offence conduct consisted of two phone calls allegedly made by Mahalingan, one to Perinpanathan and the other to Balasingam. Only the latter forms the subject matter of the fresh evidence application.

[96] Balasingam testified that Mahalingan called him from jail shortly before the trial commenced, asking him not to testify. Balasingam said that Mahalingan apologized to him and indicated that he had not been the target of the attack. Instead, Mahalingan “came for” Perinpanathan, with whom he had a “beef” (A.R., at pp. 927-28). After some delay, Balasingam reported the call to the authorities.

#### 4. The Fresh Evidence Application

##### 4.1 *The Acquittal on the Charge of Attempt to Obstruct Justice*

[97] On June 27, 2003, Mahalingan was charged with attempting to obstruct justice in relation to the alleged call to Balasingam. The trial of the obstruction charge occurred after Mahalingan’s attempted murder trial concluded on September 27, 2003. The Crown adduced evidence of the telephone call mirroring that which was put forward at the attempted murder trial. On October 26, 2004, Marchand J. acquitted Mahalingan. In brief oral reasons, Marchand J. described Balasingam as “a very unsavoury character”, commenting that it was “very hard to find worse” (A.R., at p. 166). After reviewing Balasingam’s testimony and finding him

[95] Aucun élément de preuve médico-légale ne liait M. Mahalingan au crime, et M. Balasingam était le seul témoin oculaire qui prétendait l’identifier. Le ministère public a donc largement utilisé son témoignage. Il a aussi présenté des éléments de preuve indiquant que le mobile de l’agression était lié à un gang, et il a fait état d’un comportement postérieur à l’infraction donnant à penser que M. Mahalingan était impliqué dans l’incident. Ce comportement consistait en deux appels téléphoniques que M. Mahalingan aurait faits, l’un à M. Perinpanathan et l’autre à M. Balasingam. Seul le second appel est visé par la demande d’autorisation de présentation de nouveaux éléments de preuve.

[96] Monsieur Balasingam a déclaré que M. Mahalingan lui avait téléphoné de la prison peu avant le début du procès et lui avait demandé de ne pas témoigner; il a indiqué que M. Mahalingan lui avait fait des excuses et lui avait dit que ce n’était pas lui qui était visé dans cette agression. Monsieur Mahalingan [TRADUCTION] « ciblait » plutôt M. Perinpanathan car il avait un [TRADUCTION] « compte à régler » avec ce dernier (d.a., p. 927-928). Monsieur Balasingam a signalé l’appel aux autorités, mais pas immédiatement.

#### 4. La demande de présentation de nouveaux éléments de preuve

##### 4.1 *L’acquiescement relativement à l’accusation de tentative d’entrave à la justice*

[97] Le 27 juin 2003, M. Mahalingan a été accusé de tentative d’entrave à la justice relativement à l’appel téléphonique qu’il aurait fait à M. Balasingam. Le procès, pour cette accusation, a eu lieu après la clôture du procès de M. Mahalingan pour tentative de meurtre le 27 septembre 2003. La preuve du ministère public relative à l’appel téléphonique reprenait celle qui avait été présentée lors du procès pour tentative de meurtre. Le 26 octobre 2004, le juge Marchand a acquitté M. Mahalingan. Dans de brefs motifs rendus oralement, il a présenté M. Balasingam comme [TRADUCTION] « un individu très peu recommandable », ajoutant qu’il

“highly intelligent and resourceful but unworthy of belief”, he concluded as follows:

I think that it would be most dangerous to convict someone on the uncorroborated evidence of such a witness. His testimony leaves me with some doubt as to whether the offence has been made, has been made out. I believe that it was. I believe that it likely was, at least, but I have a reasonable doubt that it did. [A.R., at p. 170]

#### 4.2 *The Court of Appeal's Decision on the Fresh Evidence Application*

[98] Mahalingan argued that his acquittal for obstructing justice should be accepted as fresh evidence in his appeal of the aggravated assault conviction. Based on the doctrine of issue estoppel, which precludes the Crown from relitigating any issue that has been finally determined in favour of an accused in a previous proceeding, he submitted that the acquittal had the retrospective effect of rendering Balasingam's testimony about the phone call inadmissible at his trial for attempted murder. He further argued that, if the trial record was examined as if the phone call evidence had never been presented in the attempted murder trial, it could not be said that the jury's verdict would necessarily have been the same. Accordingly, in Mahalingan's view, issue estoppel operated to ground a new trial.

[99] As indicated earlier, Mahalingan's argument was accepted by the majority of the Court of Appeal. As the trial judge's reasons for acquittal indicated that he had a reasonable doubt that the June 8, 2003 call from Mahalingan to Balasingam was ever made, Sharpe J.A. concluded that the Crown was estopped from relitigating that question. Further, the majority felt bound by previous decisions of the Court of Appeal for Ontario to give the acquittal

était [TRADUCTION] « très difficile de trouver pire témoin » (d.a., p. 166). Après avoir examiné le témoignage de M. Balasingam, qualifiant le témoin d'[TRADUCTION] « extrêmement intelligent et ingénieux, mais indigne de confiance », il a formulé la conclusion suivante :

[TRADUCTION] J'estime qu'il serait extrêmement dangereux de rendre un verdict de culpabilité sur le fondement du témoignage non corroboré d'un tel témoin. Son témoignage me laisse dans le doute quant à savoir si l'infraction a été prouvée. Je pense qu'elle l'a été. Je pense qu'elle l'a probablement été, du moins, mais j'ai un doute raisonnable. [d.a., p. 170]

#### 4.2 *La décision de la Cour d'appel concernant la présentation de nouveaux éléments de preuve*

[98] Monsieur Mahalingan a soutenu que son acquittement à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice devrait être accepté comme nouvel élément de preuve dans l'appel concernant sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves. Invoquant la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui interdit au ministère public de remettre en cause une question définitivement tranchée en faveur d'un accusé dans une instance antérieure, il a fait valoir que l'acquittement avait pour effet de rendre rétrospectivement inadmissible le témoignage fait par M. Balasingam lors du procès pour tentative de meurtre et relatif à l'appel téléphonique. Il a également soutenu qu'en examinant le dossier de ce procès comme si la preuve relative à l'appel téléphonique n'avait jamais été présentée, on ne pourrait affirmer que le verdict du jury aurait nécessairement été le même. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée avait donc pour effet, selon M. Mahalingan, de justifier la tenue d'un nouveau procès.

[99] Ainsi qu'on l'a vu, la Cour d'appel à la majorité a accepté l'argument de M. Mahalingan. Puisque le juge du procès avait indiqué dans ses motifs d'acquittement avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si M. Mahalingan avait effectivement téléphoné à M. Balasingam le 8 juin 2003, le juge Sharpe a conclu que le ministère public ne pouvait remettre cette question en cause. En outre, la majorité a estimé que des arrêts antérieurs de la

retrospective effect, thereby rendering inadmissible the evidence of the phone call to Balasingam. In the absence of this evidence, the result of the trial could reasonably be expected to have been different. Accordingly, the majority admitted the fresh evidence and, on that basis as well, set aside the conviction and ordered a new trial.

[100] Blair J.A. dissented on this point. In his view, this Court's decision in *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, "does not stand for the proposition that issue estoppel may be applied *retrospectively* to undermine the legitimacy of an *earlier* conviction otherwise rightly entered on evidence properly before the earlier tribunal at the time. *Grdic* speaks to the question of issue estoppel *prospectively*" (para. 79 (emphasis in original)).

[101] Blair J.A. supported this conclusion with reference to the principles underlying issue estoppel, being: to promote finality in litigation; to prevent double jeopardy and unfairness to the accused; and to guard against inconsistent verdicts. In his view, none of these principles are served by the retrospective application of issue estoppel, rendering its application meaningless in the circumstances of this case.

[102] Furthermore, denying retrospective application of issue estoppel accorded with this Court's decision in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, wherein Cory J. noted: "There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it" (para. 79). In Blair J.A.'s view:

"There is nothing unfair or logically irreconcilable about" the jurors in the case under appeal having found

Cour d'appel de l'Ontario l'obligeaient à donner à l'acquiescement un effet rétroactif, ce qui rendait inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique à M. Balasingam. On pouvait raisonnablement penser que, sans cette preuve, l'issue du procès aurait pu être différente. Les juges majoritaires ont donc autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve et, en se fondant également sur cette preuve, ont infirmé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

[100] Le juge Blair n'a pas partagé l'avis de ses collègues sur ce point. Selon lui, l'arrêt de notre Cour *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, [TRADUCTION] « ne permet pas d'affirmer que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut s'appliquer *rétrospectivement* pour affaiblir la légitimité d'un verdict de culpabilité *antérieur* valablement inscrit sur le fondement d'éléments de preuve régulièrement soumis au tribunal au cours du procès. *Grdic* traite de l'application *prospectively* de cette forme de préclusion » (par. 79 (en italique dans l'original)).

[101] Le juge Blair a fondé sa conclusion sur les principes sous-jacents de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, c'est-à-dire renforcer le caractère définitif des décisions judiciaires, prévenir le double péril et les injustices envers l'accusé et prévenir les verdicts incompatibles. Selon lui, l'application rétrospective de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne sert aucun de ces principes, ce qui la rend inutile en l'espèce.

[102] Il a en outre estimé que le refus de l'application rétrospective de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée allait dans le sens de l'arrêt *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, de notre Cour, dans lequel le juge Cory a fait remarquer qu'il « n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréconciliable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte » (par. 79). Selon le juge Blair :

[TRADUCTION] « Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréconciliable dans le fait » que les jurés, en

that the appellant had likely made the phone call in question and the remarks attributed to him in it, and in their having used that balance-of-probability finding as part of their consideration in concluding that the appellant was guilty of aggravated assault. [para. 85]

[103] Blair J.A. emphasized that the Crown could have proceeded against Mahalingan on a multi-count indictment, preferring both charges at once. In his opinion, the fact that the Crown chose to prosecute the obstruction charge at a later date should not operate to undermine the validity of the prior conviction.

[104] In the result, Blair J.A. would not have admitted the fresh evidence to retrospectively render the telephone call inadmissible.

## 5. Analysis

### 5.1 *Res Judicata — The Bar Against Abusive Relitigation*

[105] Issue estoppel precludes the relitigation of an issue that has been finally decided by a court in another proceeding. It is a form of *res judicata*, which this Court has succinctly described as meaning “something that has clearly been decided” (*Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555, at p. 561). In *Grdic*, Wilson J., writing in dissent but not on this point, explained the relationship between *res judicata* and issue estoppel as follows (at p. 815):

The doctrine of *res judicata* reflects the fundamental premise that there must at some point be an end to litigation. Accordingly, the doctrine is generally treated as part of the law of estoppel. In its broadest sense a plea of *res judicata* is an allegation that the entire legal rights and obligations flowing between the parties, including questions of both law and fact, have been conclusively disposed of by an earlier judgment: see *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) An estoppel, however, can apply also to a single issue which may arise between two parties who, although litigating for the second time regarding issues

l'espèce, aient conclu que l'appelant avait probablement passé le coup de téléphone en question et tenu les propos qui lui ont été attribués, et qu'ils aient pris en compte cette conclusion, tirée suivant la prépondérance des probabilités, pour déclarer l'appelant coupable de voies de fait grave. [par. 85]

[103] Soulignant que le ministère public aurait pu présenter contre M. Mahalingan un acte d'accusation comportant les deux chefs d'accusation, le juge Blair a indiqué que la décision du ministère public d'intenter plus tard la poursuite pour l'infraction d'entrave à la justice ne devrait pas avoir pour effet d'ébranler la validité de la déclaration de culpabilité antérieure.

[104] En conséquence, le juge Blair n'aurait pas admis les nouveaux éléments de preuve pour rendre rétrospectivement inadmissible la preuve relative à l'appel téléphonique.

## 5. Analyse

### 5.1 *La chose jugée — l'interdiction des remises en cause abusives*

[105] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée empêche la remise en cause d'une question ayant fait l'objet d'une décision judiciaire définitive dans une autre instance. C'est une forme de chose jugée, une expression qui signifie « quelque chose qui a clairement été décidé », suivant la description succincte énoncée par notre Cour (*Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555, p. 561). Dans *Grdic*, la juge Wilson, dissidente mais non sur ce point, a expliqué comme suit la relation entre la chose jugée et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (p. 815) :

Le principe de la chose jugée traduit la prémisse fondamentale qu'un litige ne peut durer indéfiniment. Par conséquent, on classe généralement ce principe dans le droit relatif à la fin de non-recevoir. Dans son sens le plus large, un plaidoyer de chose jugée revient à faire valoir qu'un jugement antérieur a réglé définitivement l'ensemble des questions relatives aux droits et aux obligations des parties, y compris les questions de droit et de fait: voir l'arrêt *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) Une fin de non-recevoir peut toutefois être invoquée dans le cas d'une unique question soulevée par deux parties qui, bien qu'il s'agisse

related factually to their first case, face each other in an altogether new cause of action: see *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

The precise nature of *res judicata* and, in turn, its boundaries are difficult to establish. It has been referred to variously by this Court as a plea (*Muir v. Carter* (1889), 16 S.C.R. 473); a defence (*Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539); a presumption (*Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594); a concept (*R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380); a term of art (*Duhamel*); a doctrine (*Grdic*); and a principle (*Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279, 2005 SCC 64).

[106] Accordingly, *res judicata* may be best understood by reference to its underlying concerns about the relitigation of decided issues. Ensuring finality in litigation is, at its core, a matter of fairness and justice. As a general rule, persons should not be twice vexed by the same cause. In the criminal context, the protection against double jeopardy has acquired a constitutional dimension under s. 11(h) of the *Charter*. Putting a stop to repeated litigation is also important for the efficiency and reputation of the judicial system. It avoids the squandering of scarce judicial resources and the scandal of inconsistent findings between courts.

[107] Issue estoppel is but one of many legal doctrines concerned with the prevention of abusive relitigation. In the criminal context, related concepts include the doctrine of abuse of process; the rule against multiple convictions in *Kienapple*; the rule against collateral attack; the codified pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Code*; and s. 11(h) of the *Charter*. As I will explain, evidentiary rules, in particular the similar fact evidence rule, are also tailored to address concerns arising from the unjustified relitigation of issues in the criminal context.

d'un second litige sur des questions qui se rapportent par leurs faits à celles débattues au premier procès, ont une cause d'action tout à fait nouvelle: voir l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

Il est difficile de déterminer la nature précise de la chose jugée et, par suite, d'en établir les limites. Notre Cour en a fait mention de diverses façons, la qualifiant de plaidoyer (*Muir c. Carter* (1889), 16 R.C.S. 473), de moyen de défense (*Wright c. The Queen*, [1963] R.C.S. 539), de présomption (*Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S. 594), de concept (*R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380), de terme technique (*Duhamel*), de principe (*Grdic*) et de règle (*Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, 2005 CSC 64).

[106] Par conséquent, il est plus facile de saisir la notion de chose jugée en faisant appel aux considérations relatives à la remise en cause de questions déjà décidées qui la sous-tendent. Préserver l'irrévocabilité des décisions tranchant les litiges est, en soi, une question d'équité et de justice. En règle générale, une personne ne devrait pas être tracassée deux fois pour la même cause d'action. En matière criminelle, l'al. 11h) de la *Charte* a conféré à la protection contre le double péril une dimension constitutionnelle. Il importe également, pour l'efficacité et la réputation du système judiciaire, d'empêcher la répétition d'un litige. On évite ainsi la dilapidation de ressources judiciaires restreintes et l'embaras de jugements contradictoires.

[107] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est qu'une des nombreuses doctrines juridiques relatives à la prévention des remises en cause abusives. En matière criminelle, les concepts connexes englobent la doctrine de l'abus de procédure, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples formulée dans *Kienapple*, la règle interdisant les contestations indirectes, les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict prévus à l'art. 607 du *Code* ainsi que l'al. 11h) de la *Charte*. Comme on le verra, des règles de preuve sont également conçues pour répondre aux préoccupations découlant de la remise en cause injustifiée en matière criminelle, notamment la règle de la preuve de faits similaires.

[108] The importance of the doctrine of *res judicata* to the administration of justice is unquestionable. It has been variably described as lying “at the heart of the administration of justice” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 15); as a “fundamental principle of our system of justice” (*R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, at p. 238); and as “a cornerstone of the justice system in Canada” (D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2nd ed. 2004), at p. 4).

[109] However, just as litigation, by its very nature, is not a one-sided process, so too the quest for justice and fairness is not unidimensional. In some circumstances, justice and fairness will require a stop to the repeated attack of one litigant by another, while in other circumstances, the ends of justice will command otherwise. For example, as we shall see, the prosecution of perjury may well require the relitigation of an issue that has been finally disposed of in favour of an accused. Perjury strikes at the very roots of our system of justice and, therefore, the interest in finality must give way, even at the risk of seemingly inconsistent verdicts.

[110] The application of the doctrine of *res judicata* and related concepts must therefore be understood as often requiring a balancing of competing interests, counselling against the imposition of absolute, inflexible rules to guide its application. As stated by Binnie J. in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44: “The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case” (para. 33). Further, even when the moving party has established the preconditions to the operation of issue estoppel, “the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied” (para. 33 (emphasis in original)).

[108] L’importance du principe de la chose jugée pour l’administration de la justice est incontestable. On a notamment indiqué qu’elle joue « un rôle central dans l’administration de la justice » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 15), qu’elle constitue un « principe fondamental de notre système de justice » (*R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 238) et qu’elle est [TRADUCTION] « une pierre angulaire du système de justice au Canada » (D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 4).

[109] Cependant, tout comme l’action en justice est, par sa nature même, un processus multilatéral, la quête de la justice et de l’équité n’est pas une démarche unidimensionnelle. Dans certaines circonstances, elle nécessitera de mettre un terme aux attaques répétitives d’une partie contre une autre, tandis que dans d’autres, les fins de la justice exigeront autrement. Par exemple, comme on le verra, il pourra être nécessaire, dans une poursuite pour parjure, de rouvrir le débat sur une question ayant fait l’objet d’une décision définitive favorable à un accusé. Le parjure attaque les assises mêmes de notre système de justice, et c’est pourquoi l’intérêt que l’on porte à l’irrévocabilité doit céder le pas, même au risque de verdicts en apparence contradictoires.

[110] Il faut donc concevoir l’application du principe de la chose jugée et des concepts connexes comme un exercice obligeant souvent à mettre en balance des intérêts opposés, ce qui milite contre son encadrement par une règle absolue et inflexible. Comme le juge Binnie l’a affirmé dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, « [l]es règles régissant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L’objectif fondamental est d’établir l’équilibre entre l’intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l’autre intérêt public qui est d’assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue » (par. 33). En outre, même si les conditions d’application de cette forme de préclusion ont été établies, « la cour doit ensuite se demander, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée » (par. 33 (en italique dans l’original)).

[111] While the rationale for the doctrine of *res judicata* is easily identifiable and its importance readily understood, its application has proven complex and has at times been a source of confusion in the law. As stated earlier, this case is concerned with one application of the doctrine that has proven particularly difficult — issue estoppel in the context of a criminal proceeding.

## 5.2 *The Three Preconditions of Issue Estoppel*

[112] It is well established in the civil context that three preconditions must be met for issue estoppel to be successfully invoked: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies: *Danyluk*, at para. 25. The latter requirement is grounded in the notion of mutuality. I will therefore refer to it as the mutuality requirement. The mutuality requirement requires not only that the parties to the relevant proceedings be the same, but also that each be equally bound by the final determination of the issue. As explained in *J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1090:

The rule that only parties and their privies can take advantage of a previous decision follows from the maxim that “estoppels must be mutual”: a party can take advantage of a judgment only if it would have been bound had the judgment gone the other way.

[113] Identifying the elements of issue estoppel is deceptively simple, but applying the concept can prove rather complex, as evidenced by the considerable body of jurisprudence it has generated: see *Lange* for a useful discussion of the relevant jurisprudence. I will examine each element of issue estoppel in turn and discuss its application in the criminal context, starting with the requirement of mutuality. As we shall see, this requirement is so

[111] Bien que la raison d’être du principe de la chose jugée soit aisément discernable et qu’il ne soit pas difficile d’en saisir l’importance, son application s’est avérée complexe et a parfois suscité la confusion. Comme je l’ai déjà indiqué, il est question, en l’espèce, d’une application du principe qui s’est révélée particulièrement problématique, à savoir l’application, en droit criminel, de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

## 5.2 *Les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[112] Il est bien établi, en matière civile, que trois conditions doivent être réunies pour que cette forme de préclusion puisse être invoquée : (1) il doit s’agir de la même question que celle qui a été tranchée dans l’instance antérieure, (2) la décision antérieure doit être une décision finale et (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit : *Danyluk*, par. 25. La dernière condition repose sur la notion de réciprocité et j’en parlerai donc comme de l’exigence de réciprocité. Cette exigence ne requiert pas seulement que les parties à l’instance pertinente soient les mêmes, mais aussi que chacune d’elles soit liée de façon égale par la décision qui tranche définitivement la question. Comme l’indiquent *J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 1090 :

[TRADUCTION] La règle selon laquelle seule les parties et leurs ayants droit peuvent se prévaloir d’une décision antérieure découle de la maxime « la préclusion doit être réciproque » : une partie ne peut bénéficier d’un jugement que s’il aurait été exécutoire contre elle s’il était allé dans le sens contraire.

[113] Dégager les éléments de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est simple en apparence, mais l’application de la notion peut s’avérer très complexe, comme en fait foi l’abondante jurisprudence concernant cette question : voir *Lange* pour un examen utile de la jurisprudence pertinente. Je vais examiner à tour de rôle chaque élément de cette préclusion et leur application en matière criminelle en commençant par l’exigence

unsuited to the criminal context that it has never made its way into Canadian criminal law.

### 5.3 *The Mutuality Requirement*

[114] On the one hand, applying the mutuality requirement is more straightforward in the criminal context because the concerned parties and their privies are usually easier to identify than in the civil context. On the other hand, the mutuality requirement, which by definition would estop the accused as well as the Crown, does not accord with the presumption of innocence and the onus on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt. In the course of explaining why issue estoppel has no place in English criminal law, Viscount Dilhorne in *R. v. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), at p. 348, referred to *R. v. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398, as a useful illustration of some of the undesirable consequences of applying issue estoppel in the criminal context.

[115] Hogan had been convicted of causing grievous bodily harm with intent to do so. Following his conviction, the victim died and Hogan was charged with murder. At his trial for murder, the Crown contended that Hogan was estopped from putting in issue any of the matters which could be taken as concluded against him at his first trial. The trial judge agreed. Viscount Dilhorne summarized the trial judge's ruling and its effect as follows (at pp. 348-49):

While there was no direct authority on the question, he held that issue estoppel applied between the Crown and the defendant in criminal proceedings and that it was mutual with the result that the defendant was estopped from challenging issues decided against him just as much as the prosecution were estopped from challenging a finding on an issue in the defendant's favour in the earlier trial. He therefore had held that Hogan could not challenge the findings at his first trial (1) that the victim had suffered grievous bodily harm; (2) that it had been inflicted deliberately; (3) that it had been inflicted without lawful excuse; and (4) that it had been inflicted

de réciprocité. Comme on le verra, cette exigence est si peu adaptée au contexte criminel qu'elle n'a jamais été introduite en droit criminel canadien.

### 5.3 *L'exigence de réciprocité*

[114] D'une part, l'application de l'exigence de réciprocité en matière criminelle est plus simple puisque les parties en cause et leurs ayants droit sont plus facilement identifiables qu'en matière civile. D'autre part, cette exigence qui, par définition, s'applique tant à l'accusé qu'au ministère public, n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ni avec l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En expliquant pourquoi la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'avait pas sa place en droit criminel anglais dans l'arrêt *R. c. Humphrys*, [1976] R.T.R. 339 (H.L.), p. 348, le vicomte Dilhorne a cité la décision *R. c. Hogan*, [1974] 1 Q.B. 398, en indiquant qu'elle mettait utilement en lumière certaines des conséquences indésirables de l'application de cette préclusion en matière criminelle.

[115] Hogan avait été déclaré coupable d'infliction intentionnelle de lésions corporelles graves. Postérieurement à la déclaration de culpabilité, la victime est décédée et Hogan a alors été accusé de meurtre. Au procès pour meurtre, le ministère public a soutenu que l'accusé ne pouvait remettre en cause les questions à l'égard desquelles on pouvait considérer qu'elles avaient été tranchées en sa faveur lors de son premier procès. Le juge du procès a accepté cet argument. Le vicomte Dilhorne a résumé ainsi la décision du juge et ses effets (p. 348-349) :

[TRADUCTION] Bien qu'il n'y eût pas de jurisprudence sur cette question précise, le juge a conclu que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait au ministère public et au défendeur, dans une instance criminelle, et qu'il y avait réciprocité, de sorte que le défendeur était préclus de contester les conclusions du procès antérieur qui lui étaient défavorables tout autant que l'était le ministère public à l'égard des conclusions favorables au défendeur. Il a donc statué que Hogan ne pouvait contester les conclusions suivantes du procès antérieur : (1) la victime avait subi des lésions corporelles graves, (2) ces lésions avaient été infligées



with the intention of causing grievous bodily harm. He also held that, as self-defence had been put forward at the first trial unsuccessfully, Hogan could not again put that forward on his trial for murder. The result was that the jury at the murder trial had only to consider whether the death was caused by the injury inflicted in respect of which he had been found guilty at his first trial and the defence put forward of provocation. So the application of issue estoppel meant that the jury at the murder trial, although sworn to give a true verdict according to the evidence, were required to accept the conclusions of another jury on evidence which that jury had heard.

[116] Viscount Dilhorne saw “no escape from the conclusion that, if issue estoppel applies in criminal cases, it must apply equally to both parties, to the Crown and the defendant, as it does to the parties to civil litigation”. However, it was his position that “issue estoppel has not and never has had a place in English criminal law and it is very undesirable that it should have” (p. 349). He was therefore of the opinion that the ruling of the trial judge in *Hogan* was wrong.

[117] In my view, there can be no question that the trial judge’s ruling in *Hogan* would not be accepted in this jurisdiction either. However, rather than following the English approach and rejecting issue estoppel in criminal law on the basis that the concept is a misfit, the Canadian approach has been to transform the concept in its transposition from the civil to the criminal context by excising the mutuality requirement from issue estoppel as it applies in criminal proceedings. As Lamer J. (as he then was) stated in *Duhamel*: “Indeed, mutuality of issue estoppel has been excluded in criminal law because of the Crown’s burden of proving in each and every case all of the elements of the offence” (p. 562). *Duhamel* also illustrates how the transposition of issue estoppel into criminal law does not always accord with the rules of criminal procedure.

délibérément, (3) elles avaient été infligées sans excuse légitime et (4) elles avaient été infligées dans l’intention de causer de telles lésions. Il a également conclu que, puisque Hogan avait invoqué sans succès la légitime défense lors du premier procès, il n’était pas admis à l’invoquer de nouveau dans le procès pour meurtre. Par conséquent, le jury du second procès n’avait à se prononcer que sur la question de savoir si la mort de la victime découlait de l’infliction des blessures dont Hogan avait été déclaré coupable lors du premier procès et sur la défense de provocation. L’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée avait donc pour effet que les jurés du procès pour meurtre, en dépit du serment qu’ils avaient prêté de rendre un verdict conforme à la preuve, étaient tenus d’accepter les conclusions d’un autre jury sur la preuve entendue par ce dernier.

[116] Le vicomte Dilhorne ne voyait pas comment on pouvait [TRADUCTION] « échapper à la conclusion que, si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’applique en matière criminelle, elle doit s’appliquer aux deux parties — le ministère public et le défendeur — comme elle s’applique aux parties dans une affaire civile ». Il était toutefois d’avis que [TRADUCTION] « la préclusion découlant d’une question déjà tranchée n’a pas sa place en droit criminel anglais et ne l’a jamais eue, et il n’est pas du tout souhaitable qu’elle l’ait » (p. 349). Il estimait donc que la décision du juge du procès, dans *Hogan*, était erronée.

[117] À mon avis, il ne fait aucun doute que cette décision du juge du procès, dans *Hogan*, ne serait pas non plus acceptée ici. Au Canada toutefois, plutôt que d’adhérer à la position anglaise et d’exclure cette forme de préclusion parce qu’elle n’est pas adaptée au droit criminel, on a plutôt opté pour la transformer, lorsqu’elle est transposée du droit civil au droit criminel, en en retranchant l’exigence de réciprocité. Comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l’a expliqué dans *Duhamel* : « En réalité, la réciprocité de la fin de non-recevoir a été exclue du droit criminel à cause du fardeau qui incombe à la poursuite de prouver, dans chaque cas, tous les éléments de l’infraction » (p. 562). En outre, *Duhamel* illustre ce qui fait que la transposition en droit criminel de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne concorde pas toujours avec les règles de procédure criminelle.

[118] Duhamel was charged with two counts of robbery and tried separately on each count. At the first trial, his statements were ruled inadmissible and he was acquitted. The second trial took place before a different judge. Rejecting Duhamel's objections that the Crown was estopped from relitigating the issue of the voluntariness of his statements, the trial judge held a *voir dire* and admitted the statements. Duhamel was convicted.

[119] This Court upheld the conviction, holding that issue estoppel did not apply to the issue of voluntariness of an accused's statement, even though the three elements of issue estoppel were clearly made out on the facts of the case. Lamer J. explained how the application of issue estoppel to rulings on confession *voir dire*s would have undesirable consequences, given the limited right of review from such decisions:

If the statement is wrongly excluded, even through error of law, but the accused nevertheless convicted, benefit of the doctrine of *res judicata* would then be founded upon an error of law beyond the reach of redress. Indeed, the Crown has no appeal from that conviction. Similarly, if the statement is excluded through error of fact, and the accused acquitted, again the erroneous finding is beyond the reach of the courts as the Crown's right to appeal is limited to matters of law.

If mutuality is introduced, matters are even worse. A statement wrongfully admitted in proceedings resulting in an acquittal would follow and prejudice an accused throughout all of his other trials. [p. 563]

[120] Therefore, as we can see, the concept of issue estoppel may have been transposed into Canadian criminal law, but not without serious mutation — from the start, the mutuality requirement had to be excised to accord with our system of criminal justice. In addition, the fundamental incompatibility of issue estoppel with the rules of criminal procedure quickly became apparent. In order to find harmony with the presumption of innocence and the Crown's burden in a criminal trial, issue estoppel

[118] Monsieur Duhamel avait été accusé de deux chefs de vol qualifié, et un procès distinct s'est tenu pour chacun. Ses déclarations ont été jugées inadmissibles lors du premier procès et il a été acquitté. Le second procès a été instruit par un autre juge, qui a rejeté l'objection de M. Duhamel selon laquelle le ministère public ne pouvait remettre en cause la question du caractère volontaire de ses déclarations, a procédé à un *voir-dire* et a admis les déclarations. Monsieur Duhamel a été déclaré coupable.

[119] Notre Cour a maintenu la déclaration de culpabilité, statuant que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'appliquait pas à la question du caractère volontaire des déclarations d'un accusé même si les faits en cause démontraient que les trois éléments de la préclusion étaient clairement établis. Le juge Lamer a exposé les conséquences indésirables qu'entraînerait l'application de cette forme de préclusion aux *voir-dire* relatifs à des aveux, à cause des possibilités limitées de révision de telles décisions :

Si la déclaration est écartée à tort, même à cause d'une erreur de droit, et que l'accusé est quand même déclaré coupable, l'avantage du principe de la chose jugée serait alors fondé sur une erreur de droit impossible à rectifier. En effet, la poursuite n'a aucun droit d'appel à l'encontre de cette déclaration de culpabilité. De même, si la déclaration est écartée à cause d'une erreur de fait, et que l'accusé est acquitté, là encore la décision erronée se trouve hors de la portée des tribunaux puisque le droit d'appel de la poursuite se limite aux questions de droit.

Si l'on introduit la réciprocité, les choses sont encore pires. Une déclaration admise à tort dans des procédures qui aboutiraient à un acquittement suivrait l'accusé et lui nuirait dans tous ses autres procès. [p. 563]

[120] Ainsi, comme on peut le voir, le concept de préclusion découlant d'une question déjà tranchée a pu être transposé en droit criminel canadien, mais non sans de profonds changements. Dès le départ, il a fallu en détacher l'exigence de réciprocité pour le faire concorder avec notre système de justice criminelle. En outre, l'incompatibilité fondamentale du concept avec les règles de procédure criminelle s'est manifestée rapidement. L'effort d'harmonisation avec la présomption d'innocence et le

has become an entirely one-sided doctrine in the criminal context, understood and applied solely to estop the Crown from relitigating issues previously decided in favour of an accused. Since mutuality can hardly be viewed as merely an incidental feature of issue estoppel, its elimination in the criminal context means that we are at the outset dealing with a concept inherently different from that applied in the civil context. I turn next to the remaining elements of issue estoppel.

#### 5.4 *The Same Question Requirement*

[121] The same question requirement for issue estoppel (as opposed to “cause of action estoppel” which is not relevant to our discussion) will be met when the question sought to be estopped has been “distinctly put in issue and directly determined” by a court of competent jurisdiction in a prior proceeding: *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 422, quoted in *Danyluk*, at para. 24. In order to satisfy this test, the question must not only have been distinctly put in issue in the earlier proceeding, it must have been “fundamental to the decision arrived at”: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 255. It must also be clear that the question was determined in favour of the moving party. This Court in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798, at p. 807, adopted the following statement from M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 134:

The possibility or even the probability that the jury found in the accused’s favour on a particular issue is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the verdict of the jury.

[122] Determining whether a question was distinctly put in issue and clearly determined in a prior

fardeau qui pèse sur le ministère public dans une instance criminelle ont transformé cette préclusion en une doctrine à sens unique, perçue et appliquée simplement comme une interdiction, pour le ministère public, de remettre en cause des questions ayant déjà fait l’objet d’une décision favorable à l’accusé. Comme l’exigence de réciprocité peut difficilement être considérée comme un élément marginal de cette préclusion, son élimination en contexte criminel indique que nous nous trouvons d’emblée devant un concept intrinsèquement différent de celui qui s’applique en matière civile. J’en viens à présent à l’examen des autres éléments de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

#### 5.4 *L’exigence relative à l’identité de la question*

[121] Dans le cas de la « préclusion découlant d’une question déjà tranchée » (par opposition à la « préclusion fondée sur la cause d’action », qui ne nous concerne pas en l’espèce), il est satisfait à l’exigence relative à l’identité de la question lorsque la question dont on veut empêcher la remise en cause a été [TRADUCTION] « distinctement mis[e] en cause et directement réglé[e] » par un tribunal compétent dans une instance antérieure : *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420 (C.S. Ont., Div. app.), p. 422, cité dans *Danyluk*, par. 24. Pour que ce critère soit respecté, il ne suffit pas que la question ait été distinctement mise en cause dans l’instance antérieure, il faut également qu’elle ait été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 255. Il doit également être clair que la décision sur la question était favorable à la partie qui invoque la préclusion. Dans *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798, p. 807, notre Cour a fait sienne la formulation suivante, tirée de M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), p. 134 :

[TRADUCTION] La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l’accusé sur un point particulier ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du verdict du jury.

[122] Il peut parfois se révéler difficile de déterminer si une question a été distinctement mise en

proceeding can prove difficult at times, even in the context of a civil action with its precise system of pleadings and, in the vast majority of cases, with the assistance of a reasoned judgment delivered by a judge sitting alone. The exercise is rendered considerably more difficult in the criminal context as a result of the nature of criminal proceedings. The pleading is a simple “guilty” or “not guilty”. Likewise, the proceeding is focussed on the question whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, not on an array of distinct issues as often is the case in a civil proceeding. Furthermore, in a jury trial, the final decision is delivered in the form of an *unexplained* verdict of “guilty” or “not guilty”, making it extremely difficult to identify with certainty whether or not the issue sought to be estopped has been finally decided.

[123] Of course, it will be possible at times to determine from the record whether a distinct question was finally determined in favour of the accused in a criminal proceeding. When the alleged estoppel originates from a trial by judge alone, it may be clear from the reasons for judgment. In a jury trial, as this Court explained in *Gushue*, a detailed examination of the trial judge’s charge to the jury may assist in defining the issues at play. When the individual evidential issue in question constitutes one of the essential elements of the criminal offence and the verdict is guilty, it may be taken to have been “distinctly put in issue and directly determined” (*McIntosh*, at p. 422). That being said, many evidential issues do not constitute essential elements of the offence, in which case even a verdict of guilty may not say much about how a particular issue was determined. The difficulties are further exacerbated in the context of acquittals. As Professor Peter Mirfield notes:

While a conviction must, logically, mean that the tribunal of fact has found certain definite facts to be proved beyond reasonable doubt, an acquittal may be simply

cause et directement réglée dans une instance antérieure, même en contexte civil, où les règles régissant les actes de procédure écrite sont pourtant très précises, et où, dans la vaste majorité des cas, l’on peut compter sur des jugements bien motivés rendus par des juges siégeant seuls. La nature de l’instance criminelle, toutefois, rend cet exercice sensiblement plus difficile. L’acte de procédure se limite au plaidoyer de culpabilité ou de non-culpabilité, et l’instance est axée sur la question de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé à l’égard de l’accusation, non sur un éventail de questions distinctes, comme c’est souvent le cas en matière civile. En outre, dans un procès devant jury, la décision définitive prend la forme d’un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité », rendu *sans explication*, de sorte qu’il est extrêmement difficile de déterminer avec certitude si la question dont on cherche à empêcher la remise en cause a fait l’objet d’une décision définitive.

[123] Dans certains cas, le dossier permettra, bien sûr, d’établir si une décision définitive favorable à l’accusé a été rendue sur une question particulière. Lorsqu’une décision rendue dans un procès devant juge seul fonde la préclusion invoquée, elle peut ressortir clairement des motifs du jugement. Dans un procès par jury, un examen attentif des directives au jury peut aider à définir les questions en jeu, ainsi que notre Cour l’a indiqué dans *Gushue*. Lorsque la question de preuve en cause constitue l’un des éléments essentiels de l’infraction et que le jury déclare l’accusé coupable, on peut considérer qu’elle a été « distinctement mis[e] en cause et directement réglé[e] » (*McIntosh*, p. 422). Beaucoup de questions de preuve, cependant, ne constituent pas des éléments essentiels de l’infraction, ce qui fait que même un verdict de culpabilité ne renseigne pas beaucoup sur la décision rendue sur une question particulière. Lorsqu’il y a acquittement, la situation est encore plus compliquée. Comme le professeur Peter Mirfield le fait remarquer :

[TRADUCTION] Bien qu’en toute logique une déclaration de culpabilité doit signifier que le juge des faits a conclu que des faits précis ont été prouvés hors de tout

a declaration of non-satisfaction involving no definite findings of fact.

(“Shedding a Tear for Issue Estoppel”, [1980] *Crim. L.R.* 336, at p. 343)

[124] Of course, the fact that significant difficulties may be encountered in deciding whether a particular issue was effectively determined in a prior criminal proceeding does not, in and of itself, necessarily militate against the retention of issue estoppel in criminal law. However, in my view, it does signal that issue estoppel may not be a suitable mechanism to address concerns arising from relitigation in the criminal context. After all, the accused’s need for protection against unjustified relitigation will usually be more acute when the prior adjudication has resulted in an acquittal. Yet, as we have seen, it is in precisely that context that defining the issue to be estopped proves most difficult.

[125] Because *res judicata*, at its core, aims to prevent unjustified or abusive relitigation, the doctrine of abuse of process easily comes to mind as an alternative mechanism that may prove more suitable in some circumstances. *Grdic* itself provides a good illustration.

[126] *Grdic* was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over .08. The arresting officer testified that he stopped *Grdic* on the day in question and a breathalyzer certificate showed that he had provided two breath samples, both over .08. *Grdic*’s defence at trial was mistaken identity. After hearing his alibi evidence, the trial judge acquitted him on both counts, stating as follows (at p. 813):

It is quite apparent that perjury has been committed in this Court room. I think it is not up to me to resolve that problem. I think it is up to somebody else and I dismiss both counts.

doute raisonnable, un acquittement peut n’être qu’une déclaration de doute ne comportant aucune conclusion de fait particulière.

(« Shedding a Tear for Issue Estoppel », [1980] *Crim. L.R.* 336, p. 343)

[124] Certes, la difficulté d’établir si une question particulière a effectivement été tranchée dans une instance criminelle antérieure ne constitue pas en soi une raison de ne pas conserver la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en droit criminel. J’estime toutefois qu’elle signale la possibilité que cette préclusion ne soit pas le mécanisme approprié pour répondre à la problématique de la remise en cause en contexte criminel. Après tout, le besoin de protection de l’accusé contre la remise en cause injustifiée se fera habituellement sentir de façon plus aigüe lorsqu’il y aura eu acquittement dans l’instance antérieure. Pourtant, c’est précisément dans ce contexte, comme nous l’avons vu, qu’il est le plus difficile de définir la question fondant la préclusion.

[125] Parce que la doctrine de la chose jugée vise essentiellement à empêcher les remises en cause injustifiées ou abusives, on pense naturellement que celle de l’abus de procédure pourrait constituer une solution de remplacement plus adaptée dans certaines circonstances. L’arrêt *Grdic* lui-même en fournit une bonne illustration.

[126] Monsieur *Grdic* avait été accusé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08. Le policier ayant procédé à l’arrestation a témoigné qu’il avait arrêté M. *Grdic*, et un certificat d’ivressomètre établissant que M. *Grdic* avait fourni deux échantillons d’haleine indiquant un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08 avait été mis en preuve. Monsieur *Grdic* a plaidé qu’il y avait erreur sur la personne. Après avoir entendu sa preuve d’alibi, le juge du procès l’a acquitté des deux chefs d’accusation, déclarant ce qui suit (p. 813) :

[TRADUCTION] Il est bien évident qu’il y a eu parjure en cette Cour. J’estime toutefois que ce n’est pas à moi de résoudre ce problème. Cette tâche appartient à quelqu’un d’autre et je rejette les deux chefs d’accusation.

[127] At the subsequent trial for perjury in respect of his alibi testimony, Grdic was acquitted on the basis of issue estoppel. The trial judge held that the issue before him — the truthfulness of Grdic's alibi — had been conclusively determined in his favour at the earlier trial. This ruling was overturned on appeal but restored by a majority decision of this Court, finding that issue estoppel was indeed available to Grdic.

[128] The Court was divided on whether it had been finally determined in the prior proceeding that Grdic was not driving the vehicle at the time in question. Lamer J., writing for the majority, was of the opinion that the question had been finally determined in the accused's favour. He explained as follows (at p. 826):

The accused, by his defence, is saying: the breathalyzer test taken that evening cannot be mine because I could not be there since I was at home.

The only avenue of acquittal open to the trial court, therefore, given that defence and the nature of the case, was a finding by the trial judge that there was reasonable doubt that the appellant was the person investigated at 6:30 p.m. That issue, subject to certain exceptions, cannot be re-litigated, because, as a matter of law *for the purpose of the application of the doctrine of res judicata*, there has been made in his favour a finding that he was not driving his car at 6:30 p.m. [Emphasis in original.]

Wilson J., in dissent, disagreed that the question whether Grdic was the person driving the car at 6:30 p.m. had been determined in his favour. On the contrary, she was of the view that the trial judge “expressly refrained from making any finding on that issue” (pp. 817-18). In reaching this conclusion, Wilson J. emphasized that the necessary finding of fact must be explicit in the initial verdict in order to properly ground an estoppel. She explained:

Such facts must be perceived as having been affirmatively found by the original court and cannot be such as must be gathered only inferentially from the initial verdict or as to the finding of which the initial verdict reflects only a reasonable doubt. [p. 821]

[127] Au procès subséquent sur l'accusation de parjure portée en rapport avec sa preuve d'alibi, M. Grdic a été acquitté, le juge du procès concluant que la question dont il était saisi — la véracité de la preuve d'alibi — avait été tranchée en faveur de l'accusé lors du procès antérieur et qu'il y avait préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Ce verdict a été infirmé en appel, mais il a été rétabli par une décision majoritaire de notre Cour statuant que M. Grdic pouvait invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[128] La Cour était partagée sur la question de savoir si le jugement antérieur avait définitivement établi que M. Grdic ne conduisait pas le véhicule au moment en question. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a formulé l'opinion que la question avait été définitivement réglée en faveur de l'accusé, expliquant ainsi sa position (p. 826) :

Dans sa défense, l'accusé dit ce qui suit : les alcootests pris ce soir-là ne peuvent être les miens, car je n'étais pas là puisque j'étais chez moi.

Vu ce moyen de défense et la nature de l'affaire, le juge du procès ne pouvait prononcer un acquittement que s'il concluait qu'il existait un doute raisonnable quant à savoir si l'appelant était la personne testée à 18 h 30. Sous réserve de certaines exceptions, le procès ne peut être rouvert sur cette question parce qu'en droit, *aux fins de l'application du principe de la res judicata*, il existe une conclusion en faveur de l'appelant que ce n'était pas lui qui conduisait l'automobile à 18 h 30. [En italique dans l'original.]

La juge Wilson, dissidente, n'était pas d'avis que la question de savoir si M. Grdic était bien la personne conduisant le véhicule à 18 h 30 avait été tranchée en faveur de ce dernier. Elle a estimé, au contraire, que le juge du procès « s'est expressément abstenu de se prononcer sur cette question » (p. 818), soulignant que la nécessaire conclusion de fait doit être explicite dans le verdict initial pour donner ouverture à la préclusion. Elle a expliqué ce qui suit :

Ces faits doivent être considérés comme ayant été clairement établis par la première cour; il ne peut s'agir de faits qui doivent être inférés du verdict initial ou relativement auxquels ce verdict ne traduit qu'un doute raisonnable. [p. 821]

[129] Of course, issue estoppel cannot be invoked by an accused if the issue was determined in his favour as a result of fraud, perjured testimony being one such instance. However, the Court held that it was not open to the Crown on a perjury trial to relitigate an issue finally decided in favour of the accused unless it is tendering, in addition to or in lieu of the evidence previously adduced, evidence that was not available by the exercise of reasonable diligence at the time of the first trial. Here, the evidence relevant to the falsity of Grdic's alibi was available to the Crown at the time of the original trial. Although the Crown was taken by surprise by the appellant's alibi, it could have introduced the evidence necessary to disprove his alibi on rebuttal but chose not to do so. In these circumstances, the Crown was precluded from prosecuting the accused on the charge of perjury.

[130] While the parties' argument and, in turn, the Court's analysis were couched in terms of issue estoppel, it is my view that the same result could have been reached by applying the doctrine of abuse of process. The Court, in essence, held that the Crown could not withhold available rebuttal evidence that went to the central issue at trial — whether Grdic was driving the vehicle at the time in question — because to do so would amount to the Crown lying in wait to spring this evidence against the accused on a subsequent charge for perjury. A perjury charge cannot be a colourable attempt to retry the accused.

[131] The ultimate concern in cases such as *Grdic* is not so much the prevention of unnecessary relitigation of particular factual issues but the prevention of the abusive prosecution itself. In cases that fall outside the ambit of the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Charter*, such as *Grdic*, it is my view that the doctrine of abuse of process can provide a more effective and principled mechanism for guarding against abusive prosecutions.

[132] Short of barring the entire proceeding, issue estoppel has been invoked to bar the admission of

[129] Bien entendu, un accusé ne peut invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en sa faveur si cette décision résulte de la fraude — le parjure entrant dans cette catégorie. Toutefois, la Cour a statué que le ministère public ne pouvait, lors d'un procès pour parjure, remettre en cause une question tranchée définitivement en faveur de l'accusé, à moins qu'il ne présente, au lieu des éléments de preuves déjà fournis ou en plus de ceux-ci, des éléments de preuve qu'il n'avait pu obtenir par diligence raisonnable lors du premier procès. Or, le ministère public aurait pu se procurer la preuve relative à la fausseté de l'alibi de M. Grdic au moment du premier procès. Bien que l'alibi de l'appellant eût pris le ministère public par surprise, ce dernier aurait pu présenter la contre-preuve nécessaire pour réfuter l'alibi, mais il ne l'a pas fait. Dans ces circonstances, le ministère public ne pouvait poursuivre l'accusé pour parjure.

[130] Bien que l'argumentation des parties et, par la suite, l'analyse de la Cour, aient été présentées en fonction de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il aurait été possible, selon moi, de parvenir au même résultat en appliquant la doctrine de l'abus de procédure. Essentiellement, la Cour a statué que le ministère public ne peut retenir une contre-preuve existante se rapportant à la question fondamentale du procès — si M. Grdic conduisait la voiture à ce moment-là — parce qu'un tel geste équivaldrait à attendre pour surprendre l'accusé lors du procès subséquent pour parjure. Une accusation de parjure ne peut être un moyen déguisé de poursuivre de nouveau un accusé.

[131] Dans des affaires semblables à *Grdic*, on ne cherche pas tant à prévenir des remises en cause inutiles de questions de fait particulières qu'à empêcher les poursuites abusives elles-mêmes. J'estime que, pour les cas ne donnant pas ouverture aux plaidoyers d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* ou à l'application de l'al. 11(h) de la *Charte*, comme l'affaire *Grdic*, la doctrine de l'abus de procédure peut offrir un moyen de protection plus efficace et mieux structuré contre les poursuites abusives.

[132] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été invoquée pour empêcher, sinon la

particular items of evidence in a criminal trial. One area where the application of issue estoppel has proven particularly unprincipled is in respect of similar fact evidence. Indeed, the absolute bar against admission of similar fact acquittal evidence in a subsequent criminal proceeding, as adopted by some Canadian courts, has been the subject of much academic criticism. See: L. Stuesser, "Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence" (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488; W. Gorman, "Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence" (1994), 30 C.R. (4th) 222; J.-G. Boilard, *Guide to Criminal Evidence*, vol. 1 (loose-leaf), at pp. 4-130 and 4-131; D. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at pp. 56-57. The application of issue estoppel as an absolute rule precluding the admission of prior acquittal evidence in all cases regardless of context is inconsistent with the basic rule favouring the admission of all relevant evidence, subject to countervailing concerns. Stuesser explains (at p. 490):

Truth is our ultimate goal in a criminal trial. As Justice McLachlin said in *R. v. Seaboyer*, "It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues." The imposition of an absolute bar may exclude highly probative evidence and this runs counter to the trend in the law of evidence where flexibility is favoured over rigid rules of exclusion. Today categorical rules of exclusion are few. [Citation omitted.]

[133] That is not to say that an acquittal should have no bearing on the admissibility of its underlying evidence in a subsequent criminal proceeding, but again, issue estoppel has not proven the optimum analytical framework for deciding questions of admissibility in this context. The difficulties arising from the application of issue estoppel to assess the admissibility of similar fact evidence are better explained in the discussion of the last of the

poursuite elle-même, du moins l'admission de certains éléments de preuve dans des procès criminels. L'application de cette préclusion s'est révélée particulièrement désordonnée en matière de preuve de faits similaires. En effet, le principe de l'inadmissibilité absolue de l'acquiescement comme preuve de faits similaires dans un procès criminel subséquent, qui est appliqué par certains tribunaux canadiens, a suscité de nombreuses critiques chez les auteurs (voir L. Stuesser, « Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 488; W. Gorman, « Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence » (1994), 30 C.R. (4th) 222; J.-G. Boilard, *Manuel de preuve pénale*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 4-130.1 et 4-130.2; D. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 56-57. L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tant que règle absolue interdisant l'admission de la preuve d'acquiescement antérieur quel que soit le contexte n'est pas compatible avec la règle fondamentale favorisant l'admission de tout élément de preuve pertinent, sous réserve de préoccupations s'y opposant. Stuesser explique ce qui suit (p. 490) :

[TRADUCTION] Le but essentiel vers lequel tend le procès criminel est la vérité. Comme la juge McLachlin l'a indiqué dans *R. c. Seaboyer*, « [c]'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige ». Une interdiction absolue peut entraîner l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande valeur probante, alors que le droit de la preuve tend à privilégier la souplesse plutôt que les règles d'exclusion rigides. Il y a peu de règles d'exclusion catégoriques aujourd'hui. [Citation omise.]

[133] Cela ne veut pas dire qu'un acquiescement ne devrait avoir aucune incidence sur l'admissibilité dans une instance criminelle postérieure des éléments de preuve qui le sous-tendent mais, là encore, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'est pas révélée le meilleur des cadres analytiques pour trancher les questions d'admissibilité dans ce contexte. Les difficultés que pose l'application de cette préclusion lorsqu'il s'agit



three preconditions for issue estoppel — the finality requirement.

### 5.5 *The Finality Requirement*

[134] In order to raise an estoppel, the issue in question must have been conclusively determined as between the parties in a prior proceeding. Determining whether a decision is final for the purpose of issue estoppel has raised some controversy in the case law, even in the context of civil litigation. For example, the law does not appear settled concerning the effect of the appeal process on the question of finality. Of particular relevance here, however, is the layer of complexity added to the finality assessment by virtue of the varying burdens of proof applicable at different stages of a criminal proceeding.

[135] As we know, the essential elements of the offence and the ultimate verdict must be proven beyond a reasonable doubt to ground a conviction in a criminal trial. However, that standard does not apply to individual items of evidence: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. Rather, the decision on the elements of the offence, and thereby the ultimate verdict, is the result of a cumulative pooling of the individual items of evidence. We have already seen how the criminal burden of proof raises difficulties in identifying whether precise issues were determined in the prior proceeding, particularly in the case of acquittals. Even where the question to be estopped can be determined with sufficient precision, the burden of proof also impacts the finality requirement — again, particularly in the case of acquittals. Because the burden of proof in a criminal trial is beyond a reasonable doubt, a verdict of “not guilty” encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. To ignore this reality is to disregard a foundational aspect of our criminal law system. Taking account of the many shades of doubt upon which a verdict of “not guilty” could reasonably be based, however, complicates the

d'évaluer l'admissibilité de la preuve de faits similaires seront mieux mises en lumière dans l'examen de la dernière des trois conditions d'application de cette forme de préclusion — l'exigence du caractère définitif.

### 5.5 *L'exigence du caractère définitif*

[134] Pour qu'une question déjà tranchée puisse entraîner la préclusion, la question doit avoir été tranchée de façon définitive à l'égard des parties dans une instance antérieure. L'appréciation du caractère définitif de décisions pour l'application de cette préclusion a donné lieu à des différends jurisprudentiels, même en matière civile. Par exemple, il semble que la jurisprudence ne soit pas fixée sur la question de l'effet du processus d'appel sur le caractère définitif des décisions. Le degré de complexité qu'ajoute à l'appréciation du caractère définitif la diversité des fardeaux de preuve applicables à différentes étapes d'une instance criminelle, toutefois, revêt une pertinence particulière en l'espèce.

[135] Comme on le sait, les éléments essentiels de l'infraction et du verdict final doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable pour qu'il y ait déclaration de culpabilité dans un procès criminel. Toutefois, cette norme de preuve ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. C'est plutôt l'accumulation des éléments de preuve individuels qui amène à la décision sur les éléments de l'infraction et, par conséquent, au verdict final. Nous avons déjà vu comment le fardeau de preuve en matière criminelle complique la tâche d'établir si des questions précises ont été tranchées dans l'instance antérieure, en particulier lorsqu'il y a acquittement. Même lorsque la question qu'on cherche à frapper de préclusion peut être définie avec assez de précision, le fardeau de preuve influe sur l'exigence du caractère définitif — et plus particulièrement, encore une fois, lorsqu'il y a acquittement. Parce que la norme de preuve en matière criminelle est la preuve hors de tout doute raisonnable, un verdict de « non-culpabilité » recouvre un large éventail de circonstances, de l'innocence factuelle jusqu'à la preuve établie presque hors de tout doute raisonnable. Fermer les yeux sur cette réalité équivaut à faire fi d'un aspect fondamental de

finality assessment for the purposes of issue estoppel considerably. What degree of proof is required in a criminal proceeding to give rise to estoppel on a particular issue in a subsequent proceeding?

[136] The reality that a verdict of “not guilty” may not, from an evidentiary standpoint, be equivalent to a finding of innocence is reflected in the application of issue estoppel in the civil context. A civil action based on criminal wrongdoing is not barred by an acquittal in the criminal court. Indeed, the weight of present authority appears to be reflected in the decision *Rizzo v. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98 (C.A.), where the court ruled that a verdict of acquittal is not admissible in a subsequent civil trial to prove that the party did not commit the impugned act. As noted by Catzman J.A. (at p. 102):

Eminent Canadian, British and American text writers are unanimous in the view that evidence of a verdict of acquittal in a criminal trial is inadmissible in a subsequent civil trial as proof that the party did not commit the offence: see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham: Butterworths, 1992), at p. 1045; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4 (Chadbourn rev., 1972), para. 1346a and vol. 5 (Chadbourn rev., 1974), para. 1671a; *McCormick on Evidence*, 4th ed., vol. 2 (1992), para. 298, at pp. 298-99; *Jones on Evidence*, 6th ed., vol. 2 (1972), para. 12:25, at pp. 388-91; *Cross on Evidence*, 7th ed. (1990), p. 107.

[137] The finality of an acquittal for the purposes of criminal law, of course, raises different considerations, including those of a constitutional character. Much of the controversy in this area of the law arises from the following often-quoted statement by Lamer J. in *Grdic* on the meaning of an acquittal in Canadian law:

notre système de droit criminel. Cependant, la prise en compte des nombreuses nuances de doute pouvant raisonnablement fonder un verdict de « non-culpabilité » complique considérablement l'appréciation du caractère définitif des décisions que requiert l'application de la préclusion d'une question déjà tranchée. Quel degré de preuve est nécessaire, dans une instance criminelle, pour que la préclusion puisse être invoquée sur une question particulière dans une instance subséquente?

[136] L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en contexte civil illustre le fait qu'au plan de la preuve, on ne puisse assimiler un verdict de « non-culpabilité » à une conclusion d'innocence. Une action civile fondée sur une faute criminelle n'est pas irrecevable du fait que le tribunal criminel a conclu à l'acquittal. De fait, l'arrêt *Rizzo c. Hanover Insurance Co.* (1993), 14 O.R. (3d) 98 (C.A.), dans lequel la cour a statué qu'un verdict d'acquittal n'est pas admissible dans une instance civile subséquente pour prouver que la partie n'a pas commis l'acte reproché, semble exprimer l'opinion jurisprudentielle dominante à l'heure actuelle. Comme l'a indiqué le juge d'appel Catzman (p. 102) :

[TRADUCTION] D'éminents auteurs canadiens, britanniques et américains ont tous exprimé l'opinion que la preuve d'un verdict d'acquittal prononcé dans une affaire criminelle n'est pas admissible dans une instance civile subséquente pour établir que la partie n'a pas commis l'infraction : voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham : Butterworths, 1992), p. 1045; Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4 (Chadbourn rev., 1972), par. 1346a et vol. 5 (Chadbourn rev., 1974), par. 1671a; *McCormick on Evidence*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 2 (1992), par. 298, p. 298-299; *Jones on Evidence*, 6<sup>e</sup> éd., vol. 2 (1972), par. 12:25, p. 388-391; *Cross on Evidence*, 7<sup>e</sup> éd. (1990), p. 107.

[137] Le caractère définitif d'un acquittal pour les fins du droit criminel fait, bien sûr, intervenir des considérations différentes, dont des considérations d'ordre constitutionnel. La controverse dans ce domaine du droit découle en grande partie de la déclaration fréquemment citée du juge Lamer dans l'arrêt *Grdic* à propos du sens d'un acquittal en droit criminel canadien :

There are not different kinds of acquittals and, on that point, I share the view that “as a matter of fundamental policy in the administration of the criminal law it must be accepted by the Crown in a subsequent criminal proceeding that an acquittal is the equivalent to a finding of innocence” (see Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 129; also Chitty i, 648; *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339 at p. 349). To reach behind the acquittal, to qualify it, is in effect to introduce the verdict of “not proven”, which is not, has never been, and should not be part of our law. [Emphasis added; p. 825.]

[138] This statement requires elaboration. In the context of the protection against double jeopardy, it is beyond question that the law does not reach behind an acquittal. It matters not on what basis the accused is acquitted. As between the state and the accused, the determination is final. This protection against double jeopardy is not only well entrenched in the common law, it is now embodied in s. 11(h) of the *Charter*:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

It also finds expression in the now-codified special pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* under s. 607 of the *Criminal Code*. To say that “an acquittal is the equivalent to a finding of innocence” for all purposes, however, does not reflect the state of the law (*Grdic*, at p. 825).

[139] Indeed, after adopting Friedland’s statement on the meaning of an acquittal quoted above, Lamer J. in *Grdic* expounded on the effect of an acquittal for the purpose of *res judicata* as follows:

However, this does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the

Il n’existe pas différentes sortes d’acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRADUCTION] « le ministère public doit accepter en tant que principe fondamental de l’administration du droit criminel que, dans une poursuite criminelle subséquente, un acquittement équivaut à une déclaration d’innocence » (voir Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 129; voir aussi Chitty i, 648; et *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339, à la p. 349). Aller au delà de l’acquittement pour le qualifier revient en fait à introduire le verdict de « non prouvé » qui ne fait pas partie de notre droit, n’en a jamais fait partie et ne devrait pas en faire partie. [Je souligne; p. 825.]

[138] Il faut apporter des précisions à cet énoncé. Dans le contexte de la protection contre le double péril, il ne fait aucun doute que le droit ne va pas au-delà de l’acquittement. Le fondement de l’acquittement de l’accusé n’importe aucunement. Pour l’État et l’accusé, la décision est définitive. Non seulement cette protection contre le double péril est-elle fermement établie en common law, mais elle est maintenant inscrite à l’al. 11(h) de la *Charte* :

11. Tout inculpé a le droit :

h) d’une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d’autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

Elle figure également dans les moyens de défense particuliers d’*autrefois acquit* et d’*autrefois convict*, maintenant codifiés à l’art. 607 du *Code criminel*. Toutefois, l’affirmation qu’« un acquittement équivaut à une déclaration d’innocence » à tous égards ne rend pas compte de l’état du droit (*Grdic*, p. 825).

[139] En effet, après avoir fait sienne l’affirmation précitée de Friedland sur le sens de l’acquittement, le juge Lamer a expliqué comme suit dans l’arrêt *Grdic* l’effet de l’acquittement pour le besoin de l’application de la chose jugée :

Toutefois, cela ne signifie pas qu’aux fins de l’application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées

issues raised in the first trial. But it does mean that any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused (see *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *contra, Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297 at p. 300). This is so even though the judgment might well be the result of a reasonable doubt on that issue, and even when the judge has said so or expressed views that indicate clearly that his finding, though inuring to the benefit of the accused, had been arrived at with reluctance and the judge has suggested that it is not conclusively in favour of the accused. [Emphasis added; pp. 825-26.]

[140] In the years following *Grdic*, this statement was interpreted by some courts as creating an absolute bar against the admission of evidence underlying an acquittal in a subsequent proceeding, regardless of the basis for the acquittal or of the relevance of the evidence in that subsequent proceeding; see, for example, *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (Ont. C.A.); *R. v. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (Ont. C.A.); *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.). Although the language in the underlined passage above is certainly suggestive of an absolute exclusionary rule, it is not to be interpreted as such, for, as *Grdic* itself admits of an exception — a hard and fast rule excluding the admission of relevant evidence underlying a prior acquittal will not serve the ends of justice in all circumstances. Indeed, *Grdic* notes that in appropriate circumstances fraud, such as perjury, could be set up against an accused to deny him the benefit of issue estoppel (p. 827). In such cases, society's interest in prosecuting the perjurer tips the balance in favour of allowing the relitigation of an issue previously decided.

[141] As stated earlier, the application of the doctrine of *res judicata* requires a balancing of competing interests between finality of litigation on the one hand, and ensuring that justice is done in the particular circumstances of the case on the other. Absolute rules do not fit easily within this balancing exercise. It should therefore come as no

au premier procès. Mais cela signifie effectivement que toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé (voir *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; à l'effet contraire *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297, à la p. 300). Il en est ainsi quoique le jugement ait fort bien pu résulter d'un doute raisonnable sur cette question et même lorsque le juge dit que tel est le cas ou qu'il exprime des opinions qui révèlent clairement que ce n'est qu'avec réticence qu'il est arrivé à sa conclusion en faveur de l'accusé et qu'il laisse entendre que la décision n'est pas rendue de façon concluante en faveur de l'accusé. [Je souligne; p. 825-826.]

[140] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Grdic*, certains tribunaux ont considéré que cet extrait créait une interdiction absolue d'admettre, dans une instance subséquente, des éléments de preuve sous-tendant un acquittement, quel que soit le fondement de l'acquittement ou la pertinence de ces éléments de preuve pour l'instance subséquente : voir, par exemple, *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Ont.); *R. c. G. (K.R.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 268 (C.A. Ont.); *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.). Bien que, par sa formulation, le passage souligné de l'extrait qui précède semble certainement indiquer que l'exclusion est absolue, il ne doit pas être interprété ainsi, car une règle stricte interdisant l'admission d'éléments de preuve pertinents sous-tendant un acquittement précédent ne servira pas les fins de la justice dans toutes les circonstances, sans compter que l'arrêt *Grdic* a lui-même permis une exception. De fait, *Grdic* signale que dans certaines circonstances, la fraude, dont le parjure est une manifestation, pourrait être opposée à un accusé pour l'empêcher d'invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (p. 827). Dans de tels cas, l'intérêt pour la société de poursuivre les auteurs de parjure fait pencher la balance en faveur de la remise en cause d'une question ayant déjà fait l'objet d'une décision.

[141] Comme je l'ai déjà indiqué, l'application de la doctrine de la chose jugée nécessite la mise en balance des intérêts opposés que sont le maintien du caractère définitif des décisions judiciaires, d'une part, et le souci de veiller à ce que justice soit rendue dans les circonstances propres à chaque cas, d'autre part. Les règles absolues ne cadrent

surprise that the seemingly absolute proposition in *Grdic* did not find application in the subsequent case of *Arp*.

[142] It is not necessary for our purposes to review the facts or the analysis in *Arp* in any detail. It suffices to recall the following. *Arp* was tried and convicted of two counts of murder. The evidence on each count was admissible as similar fact on the other. One of the principal issues before this Court concerned the proper charge to a jury on the use it could make of similar fact evidence in arriving at its verdict on each count.

[143] Based on the reasoning that an acquittal is equivalent to a finding of innocence, *Arp* argued the following (at para. 76):

The appellant submits that if a conviction is obtained on one count in a multi-count indictment but the accused is acquitted on the other count, then the conclusion must be that the same person did not commit both offences, and the conviction is tainted to the extent that it was based on the similar fact evidence. As the appellant points out, the problem of inconsistent verdicts would disappear if the jury were directed, at the outset of their deliberations, to decide beyond a reasonable doubt whether both offences were committed by the same person.

[144] The Court rejected this argument. Cory J., in writing for the Court, affirmed the fundamental principle enunciated in *Grdic*, but rejected the notion that it created an absolute rule precluding the admission of evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. He explained as follows (at para. 78):

The principle enunciated in *Grdic* is fundamental to our system of justice. It seeks to ensure that an accused need not repeatedly defend himself against the same allegations. Nevertheless, in certain circumstances, the fact of an accused's prior acquittal may have relevance to an ultimate issue in a subsequent trial. For

pas aisément avec une telle opération de mise en balance. Il ne faut donc pas se surprendre de ce que le principe apparemment absolu formulé dans *Grdic* n'ait pas été appliqué dans l'arrêt subséquent *Arp*.

[142] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à un examen détaillé des faits ou de l'analyse de l'affaire *Arp*. Le résumé suivant suffira. *Arp* avait été jugé et reconnu coupable sur deux chefs d'accusation de meurtre. La preuve relative à chacun des chefs avait été jugée admissible à l'égard de l'autre à titre de preuve de faits similaires. L'une des principales questions soumises à notre Cour portait sur les directives qui devaient être données au jury concernant l'utilisation de la preuve de faits similaires pour parvenir à un verdict sur chacun des chefs.

[143] Invoquant le raisonnement selon lequel un acquittement équivaut à une déclaration d'innocence, *Arp* avait soumis l'argument suivant (par. 76) :

L'appellant prétend que, si un accusé est déclaré coupable d'un des deux chefs d'un acte d'accusation mais qu'il est acquitté de l'autre chef, il faut alors conclure que les deux infractions n'ont pas été commises par la même personne, et la déclaration de culpabilité est viciée dans la mesure où elle reposait sur une preuve de faits similaires. Comme le souligne l'appellant, le problème des verdicts incompatibles disparaîtrait si l'on invitait le jury, au début de ses délibérations, à décider hors de tout doute raisonnable si les deux infractions ont été commises par la même personne.

[144] La Cour a rejeté cet argument. Dans les motifs qu'il a rédigés pour la Cour, le juge Cory a confirmé le principe fondamental énoncé dans *Grdic*, mais il a écarté l'idée que ce principe établit une règle absolue rendant inadmissibles dans une instance les éléments de preuve soumis dans une instance antérieure ayant abouti à un acquittement. Il a donné l'explication suivante (par. 78) :

Le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic* est fondamental pour notre système de justice. Il vise à faire en sorte qu'un accusé ne soit pas obligé de se défendre à répétition contre les mêmes allégations. Néanmoins, dans certaines circonstances, le fait qu'un accusé ait, dans le passé, été acquitté d'accusations pesant contre

example, in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court held that the evidence was properly admissible. As Widgery J. stated in *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), at p. 276:

... it may well happen that evidence relating to the charge giving rise to the acquittal will be called on the subsequent charge, but, if it is so called, it will be called because it has relevance to the subsequent charge quite independently of any question whether the accused was guilty or innocent on the first charge.

On the basis of this reasoning, the evidence of the prior acquittal in *Ollis* was correctly admitted. It was admitted to prove intent. Even if the accused was acquitted of the first charge, the fact that he had been tried on similar charges once before went to his knowledge of wrongdoing irrespective of his guilt on the first charge. The fact of his prior trial and acquittal could be admitted for this limited purpose, but would of course require a careful instruction from the trial judge. Yet, in most situations, it will be unfair and inappropriate to admit the evidence underlying the prior acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused. [First and third emphasis added; second emphasis added in *Arp*.]

[145] It may be argued that the so-called “*Ollis* exception” would only permit evidence of the bare fact of the acquittal, and not the underlying evidence, to be admitted. I would not accept that argument. The bare fact of the prior acquittal in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, would not have any significance in the subsequent proceeding without relating some of the underlying facts. Therefore, as the underlined text quoted above makes apparent, the

lui peut être pertinent à l'égard d'une question fondamentale dans un procès subséquent. Par exemple, dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la preuve était admissible. Comme l'a affirmé le juge Widgery dans *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), à la p. 276 :

[TRADUCTION] ... il peut bien arriver que la preuve relative à l'accusation qui s'est soldée par un acquittement soit produite relativement à l'accusation subséquente, mais, si tel est le cas, cette preuve sera produite parce qu'elle est pertinente à l'égard de l'accusation subséquente, indépendamment de la question de savoir si l'accusé était innocent ou coupable de la première accusation.

Suivant ce raisonnement, la preuve de l'acquittement antérieur a été à bon droit admise dans *Ollis*. Elle a été admise pour prouver l'intention. Même si l'accusé avait été acquitté de la première accusation, le fait qu'il avait déjà subi un procès relativement à des accusations similaires se rapportait à sa connaissance d'un acte fautif, indépendamment de sa culpabilité relativement à la première accusation. Son procès et son acquittement antérieurs pouvaient être admis pour cette fin limitée, mais ils exigeaient évidemment des directives minutieuses de la part du juge du procès. Néanmoins, dans la plupart des situations, il sera injuste et inopportun d'admettre une preuve sous-tendant l'acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé. [Premier et troisième soulignements ajoutés; deuxième soulignement ajouté dans *Arp*.]

[145] Certains peuvent prétendre que l'« exception *Ollis* » ne permet l'admission en preuve que du seul fait de l'acquittement et non des éléments de preuve sous-jacents. Je ne puis me rendre à cet argument. Dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, le seul fait de l'acquittement antérieur aurait été dépourvu de pertinence dans l'instance subséquente si des faits sous-jacents n'avaient pas été relatés. Par conséquent, ainsi qu'il ressort clairement des passages

question of admissibility of prior acquittal evidence will depend, not on an absolute rule barring its admissibility in all cases, but on the careful weighing of the probative value of the evidence to an ultimate issue in the subsequent proceeding, as against the unfairness of requiring the accused to repeatedly defend himself against the same allegations on the issue in question. In most cases, given the importance of maintaining the integrity of the verdict in the prior proceeding, the latter will trump. In short, as we can recognize here, the admissibility of the evidence will be determined in accordance with the familiar similar fact evidence test. I will elaborate later on how the similar fact test is entirely suited to deal with questions of admissibility in this context. But first, I return to the analysis in *Arp*.

[146] As for *Arp*'s argument that the *Grdic* principle applied to the circumstances of his case, Cory J. rejected the argument outright, stating as follows (at para. 79):

Even so, I cannot accept the proposition that the principle set out in *Grdic*, *supra*, applies to verdicts rendered by the same trier of fact in respect of charges tried together in a single proceeding. There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it. There may very well be good reasons to exclude similar fact evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. However, the principle has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment. There a careful instruction from the trial judge will be required. It will be necessary to explain to the jury that evidence adduced on one count upon which the jury would acquit may be used in assessing the liability on another count or counts. [Emphasis added.]

[147] Similarly, the doctrine of *res judicata*, which is intended in this context to protect an accused against *repeated* attacks in respect of matters *already* adjudicated in his favour, can have no retroactive application to impugn the *first* proceeding as contended in the case before us. As we shall

soulignés précités, l'admissibilité d'éléments de preuve se rapportant à un acquittement antérieur dépendra, non d'une règle absolue en interdisant l'admission dans tous les cas, mais d'une évaluation prudente de leur valeur probante pour une question fondamentale de l'instance subséquente par rapport à l'injustice qu'il y a à obliger un accusé à se défendre à répétition contre les mêmes allégations sur la question en cause. Compte tenu de l'importance du maintien de l'intégrité du verdict, le verdict antérieur aura le plus souvent préséance. En résumé, comme l'illustre la présente espèce, c'est le critère déjà connu appliqué en matière de preuve de faits similaires qui régira l'admissibilité de la preuve. Je préciserai plus loin en quoi ce critère est tout à fait adapté à l'examen des questions d'admissibilité se posant dans le présent contexte. Mais je veux auparavant revenir sur l'analyse élaborée dans *Arp*.

[146] Pour ce qui est de l'argument de *Arp* selon lequel le principe de l'arrêt *Grdic* s'appliquait à sa situation, le juge Cory l'a rejeté d'emblée, affirmant ce qui suit (par. 79) :

Malgré cela, je ne puis accepter la thèse voulant que le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic*, précité, s'applique aux verdicts rendus par le même juge des faits relativement à des accusations jugées ensemble dans un même procès. Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréciliable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte. Il peut très bien exister de bonnes raisons d'exclure une preuve de faits similaires sous-tendant un acquittement antérieur dans une poursuite subséquente. Toutefois, ce principe ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs. Dans ces cas, le juge du procès devra donner des directives minutieuses au jury. Il est nécessaire d'expliquer au jury que la preuve produite relativement à un chef d'accusation à l'égard duquel celui-ci prononce un acquittement peut être utilisée pour décider de la culpabilité à l'égard d'un ou plusieurs autres chefs. [Je souligne.]

[147] De la même façon, la doctrine de la chose jugée, qui vise dans ce contexte à protéger un accusé contre des attaques *répétitives* concernant des questions *déjà* tranchées en sa faveur, ne peut, par application rétroactive, contester le *premier* procès, comme on le prétend en l'espèce. Comme

sec, if at all relevant, the principle of *res judicata* could only find application in respect of a *subsequent* proceeding.

### 5.6 *Conclusion on Issue Estoppel and the Criminal Law*

[148] As stated at the beginning of this analysis, the precise nature of *res judicata* and, in turn, its boundaries are difficult to establish. This uncertainty, however, is not due to any lack of clarity concerning its underlying purpose or rationales, or to any doubt about its importance to the administration of justice, whether in the civil or criminal context. Nor is the imprecision about the particulars of *res judicata* owed to faulty legal doctrine. It is attributable, rather, to the multitude and diversity of circumstances in which *res judicata* finds necessary application, and the resulting variety of forms that it assumes. The key to achieving any certainty and coherence in the law in this area is to choose the proper mechanism to suit the particular context.

[149] Issue estoppel, as a distinct and well-defined form of *res judicata* originating in the civil context, continues to serve well the ends of justice and fairness in that area of the law. However, in its transposition into the criminal law issue estoppel has proven ill-suited to address the concerns arising from relitigation in that context. As we have seen, the doctrine lost one of its three limbs from the start, and determining the other two in a principled manner has proven difficult ever since. The result has been a confused and inconsistent application of the doctrine of issue estoppel in the criminal law context. The question on this appeal is whether these inconsistencies warrant the complete elimination of the doctrine of issue estoppel from Canadian criminal law, or whether issue estoppel as it is applied in criminal proceedings retains enough principled or practical import to justify its retention.

nous le verrons, si cette doctrine de la chose jugée revêt la moindre pertinence, elle n'est applicable qu'à l'égard de l'instance *subséquente*.

### 5.6 *Conclusion au sujet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit criminel*

[148] Comme j'en ai fait état au début de cette analyse, la nature précise de la doctrine de la chose jugée et, par la suite, ses limites, sont difficiles à établir. Cette incertitude, toutefois, n'est pas attribuable à des fins ou des raisons d'être ambiguës pas plus qu'à des doutes sur l'importance de la doctrine pour l'administration de la justice, que ce soit en matière civile ou en matière criminelle. On ne peut non plus mettre sur le compte des auteurs l'imprécision touchant les composantes de la doctrine de la chose jugée. Elle tient plutôt à la multitude et à la diversité des circonstances dans lesquelles la doctrine doit s'appliquer et à la variété des formes qu'elle prend de ce fait. La certitude et la cohérence du droit dans ce domaine dépendent donc du choix d'un mécanisme qui convient au contexte.

[149] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée, comme forme distincte et bien définie de chose jugée ayant pris naissance en droit civil, continue de bien servir les fins de la justice et de l'équité en matière civile. Cependant, sa transposition en droit criminel n'offre pas le cadre voulu pour le règlement des problèmes de remise en cause dans ce contexte. Comme nous l'avons vu, la doctrine a dès le départ perdu l'un de ses trois éléments et, depuis lors, il s'est toujours révélé difficile de statuer de façon raisonnée sur les deux autres, de sorte que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a connu une application confuse et incohérente en matière criminelle. Le présent pourvoi pause la question de savoir si ces incohérences justifient l'élimination complète de cette doctrine du droit criminel canadien ou si, telle qu'elle est appliquée dans les instances criminelles, elle conserve assez d'importance au plan des principes et de la pratique pour qu'on la conserve.



[150] In her treatment of this question, the Chief Justice agrees that issue estoppel, as applied in criminal cases since *Grdic*, “has created perplexing difficulties” and that reform is required “beyond doubt” (para. 1). In her view, the difficulties that currently attend the application of issue estoppel in criminal cases stem primarily from the unwarranted extension of the rule to “any issue raised in a prior trial which resulted in an acquittal” and from the “view that it can operate retrospectively” as argued on this appeal (paras. 32-33 (emphasis in original)). She therefore concludes that if issue estoppel is properly understood “according to its defining features” and is narrowly confined “to the focused compass of precluding the Crown from leading evidence which is inconsistent with findings made in the accused’s favour in a previous proceeding”, the difficulties associated with its application in the criminal context largely disappear (paras. 2 and 73).

[151] I respectfully disagree that the numerous difficulties discussed earlier stem simply from a misapplication of the rule of issue estoppel. As demonstrated above, the problems that almost inevitably follow its application in the criminal context are not due to courts overextending the doctrine of issue estoppel so as to bar any issue raised in a prior trial. In fact, I know of no case that has applied the doctrine in such a way. The difficulties are rooted, rather, in the fundamental incompatibility of issue estoppel — even when applied narrowly as intended — with the particular nature and concerns inherent to criminal law proceedings. This basic misfit counsels *against* the application of issue estoppel in the criminal law in the first place. It cannot be cured by mandating strict adherence to the rule — in my respectful view, it requires rather that the concept of issue estoppel find no further application in criminal law.

[150] Dans son examen de cette question, la Juge en chef reconnaît que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, telle qu’elle est appliquée en matière criminelle depuis *Grdic*, « est source de confusion » et qu’une réforme est « incontestablement » nécessaire (par. 1). Selon elle, les difficultés d’application que connaît actuellement cette doctrine en matière criminelle découlent principalement de son extension indue à « toute question soulevée dans un procès antérieur ayant donné lieu à un acquittement » et de « la conception qu’elle peut avoir une portée rétrospective » comme on l’a soutenu en l’espèce (par. 32-33 (en italique dans l’original)). Elle conclut donc que si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est conçue comme il se doit « en tenant compte des caractéristiques qui la définissent » et que « son champ d’application [est] limité à l’interdiction, pour le ministère public, de présenter une preuve incompatible avec des conclusions favorables à l’accusé formulées dans une instance antérieure », ses difficultés d’application en matière criminelle disparaissent en grande partie (par. 2 et 73).

[151] En toute déférence, je ne puis souscrire à l’opinion que les nombreuses difficultés évoqués précédemment découlent simplement d’une mauvaise application de la règle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Comme on l’a vu, les problèmes qui suivent presque inévitablement son application en matière criminelle ne procèdent pas d’un élargissement indu de la doctrine de la préclusion à toute question soulevée dans un procès antérieur. En fait, il n’existe à ma connaissance aucun cas où la doctrine a été appliquée de cette façon. Le problème vient plutôt de l’incompatibilité fondamentale de cette préclusion — même appliquée restrictivement comme il se doit — avec la nature et les enjeux particuliers inhérents aux instances criminelles. Cette incompatibilité fondamentale milite *contre* l’application même de cette préclusion en droit criminel, et on ne saurait y remédier en prescrivant d’adhérer strictement à la règle. À mon avis, il faut plutôt que le concept de préclusion découlant d’une question déjà tranchée cesse de s’appliquer en droit criminel.

[152] Eliminating issue estoppel does *not* mean that no bar to abusive relitigation would exist in the criminal context. On the contrary, there is an arsenal of related criminal law concepts that are entirely more suited to meet the specific concerns that arise from the possibility of relitigation in the criminal context. Concern that the inherent discretion involved in the application of some of these concepts may not provide adequate protection for an accused, in my respectful view, is misplaced. As we have seen, issue estoppel is ultimately a discretionary exercise which itself admits of certain exceptions. It is true that a “simple, clear rule” guiding the application of issue estoppel in the criminal context would effectively “prevent issues established in one criminal proceeding from being relitigated in a subsequent proceeding” (Chief Justice’s reasons, at para. 47). However, the inherent inflexibility of an absolute rule is part of the problem. Consider the following example which essentially mirrors the fact situation in *G. (K.R.)*, a case which my colleague identifies at para. 33 of her reasons as exemplary of the over-extension of the doctrine of issue estoppel.

[153] An accused is convicted on charges of sexual assault on two children. At trial, the Crown introduces similar fact evidence through the testimony of a third child, A.B., who is not one of the complainants but who allegedly was also sexually assaulted by the accused. In convicting the accused, the trial judge expressly relies on the similar fact evidence of A.B. Subsequently, the accused is charged with sexually assaulting A.B. and is acquitted. The accused appeals his conviction. The question is whether the accused’s conviction should be overturned based on the fresh evidence of his subsequent acquittal. If the issue is framed in terms of issue estoppel, I would agree that the clear and simple answer is no, the conviction should not be overturned because the doctrine cannot apply retrospectively. Hence, an appellate court would indeed be wrong to overturn the conviction on the basis of issue estoppel.

[152] L’élimination de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée *ne* signifie *pas* que rien ne s’opposerait plus à la remise en cause en matière criminelle. Au contraire, il existe toute une panoplie de concepts connexes de droit criminel qui sont beaucoup plus indiqués pour répondre aux problèmes particuliers soulevés par la possibilité de remise en cause en matière criminelle. Il n’y a pas lieu, à mon avis, de craindre que le pouvoir discrétionnaire inhérent associé à l’application de certains de ces concepts ne protège pas suffisamment l’accusé. Comme on l’a vu, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée constitue en bout de ligne un exercice discrétionnaire qui appelle lui-même quelques exceptions. Il est vrai qu’une « règle simple et claire » encadrant l’application de cette préclusion en matière criminelle empêcherait effectivement « la remise en cause dans un procès criminel de questions réglées dans une instance criminelle antérieure » (motifs de la Juge en chef, par. 47). Mais la rigidité inhérente d’une règle absolue fait partie du problème. Examinons l’exemple suivant, qui reprend essentiellement les faits de l’affaire *G. (K.R.)*, que ma collègue évoque au par. 33 de ses motifs à titre d’illustration de l’élargissement indu de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[153] Un accusé a été déclaré coupable d’agression sexuelle sur la personne de deux enfants. Au procès, le ministère public a présenté une preuve de faits similaires constituée du témoignage d’un troisième enfant, A.B., qui n’était pas l’un des plaignants mais qui aurait lui aussi été agressé sexuellement par l’accusé. En déclarant l’accusé coupable, le juge du procès s’est expressément appuyé sur la preuve de faits similaires obtenue de A.B. Par la suite, l’accusé a été cité à procès pour agression sexuelle sur la personne de A.B. et il a été acquitté. L’accusé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité antérieure. La déclaration de culpabilité aurait-elle dû être annulée sur le fondement de l’admission, à titre de nouvel élément de preuve, de la preuve de l’acquittement subséquent? Je conviens qu’en appliquant la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée la réponse claire et simple est non, il n’y aurait pas lieu de casser

In my view, however, the just outcome in this scenario requires a more nuanced approach than the absolute rule of issue estoppel can provide. I will explain.

[154] On the one hand, if the trial judge in the second trial finds that A.B. fabricated the allegation against the accused and that the alleged sexual assault never occurred, it would only be just to overturn the accused's conviction on the first trial which, in part, rested on the reliability of A.B.'s testimony. The proposed fresh evidence could well impact on the question of admissibility of A.B.'s similar fact evidence. Yet, the application of issue estoppel would not permit a court to grant this remedy to the accused because issue estoppel does not apply retrospectively. On the other hand, if the trial judge in the second trial concludes that the sexual assault on A.B. likely happened, but acquits because he is not satisfied of the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the unavailability of issue estoppel is of no concern. There is no principled reason to overturn the conviction in the first trial. The result would be the same if all three allegations were tried together. In other words, the proposed fresh evidence, when taken with the other evidence adduced at trial, could not reasonably be expected to have affected the result.

[155] Therefore, the just outcome in this example cannot be determined by a "clear and simple" application of the rules governing issue estoppel. As explained earlier, the varying burdens of proof applicable in a criminal proceeding require a more nuanced approach. The question is therefore better determined by applying the usual *Palmer* criteria for the admissibility of fresh evidence (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759) and, in this

la déclaration de culpabilité parce que la doctrine ne peut s'appliquer rétrospectivement. Une cour d'appel commettrait en conséquence une erreur en annulant le verdict de culpabilité par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. J'estime toutefois qu'il faut, pour résoudre le problème posé par ce scénario, employer une méthode plus nuancée que ce que la règle absolue de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut offrir. Je m'explique.

[154] D'un côté, si le juge du second procès conclut que A.B. a inventé l'accusation et que l'agression sexuelle alléguée n'a jamais eu lieu, il ne serait que juste d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée au premier procès, laquelle reposait en partie sur la véracité du témoignage de A.B. Le nouvel élément de preuve pourrait fort bien avoir une incidence sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires obtenue de A.B. Pourtant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée empêcherait un tribunal d'accorder ce recours à l'accusé parce qu'elle n'est pas susceptible d'application rétrospective. Par contre, si le juge du second procès conclut qu'il y a probablement eu agression sexuelle contre A.B. mais décide d'acquitter l'accusé parce qu'il n'est pas convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'inapplicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est sans importance. Il n'y a aucune raison logique d'infirmier la déclaration de culpabilité prononcée au premier procès. Le résultat serait identique si les trois accusations avaient été instruites dans le même procès. Autrement dit, on ne pourrait raisonnablement conclure que le nouvel élément de preuve qu'on souhaite présenter, considéré avec le reste de la preuve présentée, aurait pu influencer sur le résultat.

[155] En conséquence, l'application « claire et simple » des règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne permet pas de parvenir à une solution juste dans cet exemple. Comme je l'ai expliqué précédemment, les divers fardeaux de preuve applicables dans une instance criminelle appellent une approche plus nuancée. Il conviendrait donc mieux de trancher la question en appliquant les critères habituels de l'arrêt *Palmer*

example, the rules governing the admissibility of similar fact evidence.

[156] If it were necessary to redefine issue estoppel as a distinct concept for effective application in the criminal context, *res judicata*, in its widest sense, might prove sufficiently flexible to accommodate this development and, for better clarity, the concept could be given a different name. The continuation of common law rules and principles that provide justifications, excuses or defences under s. 8(3) of the *Criminal Code*, would allow this approach. However, it is neither necessary nor advisable to go down that path. Existing criminal law concepts are adequate to the task of preventing abusive prosecution in the criminal context. I now turn to the circumstances of the present case.

#### 6. Application to This Case

[157] There was no dispute at trial that Balasingam's evidence about the phone call from Mahalingan was admissible, and understandably so. The evidence was clearly admissible. It will be helpful, however, to identify the evidentiary rule at play and explain why the evidence was admissible under that rule. As I will explain, the admissibility of this item of evidence is governed by the similar fact evidence rule. The same analytical framework will apply if the Crown seeks to adduce evidence of the alleged phone call at the new trial, albeit with a considerable shift in the balancing of factors given the intervening acquittal on the obstructing justice charge.

[158] We start from the cardinal principle of our law of evidence that any relevant information may be admitted in evidence, unless it is subject to an exclusionary rule. The evidence about the phone call was clearly relevant to an issue in the

relatifs à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve (*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759) et, dans cet exemple, les règles régissant l'admissibilité de la preuve de faits similaires.

[156] S'il était nécessaire de redéfinir la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en tant que concept distinct pour qu'elle s'applique efficacement en matière criminelle, la doctrine de la chose jugée, dans son acception la plus large, pourrait présenter la souplesse nécessaire pour permettre cette évolution, et l'on pourrait, pour plus de clarté, donner un nom différent à ce concept. Le maintien des règles et des principes de la common law prévus au par. 8(3) du *Code criminel* concernant les justifications, les excuses et les moyens de défense permettrait une telle évolution. Toutefois, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de s'engager dans cette voie. Il existe des concepts de droit criminel adaptés à la prévention des poursuites criminelles abusives. J'aborde maintenant les faits de la présente espèce.

#### 6. Application à la présente espèce

[157] Au procès, nul n'a contesté l'admissibilité du témoignage de M. Balasingam concernant l'appel téléphonique de M. Mahalingan. C'est compréhensible, car cet élément de preuve était clairement admissible. Il sera utile, toutefois, de cerner la règle de preuve applicable et d'expliquer pourquoi elle permettait de recevoir l'élément de preuve. Comme je vais l'expliquer, l'admissibilité de cet élément de preuve obéit à la règle de la preuve de faits similaires. Le même cadre analytique s'appliquera si le ministère public tente de présenter au nouveau procès une preuve relative au prétendu appel téléphonique, bien que l'acquiescement prononcé relativement à l'accusation d'entrave à la justice modifiera sensiblement l'appréciation des facteurs.

[158] L'analyse part du principe primordial de notre droit de la preuve selon lequel tout renseignement propre à prouver un fait en cause est admissible en preuve, à moins qu'une règle d'exclusion ne s'applique. Le témoignage au sujet de l'appel

case. As stated earlier, the identity of the attackers was the central issue at trial. Mahalingan's alleged apology to Balasingam over the telephone and his admission that he had come for Perinpanathan, if believed by the jury, were highly probative on the issue of identity, counselling in favour of their admission.

[159] There is, however, an exclusionary rule at play here — the “very old rule of the common law” prohibiting the prosecution from adducing “evidence of misconduct beyond what is alleged in the indictment which does no more than blacken [the accused's] character”: *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, at paras. 31-32. As noted in *Handy*, at paras. 32-33, this general exclusionary rule dates at least as far back as *Harrison's Trial* in 1692 and was

[s]ubsequently, and most famously . . . laid down by Lord Herschell L.C. [in] *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), in these terms, at p. 65:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

[160] It is clear that the rule extends not only to criminal acts, but to “similar acts” of a discreditable nature: *Handy*, at para. 34. Indeed, the rule finds its most common application in cases where the Crown seeks to introduce evidence that the accused committed discreditable acts similar to that in respect of which he is charged, hence the label “similar fact evidence rule”. However, the rule also extends to criminal or otherwise discreditable acts that bear no similarity to the offence with which the accused is charged. Marc Rosenberg, now Rosenberg J.A., provided the following useful example in an article quoted to make

téléphonique se rapportait clairement à une question en cause. Tel qu'indiqué précédemment, la principale question au procès était l'identité des agresseurs. Les excuses que M. Mahalingan avait censément présentées à M. Balasingam par téléphone et son aveu que c'est à M. Perinpanathan qu'il voulait s'en prendre avaient, si le jury y ajoutait foi, une forte valeur probante pour ce qui est de l'identité, ce qui militait en faveur de leur admission en preuve.

[159] Il existe toutefois une règle d'exclusion en l'espèce — la « très ancienne règle de common law » interdisant au ministère public de présenter une « preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation et qui ne fait que ternir [l]a réputation » de l'accusé : *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, par. 31-32. Comme on le fait observer aux par. 32-33 de l'arrêt *Handy*, cette règle générale d'exclusion remonte au moins au *Harrison's Trial*, en 1692 et

[p]ar la suite et de façon très remarquable, le lord chancelier Herschell a formulé la règle [. . .] en ces termes dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), p. 65 :

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que, dans le but d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa moralité, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, la poursuite ne peut pas apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

[160] De toute évidence, la règle ne vise pas que les actes criminels mais englobe les « faits similaires » de caractère déshonorant : *Handy*, par. 34. D'ailleurs, elle est le plus souvent appliquée dans des affaires où le ministère public cherche à soumettre des éléments de preuve établissant que l'accusé a déjà commis des actes déshonorants similaires à ceux dont il est accusé, c'est pourquoi on l'appelle la « règle de preuve de faits similaires ». Toutefois, la règle s'étend aussi aux actes criminels ou autrement déshonorants qui ne présentent pas de similitude avec l'infraction reprochée à l'accusé. Marc Rosenberg, maintenant le juge d'appel Rosenberg,

the same point in *R. v. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38 (Ont. C.A.), at para. 31:

[A]ssume that it can be shown that the deceased was killed by a bullet from a particular gun. The Crown wishes to introduce evidence that the day before, the accused broke into a gun store and stole that particular gun. The fact that the accused committed the disreputable act of break, enter and theft is really incidental to the case. What the Crown needs that evidence for is to show that the accused had possession of the murder weapon at a time proximate to the killing. From this the jury will be asked to infer that he had the gun at the time of the killing and therefore that he is the killer.

(“Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”, in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence* (1994), vol. 1, s. 8.1, at p. 4)

[161] In this example, there is no similarity between the break and enter and theft of the gun and the murder. Yet, the proposed evidence of the accused’s prior conduct is discreditable and the same evidentiary rule — the “similar fact evidence rule” — applies. This inconsistency has led several authors and courts to note that the label “similar fact evidence rule” is somewhat of a misnomer: Sopinka, Lederman and Bryant, at pp. 525-26; Paciocco and Stuesser, at p. 50; *Cross and Tapper on Evidence* (11th ed. 2007), at p. 404; *B. (L.)*, at para. 6; *R. v. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329 (Ont. C.A.), at para. 14; *R. v. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288 (Nfld. C.A.), at para. 8. However, the label is so entrenched that we still conveniently refer to the rule as the “similar fact evidence rule”. I will continue to do so here, even though, in effect, it is a character evidence rule that encompasses all evidence of discreditable conduct that falls outside the scope of the indictment.

[162] The rationale for the rule has often been repeated and needs no elaboration here. It is sufficient for our purposes to repeat Binnie J.’s succinct description of the policy basis justifying the

en a donné un exemple utile dans un article qui a été cité à l’appui de la même position dans *R. c. B. (L.)* (1997), 9 C.R. (5th) 38 (C.A. Ont.), par. 31 :

[TRADUCTION] [S]upposons que l’on puisse démontrer que la victime a été tuée d’une balle provenant d’une arme en particulier. Le ministère public veut soumettre en preuve que, la veille du meurtre, l’accusé est entré par effraction dans une armurerie et a volé cette arme. Le fait que l’accusé ait commis l’acte déshonorant d’entrer par effraction et de voler est en fait étranger à l’affaire. C’est pour démontrer que l’arme du crime était en la possession de l’accusé peu de temps avant le meurtre que le ministère public a besoin de cette preuve. On demandera au jury d’inférer de cette preuve que l’accusé avait l’arme en sa possession au moment du meurtre et que c’est donc lui l’auteur du crime.

(« Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Colloque national sur le droit criminel, *Criminal Evidence* (1994), vol. 1, art. 8.1, p. 4)

[161] Dans cet exemple, l’entrée par effraction et le vol de l’arme ne présentent aucune similitude avec le meurtre. Pourtant, la conduite antérieure de l’accusé que l’on veut mettre en preuve constitue un acte déshonorant, et la même règle de preuve — la « règle de preuve de faits similaires » — s’applique. Cette incohérence a amené plusieurs auteurs et tribunaux à souligner qu’il n’est pas tout à fait exact d’appeler cette règle la « règle de preuve de faits similaires » : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 525-526; Paciocco et Stuesser, p. 50; *Cross and Tapper on Evidence* (11<sup>e</sup> éd. 2007), p. 404; *B. (L.)*, par. 6; *R. c. Kirk* (2004), 188 C.C.C. (3d) 329 (C.A. Ont.), par. 14; *R. c. Oldford* (1999), 139 C.C.C. (3d) 288 (C.A.T.-N.), par. 8. Toutefois, l’expression est si consacrée que nous continuons, de façon pratique, à parler de la « règle de preuve de faits similaires », et c’est cette expression que j’emploierai ici, même s’il s’agit effectivement d’une règle de preuve de moralité qui englobe toute preuve de conduite déshonorante ne se rapportant pas à l’acte d’accusation.

[162] La raison d’être de cette règle a maintes fois été répétée et n’a pas besoin d’explication en l’espèce. Il suffira, pour notre propos, de citer le bref exposé du principe général justifiant l’exclusion de

exclusion of similar fact evidence, stated in *Handy*, at para. 37:

The policy basis for the exclusion is that while in some cases propensity inferred from similar facts may be relevant, it may also capture the attention of the trier of fact to an unwarranted degree. Its potential for prejudice, distraction and time consumption is very great and these disadvantages will almost always outweigh its probative value. It ought, in general, to form no part of the case which the accused is called on to answer. It is excluded notwithstanding the general rule that all relevant evidence is admissible: *Arp, supra*, at para. 38; *Robertson, supra*, at p. 941; *Morris, supra*, at pp. 201-2; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 613.

[163] The similar fact evidence rule therefore precludes the Crown from adducing evidence that the accused engaged in criminal or discreditable conduct beyond what is alleged in the indictment, unless it is established on a balance of probabilities that the probative value of the evidence in relation to an issue in the case outweighs its potential prejudicial effect. Much has been discussed in prior jurisprudence about relevant factors to be considered in assessing the probative value and potential prejudicial effect of evidence and it is not necessary in the context of this appeal to discuss these factors at length. Keeping in mind that no list can be exhaustive, Paciocco and Stuesser provide a useful digest of factors that have been identified in the case law in assessing the probative value and potential prejudicial effect of similar fact evidence (pp. 46-47).

[164] It is important to note, however, what is *not* meant by “prejudicial” in this context because, in its widest sense, any evidence that tends to prove guilt is prejudicial to the accused because it is detrimental to his position. Obviously, that is not the kind of prejudice targeted by the similar fact evidence rule. Professor Delisle defines the meaning of prejudice in this context succinctly as follows:

Prejudice in this context, of course, does not mean that the evidence might increase the chances of conviction

la preuve de faits similaires fait par le juge Binnie dans *Handy*, par. 37 :

La raison de politique générale justifiant l'exclusion de la preuve de propension ou de prédisposition est la suivante : bien que, dans certains cas, elle puisse être pertinente, la propension inférée de faits similaires peut aussi retenir indûment l'attention du juge des faits. Elle risque sérieusement de causer un préjudice, de détourner l'attention du jury et d'entraîner un délai excessif, et ces inconvénients l'emportent presque toujours sur sa valeur probante. En général, la propension de l'accusé ne devrait pas faire partie de la preuve qui pèse contre lui. Elle est exclue nonobstant la règle générale voulant que tout élément de preuve pertinent soit admissible : *Arp*, précité, par. 38; *Robertson*, précité, p. 941; *Morris*, précité, p. 201-202; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613.

[163] La règle de preuve de faits similaires interdit donc au ministère public de présenter des éléments de preuve d'une conduite criminelle ou déshonorante de l'accusé qui vont au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation, sauf s'il est établi suivant la prépondérance des probabilités que la valeur probante de ces éléments à l'égard d'une question en cause l'emporte sur leur possible effet préjudiciable. Il a beaucoup été question en jurisprudence des facteurs à prendre en compte dans l'évaluation de la valeur probante par rapport à l'effet préjudiciable possible, et il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le présent pourvoi, d'examiner ces facteurs en profondeur. Aucune liste ne peut être exhaustive, mais Paciocco et Stuesser ont dressé un inventaire utile des facteurs qui ont été utilisés dans la jurisprudence pour procéder à cette évaluation (p. 46-47).

[164] Il importe de signaler, toutefois, ce que le terme « préjudiciable » *ne veut pas* dire dans ce contexte car, pris dans son sens le plus large, tout élément de preuve tendant à prouver la culpabilité de l'accusé lui est préjudiciable parce qu'il nuit à sa position. À l'évidence, il ne s'agit pas là du préjudice que vise la règle de la preuve de faits similaires. Le professeur Delisle précise succinctement comme suit le sens du terme préjudice dans le contexte qui nous intéresse :

[TRADUCTION] Dans ce contexte, bien sûr, préjudice ne s'entend pas du fait que la preuve puisse accroître la

but rather that the evidence might be *improperly* used by the trier of fact. It is one thing for evidence to operate unfortunately for an accused but it is quite another matter for the evidence to operate unfairly. The trier who learns of the accused's previous misconduct may view the accused as a bad man, one who deserves punishment regardless of his guilt of the instant offence and may be less critical of the evidence presently marshalled against him. [Emphasis in original.]

(J. R. Delisle, "Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence" (1992), 16 *Prov. Judges J.* 13, at p. 15; see also *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at pp. 127-28, quoted in *B. (L.)*, at para. 22.)

[165] Balasingam's testimony about the phone call, although clearly relevant, constitutes evidence that Mahalingan committed the criminal offence of obstructing justice, a discreditable act that falls outside the scope of the indictment. The testimony is therefore a form of bad character evidence which, in theory, is subject to the general exclusionary rule. However, in the context of his trial on the attempt murder charge, Mahalingan would have had no credible basis to argue that the probative value of the evidence about the phone call was outweighed by the potential prejudicial effect of having the jury hear evidence that he may have committed the offence of obstructing justice. It is unsurprising that the admissibility of this evidence was not disputed.

[166] Therefore, the evidence about the phone call to Balasingam was properly admitted at trial and there is no reason to overturn the conviction on the ground of its admission. The proposed fresh evidence does not impact that conclusion. As explained previously, the subsequent acquittal on the charge of obstructing justice does not retroactively render this evidence inadmissible on the basis of issue estoppel. Blair J.A. was correct in refusing to give the doctrine of *res judicata* any retroactive effect as none of the principles that underlie *res judicata* find application in these circumstances.

probabilité d'une déclaration de culpabilité, mais plutôt du fait qu'elle puisse être utilisée à *mauvais escient* par le juge des faits. Le fait que la preuve ait des conséquences malheureuses pour l'accusé est une chose, mais si la preuve produit des effets inéquitables, c'est tout à fait autre chose. Le juge des faits qui est informé des écarts de conduite antérieurs de l'accusé peut considérer celui-ci comme une personne de mauvaises mœurs qui mérite une punition, qu'il soit coupable ou non de l'infraction reprochée et son esprit critique face à la preuve mobilisée contre l'accusé peut en être affaibli. [En italique dans l'original.]

(J. R. Delisle, « Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence » (1992), 16 *J.J. prov.* 13, p. 15; voir également *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 127-128, cité dans *B. (L.)*, par. 22.)

[165] Le témoignage de M. Balasingam au sujet du coup de téléphone, bien qu'il soit incontestablement pertinent, constitue une preuve de la commission par M. Mahalingan de l'infraction criminelle d'entrave à la justice, un acte déshonorant qui ne se rapporte pas à l'acte d'accusation. Il s'agit donc d'une forme de preuve de mauvaise moralité soumise, en théorie, à la règle générale d'exclusion. Toutefois, dans le contexte de son procès pour tentative de meurtre, M. Mahalingan n'aurait pu asseoir sur aucun fondement crédible son argument que les effets préjudiciables pouvant résulter de la présentation au jury d'un élément de preuve indiquant qu'il pouvait s'être rendu coupable d'entrave à la justice l'emportaient sur la valeur probante du témoignage relatif à l'appel téléphonique. Il n'est pas surprenant que l'admissibilité de cette preuve n'ait pas été contestée.

[166] Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve relative à l'appel téléphonique fait à M. Balasingam a été admise au procès, et son admission ne saurait justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité. Le nouvel élément de preuve qu'on veut présenter est sans incidence sur cette conclusion. Comme on l'a déjà expliqué, l'acquiescement subséquent à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice ne rend pas cette preuve rétroactivement inadmissible par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. C'est à bon droit que le juge Blair a refusé de donner un effet rétroactif



He was also correct in his conclusion on the application to introduce fresh evidence. There is nothing about the subsequent obstructing justice proceeding that undermines the reliability of the verdict on the attempt murder charge. As Blair J.A. aptly puts it at para. 89:

The same issue was not before the two triers. There is no exposure to double jeopardy. The jury in this case appropriately weighed the evidence that was properly before it, and found Mr. Mahalingan guilty of aggravated assault. In doing so they had only to be satisfied on a balance of probabilities that the phone call took place and that the appellant said what was attributed to him. To convict on the subsequent obstruct justice charge, Justice Marchand had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the charge had been made out. As he said, he was not. There is nothing inconsistent, unfair, or logically irreconcilable in those verdicts: *Arp*. [Footnote omitted.]

[167] I would have therefore dismissed the application to introduce fresh evidence and rejected the issue estoppel question raised by the application. The question whether the evidence of the alleged phone call would be admissible at the new trial is one best determined, if need be, in the context of the evidence at that new trial and taking into account the intervening acquittal.

#### 7. Disposition

[168] In the result, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial based on Sharpe J.A.'s reasons on the inadequacies of the jury instructions on the theory of the defence.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

à la doctrine de la chose jugée, puisque aucun des principes fondamentaux de la chose jugée ne s'applique dans les circonstances. Sa conclusion sur la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve était elle aussi correcte. Rien dans l'instance subséquente pour entrave à la justice ne remet en question le verdict rendu à l'égard de l'accusation de tentative de meurtre. Comme le juge Blair l'a judicieusement fait remarquer au par. 89 :

[TRADUCTION] Les deux juges des faits n'étaient pas saisis de la même question. Il n'y avait pas double péril. Le jury a correctement apprécié la preuve qui lui avait été régulièrement présentée, et il a déclaré M. Mahalingan coupable de voies de fait graves. Pour tirer cette conclusion, il suffisait qu'il soit convaincu suivant la prépondérance des probabilités que l'appel téléphonique avait été fait et que l'appellant avait tenu les propos qui lui étaient attribués. Pour rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'accusation d'entrave à la justice portée subséquentement, le juge Marchand devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusation avait été prouvée. Comme il l'a indiqué, il ne l'était pas. Il n'y a rien d'incohérent, d'injuste ou de logiquement irréciliable dans ces verdicts : *Arp*. [Note omise.]

[167] Je suis donc d'avis que la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve devrait être rejetée, tout comme les arguments que soulève cette demande concernant la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Mieux vaut examiner la question de l'admissibilité, au nouveau procès, de la preuve relative au prétendu appel téléphonique dans le contexte de la preuve soumise lors de ce procès, si besoin est, en tenant compte de l'acquiescement intervenu.

#### 7. Dispositif

[168] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès pour les raisons exposées par le juge Sharpe concernant les lacunes des directives données au jury au sujet de la thèse de la défense.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell  
Posner, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Lockyer Campbell  
Posner, Toronto.*

**St. Lawrence Cement Inc.** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**Huguette Barrette and Claude Cochrane,**  
in their capacity as representatives of the  
designated group *Respondents/Appellants on  
cross-appeal*

and

**Friends of the Earth, Quebec Environmental  
Law Centre and Quebec Business Council on  
the Environment** *Interveners*

**INDEXED AS: ST. LAWRENCE CEMENT INC. v.  
BARRETTE**

**Neutral citation: 2008 SCC 64.**

File No.: 31782.

2008: March 27; 2008: November 20.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache,\* LeBel,  
Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

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

*Property — Neighbourhood disturbances — No-fault liability — Operation of cement plant — Whether in Quebec civil law scheme of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 C.C.Q. applies where annoyances suffered are excessive — Whether special statute governing plant's activities confers immunity on plant for neighbourhood disturbances.*

*Prescription — Interruption — Judicial demand — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant causing damage that spread out over time — Whether lawsuit interrupted prescription for damage suffered after lawsuit filed — Whether that damage arose from "same source" — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2896.*

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Ciment du Saint-Laurent inc.** *Appelante/  
Intimée au pourvoi incident*

c.

**Huguette Barrette et Claude Cochrane,**  
ès qualités de représentants pour le  
groupe désigné *Intimés/Appellants au pourvoi  
incident*

et

**Les Ami(e)s de la Terre, Centre québécois du  
droit de l'environnement et Conseil patronal  
de l'environnement du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CIMENT DU SAINT-LAURENT INC. c.  
BARRETTE**

**Référence neutre : 2008 CSC 64.**

N° du greffe : 31782.

2008 : 27 mars; 2008 : 20 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Bastarache\*, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et  
Charron.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Biens — Troubles de voisinage — Responsabilité sans faute — Exploitation d'une cimenterie — Le droit civil du Québec admet-il, en vertu de l'art. 976 C.c.Q., l'existence d'un régime de responsabilité civile sans faute en matière de troubles de voisinage fondé sur le caractère excessif des inconvénients subis? — La loi spéciale qui régit les activités de la cimenterie confère-t-elle une immunité à cette dernière en matière de troubles de voisinage?*

*Prescription — Interruption — Demande en justice — Dommages pour troubles de voisinage reliés à l'exploitation d'une cimenterie étalés dans le temps — L'action en justice a-t-elle interrompu la prescription relativement aux dommages postérieurs à son dépôt? — Ces dommages découlent-ils de la « même source »? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2896.*

\* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

*Damages — Assessment — Use of average amounts — Class action — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant — Members of group divided into four residential zones to ensure that there some basic injury common to residents of each zone — Recovery subject to individual claims procedure, but amount to be awarded to each member assessed using average determined for each zone — Whether it appropriate to use average amounts in assessing damages of members of group covered by class action.*

A special statute passed by the Quebec legislature in 1952 authorized SLC to build a cement plant in a municipality. After the plant began operating in 1955, neighbourhood problems arose between SLC and neighbours who were displeased with the consequences of the plant's activities. The Ministère de l'Environnement stepped in several times in response to citizens' complaints about problems with dust, odours and noise, and the plant itself produced several environmental incident reports. Alleging various faults in the operation of SLC's plant and also contending that the neighbourhood disturbances caused by the plant were abnormal or excessive, B and C filed a motion for authorization to institute a class action on behalf of the other residents living in areas near the plant. The motion was granted, and the action was filed on August 1, 1994. SLC stopped operating the plant in 1997.

The trial court allowed the class action on the basis that a scheme of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances exists under art. 976 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."). Because, in its view, the evidence showed that there was a common injury, but that it varied in intensity from one zone to another and from year to year, the court awarded damages that varied from zone to zone. It also held that group members would have to file individual claims for the damages being awarded, since it was difficult to determine the exact number of members in each zone. The Court of Appeal allowed SLC's appeal in part with regard to certain aspects of the assessment of damages, but found the company civilly liable on the basis of proven fault under the general rules of civil liability in light of its failure to comply with certain applicable regulatory provisions. The court rejected the theory of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances.

*Dommages-intérêts — Évaluation — Méthode de la moyenne — Recours collectif — Troubles de voisinage reliés à l'exploitation d'une cimenterie — Membres du groupe répartis dans quatre zones résidentielles afin de s'assurer qu'un préjudice de base soit commun aux résidents de chaque zone — Recouvrement assujéti à une procédure de réclamation individuelle, mais évaluation de la somme accordée à chaque membre selon une moyenne établie par zone — La méthode de la moyenne est-elle légitime pour évaluer les dommages-intérêts subis par les membres du groupe visé par le recours collectif?*

Une loi spéciale adoptée par la législature du Québec en 1952 autorise CSL à construire une cimenterie dans une municipalité. Dès le début de l'exploitation de la cimenterie en 1955, des problèmes de voisinage opposent CSL à des voisins mécontents des conséquences des activités de l'usine. Le ministère de l'Environnement intervient à plusieurs reprises à l'égard de plaintes formulées par les citoyens relativement à des problèmes de poussière, d'odeurs et de bruits et la cimenterie elle-même produit plusieurs rapports d'incidents environnementaux. Alléguant des fautes diverses dans l'exploitation de la cimenterie ainsi que le caractère anormal ou excessif des troubles de voisinage causés par l'usine de CSL, B et C déposent une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif au nom des autres résidents qui demeurent dans des secteurs voisins de la cimenterie. La requête est accueillie et l'action déposée le 1<sup>er</sup> août 1994. CSL cesse toute exploitation de sa cimenterie en 1997.

Le tribunal de première instance fait droit au recours collectif sur la base d'un régime de responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage fondé sur l'art. 976 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Considérant que la preuve démontre l'existence de préjudices communs, mais inégaux en intensité selon la zone et l'année, le tribunal accorde des dommages-intérêts qui varient selon les secteurs. Il décide également que les membres du groupe devront présenter des réclamations individuelles pour les dommages-intérêts accordés vu la difficulté d'établir de manière exacte le nombre de membres dans chacune des zones. Pour sa part, tout en accueillant le pourvoi de CSL en partie à l'égard de certains aspects de la détermination des dommages-intérêts, la Cour d'appel retient la responsabilité civile de l'entreprise sur la base de faute prouvée, en vertu du régime général de la responsabilité civile compte tenu de son défaut de respecter certaines normes réglementaires applicables. La cour écarte la thèse de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage.

SLC appealed with regard to the Court of Appeal's conclusion that it was liable on the basis of fault, and to the method adopted for determining the quantum of damages, to prescription and to the immunity to which it claims to be entitled under the special statute applicable to its plant. B and C cross-appealed, seeking recognition of a no-fault liability scheme applicable to neighbourhood annoyances that are excessive, and seeking to restore the trial court's conclusions on the quantum of damages.

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

Even though it appears to be absolute, the right of ownership has limits. Article 976 *C.C.Q.* exemplifies this in prohibiting owners of land from forcing their neighbours to suffer abnormal or excessive annoyances. Two regimes of civil liability in respect of neighbourhood disturbances should be recognized in Quebec law: one, under the ordinary rules of civil liability, is based on the wrongful conduct of the person who allegedly caused the disturbances, while the second is a regime of no-fault liability based on the extent of the annoyances suffered by the victim for the purposes of art. 976 *C.C.Q.* [20] [86]

Where fault-based liability is concerned, civil fault may relate either to the abusive exercise of a right of ownership (art. 7 *C.C.Q.*) or to a violation of standards of conduct that are often set out in legislative provisions relating to the use of property. However, conduct is not the deciding criterion when it comes to abnormal annoyances under art. 976 *C.C.Q.* An owner who causes abnormal annoyances without either intent to injure or excessive and unreasonable conduct does not abuse his or her rights, because he or she cannot be accused of wrongful conduct. A finding that abnormal annoyances were caused will therefore not be enough to establish fault in the exercise of a right. On the other hand, an owner who commits a fault may be held liable for damage even if the damage does not reach the level of abnormal annoyances. Article 976 *C.C.Q.* does not guarantee immunity from the consequences of civil fault. As for the violation of a legislative standard, it will constitute civil fault only if it also constitutes a violation of the standard of conduct of a reasonable person under the general rules of civil liability set out in art. 1457 *C.C.Q.* [22] [30-31] [33-34]

CSL interjette appel au sujet de la conclusion de la Cour d'appel sur sa responsabilité basée sur l'existence d'une faute et au sujet de la méthode d'établissement des dommages, de la prescription et de l'immunité à laquelle elle prétend avoir droit en vertu de la loi spéciale applicable à son usine. Pour leur part, B et C se sont portés appelants incidents afin de faire reconnaître l'existence d'un régime de responsabilité sans faute fondé sur le caractère excessif des inconvénients du voisinage et pour faire rétablir les conclusions du tribunal de première instance quant au quantum des dommages-intérêts.

*Arrêt :* Le pourvoi principal est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Malgré son caractère apparemment absolu, le droit de propriété comporte néanmoins des limites. L'article 976 *C.c.Q.* en constitue un exemple lorsqu'il dispose que le propriétaire d'un fonds ne peut imposer à ses voisins de supporter des inconvénients anormaux ou excessifs. Il y a lieu de reconnaître deux régimes de responsabilité civile pour cause de troubles de voisinage en droit québécois : d'une part, le régime de droit commun de la responsabilité civile fondé sur le comportement fautif de leur auteur présumé et, d'autre part, le régime de responsabilité sans faute fondé sur la mesure des inconvénients subis par la victime en vertu de l'art. 976 *C.c.Q.* [20] [86]

En ce qui a trait au régime de la responsabilité fondé sur la faute, la faute civile peut refléter soit l'exercice abusif d'un droit de propriété (art. 7 *C.c.Q.*), soit la violation de normes de comportement qui sont souvent inscrites dans des normes législatives concernant l'usage des propriétés. Toutefois, en ce qui a trait aux inconvénients anormaux visés à l'art. 976 *C.c.Q.*, le comportement ne constitue pas le critère déterminant. Un propriétaire qui cause des inconvénients anormaux sans intention de nuire ou sans comportement excessif et déraisonnable n'abuse pas de son droit, puisque aucun comportement fautif ne peut lui être reproché. La constatation d'inconvénients anormaux ne suffira donc pas pour établir la commission d'une faute dans l'exercice d'un droit. Cependant, si un propriétaire commet une faute, il pourra être tenu responsable des dommages causés, même s'ils n'atteignent pas le niveau des inconvénients anormaux. L'article 976 *C.c.Q.* ne lui garantira pas l'immunité contre les conséquences d'une faute civile. En ce qui a trait à la violation d'une norme législative, elle ne constituera une faute civile que si elle constitue aussi une violation de la norme de comportement de la personne raisonnable au sens du régime général de responsabilité civile de l'art. 1457 *C.c.Q.* [22] [30-31] [33-34]

In addition to the general rules applicable to fault-based civil liability, it is necessary to recognize a scheme of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 *C.C.Q.* that is based on the annoyances suffered by the victim being excessive rather than on the conduct of the person who allegedly caused them. The inclusion of art. 976 in the book on property confirms that the legislature intended to separate neighbourhood relations from the general rules on obligations. This provision thus relates more to the right of ownership than to the general rules of civil liability. Next, the actual words of art. 976 do not require evidence of wrongful conduct to establish the liability of an owner who has caused excessive neighbourhood annoyances. Moreover, the commentaries of the Civil Code Revision Office and the Minister of Justice support a conclusion that the legislature's intention was not to limit actions relating to neighbourhood disturbances to cases involving the wrongful exercise of a right. Finally, art. 976 is related to other provisions that focus on the result of an act, not on an owner's conduct. A scheme of civil liability based on the existence of abnormal neighbourhood disturbances that does not require proven or presumed fault is also consistent with the approaches taken in Canadian common law and in French civil law. What is more, such a scheme is consistent with general policy considerations, such as the objective of environmental protection and the application of the polluter-pay principle. [3] [20] [37] [72-75] [80]

The theory of real liability adopted by the Court of Appeal must be rejected. According to this theory, the obligation not to injure one's neighbours must be treated as a charge on every immovable in favour of neighbouring lands. As soon as the limit of normal annoyances is exceeded, the neighbouring owner can set up his or her right against the owner who is at fault by bringing an immovable real action to put an end to the disturbance. As for claims for compensation of a personal nature, they are governed by the traditional rules of civil liability. There are several problems with this approach: rather than a personal action, only an immovable real action would be possible; a remedy under art. 976 *C.C.Q.* would not be available to lessees or occupants, since they would not be able to claim to have a real right; and it would as a result be difficult, if not impossible, to institute class actions in situations where art. 976 *C.C.Q.* applies. [81-84]

In the instant case, the trial judge concluded that SLC had not committed a civil fault in relation to its statutory obligations. She found that SLC had fulfilled

Outre le régime général de la responsabilité civile fondé sur la faute, il y a lieu de reconnaître, en vertu de l'art. 976 *C.c.Q.*, l'existence d'un régime de responsabilité civile sans faute en matière de troubles de voisinage qui serait fondé sur le caractère excessif des inconvénients subis par la victime et non sur le comportement de leur auteur présumé. L'insertion de l'art. 976 dans le livre « Des biens » confirme en effet une intention législative de séparer les rapports de voisinage des règles générales relatives aux obligations. Cette disposition relève donc davantage du droit de propriété que du régime général de la responsabilité civile. Ensuite, le libellé même de l'art. 976 n'exige aucune preuve de comportement fautif pour établir la responsabilité d'un propriétaire ayant causé des inconvénients excessifs en matière de voisinage. De plus, les commentaires de l'Office de révision du Code civil et ceux du ministre de la Justice permettent de conclure que l'intention du législateur n'était pas de limiter les poursuites pour troubles de voisinage aux cas de l'exercice fautif d'un droit. Enfin, l'art. 976 se rattache à d'autres dispositions qui mettent l'accent sur le résultat d'un acte et non sur le comportement d'un propriétaire. Le régime de la responsabilité civile fondé sur l'existence de troubles de voisinage anormaux, malgré l'absence de faute prouvée ou présumée, coïncide d'ailleurs avec les approches adoptées en common law canadienne et en droit civil français. Un tel régime s'accorde également avec des considérations de politique générale, tels que l'objectif de protection de l'environnement et l'application du principe du pollueur-payeur. [3] [20] [37] [72-75] [80]

La théorie de la responsabilité *propter rem* retenue par la Cour d'appel doit être écartée. Suivant cette théorie, l'obligation de ne pas nuire aux voisins doit être assimilée à une charge réelle grevant chaque immeuble en faveur des fonds voisins. Dès que la limite des inconvénients normaux serait franchie, le propriétaire voisin pourrait opposer son droit au propriétaire fautif par la voie d'une action réelle immobilière visant à faire cesser le trouble. Les demandes d'indemnisation de nature personnelle seraient régies pour leur part par les règles traditionnelles de la responsabilité civile. Or, une telle approche soulève plusieurs difficultés : elle ne donnerait droit qu'à une action réelle immobilière, plutôt que personnelle; les locataires ou occupants ne pourraient exercer de recours fondés sur l'art. 976 *C.c.Q.* puisqu'ils ne peuvent exciper de la qualité de titulaires d'un droit réel; et elle rendrait difficile, sinon impossible, l'exercice de recours collectifs dans les situations où s'appliquerait l'art. 976 *C.c.Q.* [81-84]

En l'espèce, la juge de première instance a conclu à l'absence d'une faute civile liée aux obligations imposées par la loi à CSL. Elle a estimé que CSL avait respecté

its obligation to use the best known means to eliminate dust and smoke and had taken reasonable precautions to ensure that its equipment was in good working order at all times and was functioning optimally. Her interpretation of the facts is reasonable, and her analysis of the law is correct. B and C have not shown that the judge made an error in this regard that justified reversing her decision. [92-94]

Regarding no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 *C.C.Q.*, the trial judge said she was convinced that, even though SLC had operated its plant in compliance with the applicable standards, B and C and the members of the group they are representing had suffered abnormal annoyances that were beyond the limit of tolerance neighbours owe each other according to the nature or location of their land. In view of her findings of fact, the trial judge was justified in finding SLC liable under art. 976 *C.C.Q.* Moreover, she did not misinterpret the word "neighbour" when she concluded that all members living in the neighbourhoods adjacent to the plant were neighbours of the plant for the purposes of art. 976 *C.C.Q.* on the basis that they lived close enough to it. Although the plaintiff must prove a certain geographic proximity between the annoyance and its source, the word must be construed liberally. [94-96]

The 1952 special statute respecting SLC did not grant SLC immunity from actions in damages relating to its industrial activities. Although that statute authorized the operation of the plant while requiring that the best means available be used, it in no way exempted SLC from the application of the ordinary law. When the legislature excludes the application of the ordinary law, it generally does so expressly. There is no provision in the special statute precise enough to justify a conclusion that the law of civil liability has been excluded for all consequences of the plant's activities. [97-98]

Damage relating to events subsequent to the judgment authorizing the class action is not subject to prescription. The application for authorization to institute a class action suspended prescription until the judgment granting the motion was no longer susceptible of appeal (art. 2908 *C.C.Q.*), and the filing of the action then interrupted prescription (art. 2892 *C.C.Q.*). According to art. 2896 *C.C.Q.*, such an interruption continues until judgment and has effect in respect of any right arising from the "same source". These words must be interpreted liberally. Here, the source of the continuing

son obligation d'employer les meilleurs moyens connus pour éliminer les poussières et fumées et qu'elle avait pris des précautions raisonnables pour que ses équipements soient toujours en bon état de fonctionnement et soient utilisés de façon optimale. Son interprétation des faits est raisonnable et son analyse du droit correcte. B et C n'ont pas démontré que la juge a commis à ce sujet une erreur justifiant d'infirmer sa décision. [92-94]

Quant à la responsabilité sans faute pour troubles de voisinage sous le régime de l'art. 976 *C.c.Q.*, la première juge s'est dite convaincue que B et C ainsi que les membres du groupe qu'ils représentent ont subi des inconvénients anormaux, excédant les limites de la tolérance que les voisins se doivent suivant la nature ou la situation de leurs fonds, et ce, même si CSL exploitait sa cimenterie dans le respect des normes en vigueur. Compte tenu de ses constatations de faits, la première juge était justifiée de conclure à la responsabilité de CSL en vertu de l'art. 976 *C.c.Q.* De plus, elle n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation du terme « voisin » lorsqu'elle a conclu que tous les membres habitant les quartiers contigus à la cimenterie sont les voisins de celle-ci pour l'application de l'art. 976 *C.c.Q.*, parce qu'ils demeurent à proximité suffisante de l'usine. Bien que le demandeur doive prouver une certaine proximité géographique entre l'inconvénient et sa source, ce terme doit recevoir une interprétation libérale. [94-96]

La loi spéciale de 1952 concernant CSL ne lui confère pas d'immunité à l'égard des poursuites en dommages-intérêts en relation avec ses activités industrielles. Bien que cette loi autorise l'exploitation de la cimenterie en imposant l'usage des meilleurs moyens disponibles, elle ne soustrait nullement CSL à l'application du droit commun. Lorsque le législateur exclut l'application du droit commun, il le fait généralement de façon expresse. La loi spéciale ne comporte pas de dispositions suffisamment précises pour permettre de conclure que le droit de la responsabilité civile est écarté à l'égard de toutes les conséquences des activités de la cimenterie. [97-98]

Les dommages relatifs aux faits postérieurs au jugement autorisant le recours collectif ne sont pas prescrits. La demande d'autorisation d'exercer un recours collectif a suspendu la prescription jusqu'au moment où le jugement faisant droit à la requête n'était plus susceptible d'appel (art. 2908 *C.c.Q.*), puis le dépôt de l'action a interrompu la prescription (art. 2892 *C.c.Q.*). Selon l'art. 2896 *C.c.Q.*, cette interruption doit se poursuivre jusqu'au jugement et produire ses effets pour tout droit découlant de la « même source ». Ces mots commandent une interprétation libérale. En l'espèce, la source

damage suffered by B and C, namely the acts that generated their right of action, remains the same: activities of SLC that caused excessive neighbourhood annoyances. Since those activities continued until 1997, it would make no sense, in addition to being impractical, to ask B and C to repeat their motion every three years for each annoyance suffered. [99-103] [106]

Finally, given the trial judge's discretion and the difficulty of assessing environmental problems and annoyances, the trial judge's use of average amounts in determining the quantum of damages was reasonable and appropriate in the circumstances. SLC has not shown that its liability increased as a result, and there is no indication that the amount awarded was based on a wholly erroneous estimate of the injury. The trial court's conclusions on the assessment of damages must therefore be restored. [116]

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Lapierre v. Quebec (Attorney General)*, [1985] 1 S.C.R. 241; *Christopoulos v. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] R.R.A. 334; **considered:** *Drysdale v. Dugas* (1896), 26 S.C.R. 20; *Canada Paper Co. v. Brown* (1922), 63 S.C.R. 243; *Katz v. Reitz*, [1973] C.A. 230; *Sirois v. Lévesque-Gagné*, [1996] Q.J. No. 2669 (QL); *Gourdeau v. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195; **referred to:** *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Lessard v. Dupont Beaudoin*, [1997] R.D.I. 45; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Compagnie d'assurance Continental du Canada v. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707; *Union commerciale Compagnie d'assurance v. Giguère*, [1996] R.R.A. 286; *St-Louis v. Goulet*, [1954] B.R. 185; *Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) v. Domfer Metal Powders Ltd.*, [2006] Q.J. No. 13631 (QL), application for leave to appeal granted, [2007] 1 S.C.R. viii, appeal discontinued, [2008] 2 S.C.R. v; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58; *St-Pierre v. Daigle*, [2007] Q.J. No. 1275 (QL), 2007 QCCS 705; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire "Petit Train du Nord" v. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des)*, [2005] R.J.Q. 116, motions for appeal and cross-appeal denied, [2005] Q.J. No. 9042 (QL), 2005 QCCA 664; *Dicaire v. Chambly (Ville)*, [2000] Q.J. No. 884 (QL); *Bouchard v. Corp. Stone Consolidated*, [1997] Q.J. No. 4574 (QL); *Arseneault v. Société immobilière*

des dommages continus subis par B et C, soit les faits ayant fait naître leur droit d'action, demeure la même : il s'agit des activités de CSL ayant causé des inconvénients excessifs en matière de voisinage. Comme ces activités se sont continuées jusqu'en 1997, il serait contraire à la logique et peu pratique de demander à B et C de répéter leur requête à tous les trois ans pour chacun des inconvénients subis. [99-103] [106]

Enfin, en raison du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge du fond et de la difficulté d'évaluer les ennuis et inconvénients environnementaux, la méthode de la moyenne utilisée par la première juge pour fixer le montant des dommages était raisonnable et appropriée dans les circonstances. CSL n'a pas démontré que sa responsabilité en a été aggravée et il n'y a aucune indication que la somme accordée résulte d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice. Les conclusions du tribunal de première instance sur l'évaluation des dommages doivent donc être rétablies. [116]

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] 1 R.C.S. 241; *Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] R.R.A. 334; **arrêts examinés :** *Drysdale c. Dugas* (1896), 26 R.C.S. 20; *Canada Paper Co. c. Brown* (1922), 63 R.C.S. 243; *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230; *Sirois c. Lévesque-Gagné*, [1996] J.Q. n° 2669 (QL); *Gourdeau c. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195; **arrêts mentionnés :** *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Lessard c. Dupont Beaudoin*, [1997] R.D.I. 45; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707; *Union commerciale Compagnie d'assurance c. Giguère*, [1996] R.R.A. 286; *St-Louis c. Goulet*, [1954] B.R. 185; *Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) c. Domfer Poudres métalliques ltée*, [2006] R.R.A. 854, autorisation de pourvoi accordée, [2007] 1 R.C.S. viii, désistement de pourvoi, [2008] 2 R.C.S. v; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58; *St-Pierre c. Daigle*, [2007] J.Q. n° 1275 (QL), 2007 QCCS 705; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des)*, [2005] R.J.Q. 116, appel principal et appel incident rejetés sur requêtes, [2005] J.Q. n° 9042 (QL), 2005 QCCA 664; *Dicaire c. Chambly (Ville)*, [2000] J.Q. n° 884 (QL); *Bouchard c. Corp. Stone Consolidated*, [1997] J.Q. n° 4574 (QL); *Arseneault c.*



*du Québec*, [1997] Q.J. No. 4570 (QL); *Carey Canadian Mines Ltd. v. Plante*, [1975] C.A. 893; *Théâtre du Bois de Coulonge inc. v. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc.*, [1993] R.R.A. 41; *Ouimette v. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Manchester Corporation v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), L.R. 4 H.L. 171; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Canadian Pacific Railway Co. v. Roy*, [1902] A.C. 220; *Laforest v. Ciments du St-Laurent*, [1974] C.S. 289; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68; *Thompson v. Masson*, [2000] R.J.D.T. 1548; *Curateur public v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1990] R.J.Q. 359; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Atlas Realities Co. — La Compagnie d'Immeubles Atlas*, S.Q. 1951-52, c. 131, s. 5.  
*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438.  
*Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25, s. 83.57.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 2233a.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 7, 976, 988, 991, 1457, 1458, 1611, 2892, 2896, 2908.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 59, 67, 494, 999(d), 1003, 1028, 1031, 1037-1040, 1045.  
*Quebec Companies Act*, R.S.Q. 1941, c. 276.  
*Regulation respecting pits and quarries*, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 2, s. 34.  
*Regulation respecting the application of the Environment Quality Act*, (1993) 125 G.O. II, 5997, s. 12.  
*Regulation respecting the quality of the atmosphere*, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 20, ss. 10, 11, 42.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, vol. I, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.  
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

*Société immobilière du Québec*, [1997] J.Q. n° 4570 (QL); *Carey Canadian Mines Ltd. c. Plante*, [1975] C.A. 893; *Théâtre du Bois de Coulonge inc. c. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc.*, [1993] R.R.A. 41; *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228; *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353; *Manchester Corporation c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Hammersmith and City Railway Co. c. Brand* (1869), L.R. 4 H.L. 171; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Canadian Pacific Railway Co. c. Roy*, [1902] A.C. 220; *Laforest c. Ciments du St-Laurent*, [1974] C.S. 289; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68; *Thompson c. Masson*, [2000] R.J.D.T. 1548; *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1990] R.J.Q. 359; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1053, 2233a.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 7, 976, 988, 991, 1457, 1458, 1611, 2892, 2896, 2908.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 59, 67, 494, 999d), 1003, 1028, 1031, 1037-1040, 1045.  
*Loi concernant La Compagnie d'Immeubles Atlas — Atlas Realities Co.*, S.Q. 1951-52, ch. 131, art. 5.  
*Loi des compagnies de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 276.  
*Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57.  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438.  
*Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, (1993) 125 G.O. II, 7766, art. 12.  
*Règlement sur la qualité de l'atmosphère*, R.R.Q. 1981, ch. Q-2, r. 20, art. 10, 11, 42.  
*Règlement sur les carrières et sablières*, R.R.Q. 1981, ch. Q-2, r. 2, art. 34.

#### Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, vol. I, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.  
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec : Modèle vivant de Droit comparé*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1953.

- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Cohen, Ronald I. "Nuisance: A Proprietary Delict" (1968), 14 *McGill L.J.* 124.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Delaney-Beausoleil, Kathleen. "Livre IX: Le recours collectif", dans D. Ferland et B. Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 875.
- Flour, Jacques, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. *Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, 10<sup>e</sup> éd. par Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. Paris: Armand Colin, 2003.
- Ghestin, Jacques, et Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil — Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1990.
- Jobin, Pierre-Gabriel. "La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?" (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Laflamme, Lucie. "Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation *propter rem*", dans S. Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: Études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 229.
- Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.
- Lamontagne, Denys-Claude. "Special Rules on the Ownership of Immovables and Servitudes", in *Reform of the Civil Code*, vol. 1-A. Translated by J. Daniel Phelan. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Defrénois, 2005.
- Malinvaud, Philippe. *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 2003.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1988.
- Masse, Claude. "Civil Liability", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations III, V, VI*. Translated by J. Daniel Phelan. Texts written for the Barreau du Québec et la
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Cohen, Ronald I. « Nuisance: A Proprietary Delict » (1968), 14 *McGill L.J.* 124.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Delaney-Beausoleil, Kathleen. « Livre IX: Le recours collectif », dans D. Ferland et B. Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 875.
- Flour, Jacques, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. *Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, 10<sup>e</sup> éd. par Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. Paris: Armand Colin, 2003.
- Ghestin, Jacques, et Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil — Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1990.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Laflamme, Lucie. « Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation *propter rem* », dans S. Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: Études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 229.
- Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.
- Lamontagne, Denys-Claude. « Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes », dans *La Réforme du Code civil*, t. 1. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 513.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Defrénois, 2005.
- Malinvaud, Philippe. *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 2003.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1988.
- Masse, Claude. « La responsabilité civile », dans *La Réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la

- Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Mayrand, Albert. "Abuse of Rights in France and Quebec" (1974), 34 *La. L. Rev.* 993.
- Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1965.
- Nadeau, André, et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Ouellette, Monique. "Book One: Persons", in *Reform of the Civil Code*, vol. 1-A. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1980.
- Popovici, Adrian. "La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q." (1997), 99 *R. du N.* 214.
- Quebec. Civil Code Revision Office. Committee on the Law of Obligations. *Report on Obligations*. Montréal: Civil Code Revision Office, 1975.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 1996.
- Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain. *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1998.
- Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 235.
- Mayrand, Albert. « L'abus des droits en France et au Québec » (1974), 9 *R.J.T.* 321.
- Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1965.
- Nadeau, André, et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Ouellette, Monique. « Livre premier: Des personnes », dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 11.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1980.
- Popovici, Adrian. « La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q. » (1997), 99 *R. du N.* 214.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Québec. Office de révision du Code civil. Comité du droit des obligations. *Rapport sur les obligations*. Montréal: Office de révision du Code civil, 1975.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 1996.
- Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain. *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1998.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Pelletier and Morissette J.J.A.), [2006] R.J.Q. 2633, SOQUIJ AZ-50396994, [2006] Q.J. No. 13603 (QL), 2006 CarswellQue 9389, 2006 QCCA 1437, allowing in part an appeal and dismissing an incidental appeal from a decision by Dutil J., [2003] R.J.Q. 1883, SOQUIJ AZ-50173892, [2003] Q.J. No. 5273 (QL), 2003 CarswellQue 994. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Pelletier et Morissette), [2006] R.J.Q. 2633, SOQUIJ AZ-50396994, [2006] J.Q. n<sup>o</sup> 13603 (QL), 2006 CarswellQue 9389, 2006 QCCA 1437, qui a accueilli en partie un appel principal et qui a rejeté un appel incident d'une décision de la juge Dutil, [2003] R.J.Q. 1883, SOQUIJ AZ-50173892, [2003] J.Q. n<sup>o</sup> 5273 (QL), 2003 CarswellQue 994. Pourvoi principal rejeté et pourvoi incident accueilli.

*François Fontaine, Andres C. Garin and Gregory Bordan*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Jacques Larochelle*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Michel Bélanger and William Amos*, for the interveners Friends of the Earth and Quebec Environmental Law Centre.

*Guy Du Pont, Marc-André Boutin and Brandon Wiener*, for the intervener Quebec Business Council on the Environment.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL AND DESCHAMPS JJ. —

## I. Introduction

### A. *Nature of the Case*

[1] Dust they are, and unto dust they shall return, yet human beings have difficulty resigning themselves to living in dust. Sometimes, weary of brooms and buckets of water, they are not unwilling to turn to the courts to get rid of it. This case is proof of that.

[2] In this case, Huguette Barrette and Claude Cochrane (the “representatives”), residents of the city of Beauport (now a borough of the city of Québec), instituted a class action against St. Lawrence Cement Inc. (“SLC”) for neighbourhood disturbances related to the operation of a cement plant in that city. The Superior Court allowed the class action on the basis that a scheme of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances exists under art. 976 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”). The Court of Appeal allowed SLC’s appeal in part with regard to certain aspects of the assessment of damages, but found the company civilly liable on the basis of proven fault under the general rules of civil liability.

*François Fontaine, Andres C. Garin et Gregory Bordan*, pour l’appelante/intimée au pourvoi incident.

*Jacques Larochelle*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

*Michel Bélanger et William Amos*, pour les intervenants Les Ami(e)s de la Terre et le Centre québécois du droit de l’environnement.

*Guy Du Pont, Marc-André Boutin et Brandon Wiener*, pour l’intervenant le Conseil patronal de l’environnement du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS —

## I. Introduction

### A. *Nature du litige*

[1] Né de la poussière, destiné à y retourner, l’être humain se résigne mal à vivre en elle. Parfois, las du balai et du seau d’eau, il n’hésite pas à recourir aux tribunaux pour lui échapper. Le présent dossier le confirme.

[2] Dans cette affaire, des résidents de la ville de Beauport (maintenant un arrondissement de la ville de Québec), Huguette Barrette et Claude Cochrane (les « représentants »), ont intenté un recours collectif contre Ciment du Saint-Laurent inc. (« CSL ») pour des troubles de voisinage reliés à l’exploitation d’une cimenterie dans cette ville. La Cour supérieure a fait droit au recours collectif sur la base d’un régime de responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage fondé sur l’art. 976 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). Pour sa part, tout en accueillant le pourvoi de CSL en partie à l’égard de certains aspects de la détermination des dommages-intérêts, la Cour d’appel a retenu la responsabilité civile de l’entreprise sur la base de faute prouvée, en vertu du régime général de la responsabilité civile.

[3] In an appeal from the Court of Appeal's decision, this Court must now determine whether in Quebec civil law there is a scheme of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 *C.C.Q.* that applies where the annoyances suffered are excessive. We answer this question in the affirmative and, on that basis and for the reasons that follow, dismiss SLC's appeal. However, the cross-appeal is allowed and the damages awarded by the Superior Court are restored.

## B. *Origin of the Case*

### (1) Establishment of the Cement Plant

[4] This case originated when SLC implemented a plan to establish a large cement plant in Villeneuve (which was later amalgamated with the city of Beauport and then with the city of Québec). SLC was incorporated in 1951 under the *Quebec Companies Act*, R.S.Q. 1941, c. 276, and began building its plant in 1952. Although many lots were still vacant in the area where SLC established its plant, some houses had been built on land adjacent to its property. Moreover, a special statute passed by the Quebec legislature authorized the company to establish its plant in the "municipality of the village of Villeneuve" and conferred additional corporate powers on it (*An Act respecting Atlas Realities Co. — La Compagnie d'Immeubles Atlas*, S.Q. 1951-52, c. 131 ("*SLC Special Act*").

### (2) Development of Neighbourhood Problems for the Plant

[5] The plant began operating around 1955. Neighbourhood problems quickly arose between SLC and neighbours who were displeased with the consequences of the plant's activities. The evidence shows that environmental incidents occurred as early as 1956 ([2003] R.J.Q. 1883 (Sup. Ct.), at para. 10). In 1974, the Superior Court ordered SLC to compensate a citizen for negligence in firing its cement kilns. The Ministère de l'Environnement

[3] Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel, notre Cour doit maintenant décider si le droit civil du Québec admet, en vertu de l'art. 976 *C.c.Q.*, l'existence d'un régime de responsabilité civile sans faute en matière de troubles de voisinage qui serait fondé sur le caractère excessif des inconvénients subis. Nous répondons par l'affirmative et, sur cette base, pour les motifs qui suivent, nous rejetons le pourvoi de CSL. L'appel incident est cependant accueilli et les dommages-intérêts accordés par la Cour supérieure sont rétablis.

## B. *Origine du litige*

### (1) L'établissement de la cimenterie

[4] L'origine du litige se trouve dans la réalisation du projet de CSL d'établir une cimenterie importante à Villeneuve (qui a été fusionnée, d'abord à la ville de Beauport, puis à la ville de Québec). Société commerciale constituée en 1951 en vertu de la *Loi des compagnies de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 276, CSL entreprend la construction de sa cimenterie en 1952. Bien que de nombreux lots soient encore vacants dans le secteur où s'établit CSL, des maisons sont déjà construites sur des terrains contigus à sa propriété. Par ailleurs, une loi spéciale adoptée par la législature du Québec autorise l'entreprise à s'établir dans la « municipalité du village de Villeneuve » et lui confère des pouvoirs additionnels en tant que société commerciale (*Loi concernant La Compagnie d'Immeubles Atlas — Atlas Realities Co.*, S.Q. 1951-52, ch. 131 (« *Loi spéciale de CSL* »)).

### (2) L'évolution des problèmes de voisinage de la cimenterie

[5] L'exploitation de la cimenterie débute vers 1955. Des problèmes de voisinage opposent rapidement CSL à des voisins mécontents des conséquences des activités de l'usine. La preuve confirme que des incidents à caractère environnemental sont survenus dès 1956 ([2003] R.J.Q. 1883 (C.S.), par. 10). En 1974, la Cour supérieure condamne CSL à indemniser un citoyen pour cause de négligence lors de la mise en marche de ses fours à ciment.

then stepped in several times in the 1980s in response to citizens' complaints about problems with dust, odours and noise. In the spring of 1990, SLC agreed to wash houses that had been dirtied during the winter by debris and dust from the plant. It also offered, in 1991 and 1992, to pay to have some residents' cars washed.

[6] The Ministère de l'Environnement received many complaints about environmental incidents (dust from the plant, foul odours) between June 8, 1991 and February 1, 1996. And the plant produced several environmental incident reports between February 6, 1992 and May 16, 1996 (Sup. Ct., at paras. 243-45; [2006] R.J.Q. 2633, 2006 QCCA 1437, at paras. 27-28).

[7] The evidence also shows that SLC invested several million dollars for environmental protection purposes. In particular, it spent more than \$8 million between 1991 and 1995, mostly on the installation of new dust collectors for the kilns (Sup. Ct., at para. 257). SLC stopped operating the plant in 1997, but the disputes with its neighbours continued in the courts.

### (3) The Class Action

[8] On June 4, 1993, the representatives filed a motion in the Quebec Superior Court for authorization to institute a class action. The motion was granted on March 31, 1994, and the action was filed on August 1, 1994. The representatives alleged various faults in the operation of SLC's plant but also contended that the neighbourhood disturbances caused by the plant were abnormal or excessive. The proposed group was made up of Beauport residents living in areas near the plant. SLC denied any liability and contested the action both at the authorization stage and on the merits.

Par la suite, le ministère de l'Environnement intervient à plusieurs reprises au cours des années 1980 à l'égard de plaintes formulées par les citoyens relativement à des problèmes de poussière, d'odeurs et de bruits. Au printemps 1990, CSL accepte de nettoyer des maisons salies au cours de l'hiver par des débris et poussières provenant de la cimenterie. CSL offre aussi à certains résidents de faire nettoyer leurs automobiles à ses frais en 1991 et 1992.

[6] Le ministère de l'Environnement reçoit de nombreuses plaintes relatives à des incidents environnementaux (poussière en provenance de la cimenterie, odeurs nauséabondes) entre le 8 juin 1991 et le 1<sup>er</sup> février 1996. De son côté, la cimenterie produit, entre le 6 février 1992 et le 16 mai 1996, plusieurs rapports d'incidents environnementaux (C.S., par. 243-245; [2006] R.J.Q. 2633, 2006 QCCA 1437, par. 27-28).

[7] La preuve établit par ailleurs que CSL investit plusieurs millions de dollars pour des travaux de protection de l'environnement. Notamment, entre 1991 et 1995, l'entreprise dépense plus de 8 millions de dollars, la majeure partie de cette somme étant affectée à l'installation de nouveaux dépoussiéreurs des fours (C.S., par. 257). En 1997, CSL cesse toute exploitation de sa cimenterie, mais les conflits avec les voisins se continuent devant les tribunaux.

### (3) Le recours collectif entrepris

[8] Le 4 juin 1993, les représentants déposent en Cour supérieure du Québec une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. La requête est accueillie le 31 mars 1994 et l'action déposée le 1<sup>er</sup> août 1994. Ils allèguent des fautes diverses dans l'exploitation de la cimenterie, mais ils invoquent aussi le caractère anormal ou excessif des troubles de voisinage causés par l'usine de CSL. Le groupe proposé comprend les résidents de Beauport qui demeurent dans des secteurs voisins de la cimenterie. CSL nie toute responsabilité et conteste le recours tant au stade de l'autorisation qu'au fond.

### C. *Judicial History*

#### (1) Superior Court

##### (a) *Judgment Granting Authorization*

[9] The application for authorization to institute a class action came before Thibault J., who held that the four conditions set out in art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”), had been met. First, regarding the requirement that identical, similar or related questions of law or fact be raised, Thibault J. accepted that the claims for damages were based on the same sources of injury and that the evidence on the plant’s liability would be common. She then found that the evidence showed a strong appearance of right and thus that the facts alleged seemed to justify the conclusions sought. Next, the large number of people in the group made the application of art. 59 or 67 C.C.P. difficult and impracticable. Finally, Thibault J. concluded that the representatives were in a position to represent the group’s members adequately. She therefore granted the motion for authorization to institute a class action and ascribed the status of representative to Huguette Barrette and Claude Cochrane.

##### (b) *Judgment on the Merits*, [2003] R.J.Q. 1883

[10] A few years later, Dutil J. heard the action on the merits. She affirmed the judgment authorizing the institution of a class action. She also found that events subsequent to the filing of the motion for authorization, up to 1997, were relevant to the proceedings.

[11] Dutil J. held that SLC was liable on the basis that the annoyances suffered by the representatives and the members of the group were excessive. Despite SLC’s efforts to comply with the relevant standards in operating its plant, its emissions of dust, odours and noise had caused abnormal annoyances for its neighbours and it was therefore civilly liable under art. 976 C.C.Q. However, Dutil J. did not find that SLC had committed a fault.

### C. *Historique judiciaire*

#### (1) Cour supérieure

##### a) *Le jugement d’autorisation*

[9] La juge Thibault est saisie de la demande d’autorisation du recours collectif. Elle statue que les quatre conditions énoncées à l’art. 1003 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), sont remplies. D’abord, à propos de la nécessité de soulever des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, la juge reconnaît que la réclamation de dommages-intérêts est basée sur les mêmes sources et que la preuve de la responsabilité de la cimenterie sera commune. Puis, la juge Thibault retient que la preuve lui permet de conclure à une apparence sérieuse de droit, donc que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées. Ensuite, le grand nombre de personnes qui composent le groupe rend difficile et peu pratique l’application des art. 59 ou 67 C.p.c. Enfin, la juge Thibault conclut que les représentants sont en mesure d’assurer une représentation adéquate des membres du groupe. En conséquence, elle accueille la requête pour autorisation d’exercer un recours collectif et attribue la qualité de représentants à Huguette Barrette et Claude Cochrane.

##### b) *Le jugement au fond*, [2003] R.J.Q. 1883

[10] Quelques années plus tard, la juge Dutil entend le recours au fond. Elle confirme le jugement autorisant l’exercice d’un recours collectif. Elle déclare aussi pertinents à l’égard du débat judiciaire les faits postérieurs au dépôt de la requête en autorisation, jusqu’en 1997.

[11] La juge Dutil retient la responsabilité de CSL en se fondant sur le caractère excessif des inconvénients subis par les représentants et les membres du groupe. Malgré les efforts de CSL pour exploiter sa cimenterie dans le respect des normes en vigueur, ses émissions de poussière, d’odeurs et de bruits ont causé des inconvénients anormaux pour ses voisins et ont engagé sa responsabilité civile en vertu de l’art. 976 C.c.Q. La juge ne conclut cependant pas à une faute de CSL.

[12] Dutil J. found that the scheme of liability under art. 976 *C.C.Q.* was available to all SLC's neighbours, both lessees and owners. In her opinion, all the group's members lived close enough to SLC to be considered "neighbours" for the purposes of that scheme. Even those who had moved near SLC's plant after it opened were entitled to damages. Dutil J. also held that the statutory authorization given to SLC to operate a cement plant did not give it immunity for damage suffered by its neighbours, and she rejected a prescription argument made in relation to some of the damage.

[13] According to Dutil J., the evidence showed that there was a common injury, but that it varied in intensity from one zone to another and from year to year. As a result, she awarded damages that varied from zone to zone. Because it was difficult to determine the exact number of members in each zone, Dutil J. held that group members would have to file individual claims for the damages being awarded (paras. 417 and 423).

(2) Court of Appeal, [2006] R.J.Q. 2633, 2006 QCCA 1437

[14] SLC appealed to the Quebec Court of Appeal. The reasons for judgment were written by Pelletier J.A., and Forget and Morissette J.J.A. concurred in them. Pelletier J.A. rejected the theory of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances and instead found SLC liable on the basis of proven fault. The Court of Appeal also intervened to reduce the amount of compensation awarded by Dutil J.

[15] The Court of Appeal interpreted the Quebec case law on neighbourhood obligations from the standpoint of real liability (*responsabilité propter rem*) (para. 99). In its opinion, this means that neighbourhood relations impose reciprocal passive charges on the holders of real rights in land, which permits a balance to be struck in the use of neighbouring properties and thus grounds a real rather

[12] La juge Dutil estime que les voisins — tant locataires que propriétaires — peuvent bénéficier du régime de responsabilité découlant de l'art. 976 *C.c.Q.* À son avis, tous les membres du groupe demeurent à une proximité suffisante de CSL pour qu'ils puissent être considérés comme des « voisins » pour l'application du régime. De plus, les personnes qui se sont établies dans le voisinage de CSL après son implantation ont, elles aussi, droit à des dommages-intérêts. Par ailleurs, la juge décide que l'autorisation législative accordée à CSL d'exploiter une cimenterie ne lui accorde pas d'immunité à l'égard des dommages subis par ses voisins et elle écarte un moyen de prescription soulevé à l'égard d'une partie des dommages.

[13] La juge Dutil considère que la preuve démontre l'existence de préjudices communs, mais inégaux en intensité selon la zone et l'année. En conséquence, elle accorde des dommages-intérêts qui varient selon les secteurs. À cause de la difficulté d'établir de manière exacte le nombre de membres dans chacune des zones, la juge Dutil déclare que les membres du groupe devront présenter des réclamations individuelles pour les dommages-intérêts accordés (par. 417 et 423).

(2) Cour d'appel, [2006] R.J.Q. 2633, 2006 QCCA 1437

[14] CSL se pourvoit par la suite devant la Cour d'appel du Québec. Le juge Pelletier rédige les motifs de l'arrêt, auxquels souscrivent les juges Forget et Morissette. Le juge Pelletier écarte la thèse de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage et retient plutôt la responsabilité de CSL sur la base de la faute prouvée. De plus, la Cour d'appel intervient afin de diminuer le montant de l'indemnité accordée par la juge Dutil.

[15] La Cour d'appel interprète la jurisprudence québécoise en matière d'obligations de voisinage sous l'angle d'une responsabilité réelle dite *propter rem* (par. 99). À son avis, ainsi conçus, les rapports de voisinage imposent aux titulaires du droit réel sur un fonds des charges passives réciproques qui permettent d'assurer un équilibre dans l'exploitation des héritages voisins et donnent ainsi ouverture à



than a personal action. As a result, only owners can enjoy the protection of art. 976 *C.C.Q.* Moreover, a class action cannot be based on that provision, because a class action is a procedural vehicle designed solely for exercising rights belonging to persons.

[16] According to the Court of Appeal, a neighbour who seeks to have an owner found personally liable bears the burden of proving fault, a causal connection and injury under the traditional rules of civil liability. Examining SLC's liability from this standpoint, the court found that Dutil J. had erred in assessing the extent of SLC's obligations under the regulatory provisions applicable to its facility. The Court of Appeal found that SLC had an obligation to properly maintain its equipment and to ensure that its equipment functioned optimally during production hours. The court therefore found that SLC had to be able to cease operating, either entirely or partially, as soon as a breakdown occurred, and for as long as was necessary to make repairs. In the Court of Appeal's opinion, the evidence showed that SLC had failed to meet this requirement numerous times during the period covered by the claim. SLC had therefore committed a fault and was, as a result, civilly liable.

[17] The Court of Appeal agreed with Dutil J. that the filing of the action by the representatives had suspended and interrupted prescription and that events subsequent to the filing of the action were relevant. It also held that the method of compensation chosen by Dutil J. was acceptable, and it stressed the importance of the Superior Court's discretion in choosing the appropriate recovery method. However, the Court of Appeal found that basing the compensation on average amounts was not appropriate where the damage suffered by owners owing to additional painting work was concerned. It accepted SLC's argument that [TRANSLATION] "the trial judge wrongly awarded an 'average' compensation amount to every owner in each zone for additional painting expenses that were not incurred by all of them" (para. 241). The

une action réelle plutôt que personnelle. Par conséquent, seuls les propriétaires peuvent bénéficier de la protection offerte par l'art. 976 *C.c.Q.* De plus, cette disposition ne saurait permettre l'exercice d'un recours collectif, car ce véhicule procédural est destiné au seul exercice de droits appartenant à des personnes.

[16] Selon la Cour d'appel, un voisin qui cherche à faire reconnaître la responsabilité personnelle d'un propriétaire a le fardeau de prouver la faute, le lien de causalité et le préjudice selon les règles traditionnelles de la responsabilité civile. En examinant la responsabilité de CSL sous cet angle, la Cour d'appel estime que le juge Dutil a mal évalué l'intensité des obligations auxquelles CSL était assujettie par les normes réglementaires applicables à son établissement. La Cour d'appel considère que CSL avait l'obligation de bien entretenir ses équipements et de faire en sorte que ces derniers fonctionnent de façon optimale pendant les heures de production. Elle estime alors que CSL devait être en mesure d'arrêter tout ou partie de son exploitation dès qu'un bris se produisait, et ce, pendant toute la période requise pour effectuer les réparations. Pour la Cour d'appel, la preuve démontre que cette exigence n'a pas été respectée à de nombreuses reprises pendant la période visée par la réclamation. Par conséquent, CSL a commis une faute qui fait jouer sa responsabilité civile.

[17] La Cour d'appel confirme l'opinion de la juge Dutil sur la suspension et l'interruption de la prescription à la suite du dépôt du recours par les représentants et sur la pertinence des faits postérieurs au dépôt de l'action. De plus, elle juge acceptable le mode d'indemnisation choisi par la juge Dutil et souligne l'importance du pouvoir discrétionnaire de la Cour supérieure dans le choix du mode de recouvrement approprié. Cependant, la Cour d'appel estime que la méthode d'indemnisation fondée sur la moyenne ne convient pas pour les dommages subis par les propriétaires en raison de travaux supplémentaires de peinture. Elle accepte l'argument de CSL selon lequel « la première juge a erronément accordé une indemnité "moyenne" à chacun des propriétaires de chaque zone en compensation de frais supplémentaires de travaux de peinture

Court of Appeal therefore struck out the amount the Superior Court had awarded to the owners under this head. It also intervened to reduce the compensation awarded to the group members by a percentage amount. Its analysis of civil liability led it to limit the compensation amounts to injuries resulting from the fact that SLC's equipment was not functioning optimally. It therefore reduced the awarded amounts to exclude annoyances not resulting from SLC's fault.

[18] SLC appealed to this Court with regard to the Court of Appeal's conclusion that it was liable on the basis of fault and, in the alternative, with regard to the existence of a causal connection between its fault and the damages claimed. It also appealed with regard to the method adopted for determining the quantum of damages, to prescription and to the immunity to which it claims to be entitled under the special statute applicable to its Beauport plant. The representatives cross-appealed, seeking recognition of a no-fault liability scheme applicable to neighbourhood annoyances that are excessive, and of the possibility of instituting a class action under that scheme. They also sought to restore the Superior Court's conclusions on the quantum of damages.

## II. Analysis

### A. *Issues*

[19] In this appeal, the Court must consider the following issues:

- (1) Is civil liability in respect of neighbourhood disturbances in Quebec law necessarily based on fault? Is it possible that a no-fault liability scheme exists? What would the nature of such a scheme be, and how would it apply to the facts of this case?
- (2) Does the special statute passed by the Quebec legislature to govern SLC's activities confer

qu'ils n'ont pas tous encourus » (par. 241). La Cour d'appel supprime donc la somme accordée aux propriétaires sous ce chef par la Cour supérieure. La Cour d'appel intervient aussi afin de réduire, selon un certain pourcentage, l'indemnité accordée aux membres du groupe. Son analyse de la responsabilité civile la conduit à limiter l'indemnisation aux seuls préjudices qui sont la conséquence du fait que les équipements de CSL ne fonctionnaient pas de façon optimale. Elle diminue par conséquent les sommes accordées pour en exclure les inconvénients qui ne résulteraient pas de la faute de CSL.

[18] CSL a formé un appel devant notre Cour au sujet de la conclusion de la Cour d'appel sur sa responsabilité basée sur l'existence d'une faute et, subsidiairement, quant à l'existence d'un lien causal entre sa faute et les dommages-intérêts réclamés, ainsi qu'au sujet de la méthode d'établissement des dommages, de la prescription et de l'immunité à laquelle elle prétend avoir droit en vertu de la loi spéciale applicable à son usine de Beauport. Pour leur part, les représentants se sont portés appelants incidents afin de faire reconnaître l'existence d'un régime de responsabilité sans faute fondé sur le caractère excessif des inconvénients du voisinage, de la possibilité d'intenter un recours collectif en vertu de ce régime et pour faire rétablir les conclusions de la Cour supérieure quant au quantum des dommages-intérêts.

## II. Analyse

### A. *Les questions en litige*

[19] Le présent pourvoi requiert l'examen des questions suivantes :

- (1) Le régime de la responsabilité civile en matière de troubles de voisinage en droit québécois est-il nécessairement fondé sur la faute? Peut-on reconnaître un régime de responsabilité sans faute? Quelle serait la nature d'un tel régime et comment s'appliquerait-il aux faits de l'es-pèce?
- (2) La loi spéciale adoptée par la législature du Québec pour régir les activités de CSL

immunity on SLC for neighbourhood disturbances?

- (3) Did the representatives' lawsuit interrupt prescription for damage suffered after it was filed?
- (4) Was it appropriate for the courts below to use average amounts in assessing the damage suffered by the members of the group covered by the class action?

**B. *General Framework for the Discussion on Civil Liability in Respect of Neighbourhood Disturbances***

[20] The main issues that arise in this appeal relate to the legal nature of the regime of civil liability in respect of neighbourhood disturbances in Quebec law. In reviewing the disagreements among judges and commentators over the content of this regime, it becomes clear that the basic issue is whether the Court should recognize or reject a liability scheme based on the extent of the annoyances suffered by the victim rather than on the conduct of the person who allegedly caused them. A no-fault liability regime would be in addition to the ordinary rules of civil liability. Before this form of liability is examined, it must be determined how civil liability based on fault can apply in the context of neighbourhood disturbances.

**C. *Fault-Based Liability***

[21] Article 1457 *C.C.Q.* sets out the general rules of fault-based liability as follows:

**1457.** Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

confère-t-elle une immunité à CSL en matière de troubles de voisinage?

- (3) L'action en justice par les représentants a-t-elle interrompu la prescription relativement aux dommages postérieurs à son dépôt?
- (4) Était-il légitime, pour les cours inférieures, d'employer la méthode de la moyenne pour évaluer les dommages subis par les membres du groupe visé par le recours collectif?

**B. *Le cadre général du débat sur la responsabilité civile en matière de troubles de voisinage***

[20] Les principales questions que pose ce pourvoi portent sur la nature juridique du régime de responsabilité civile pour cause de troubles de voisinage en droit québécois. En examinant les controverses jurisprudentielles et doctrinales sur le contenu de ce régime, il devient clair que la question fondamentale est celle de la reconnaissance ou du rejet d'un régime de responsabilité fondé sur la mesure des inconvénients subis par la victime et non sur le comportement de leur auteur présumé. Cette responsabilité sans faute s'ajouterait ainsi au régime de droit commun de la responsabilité civile. Avant de passer à l'étude de cette forme de responsabilité, il faudra déterminer comment la responsabilité civile fondée sur la faute trouve application dans le contexte des troubles de voisinage.

**C. *Responsabilité fondée sur la faute***

[21] L'article 1457 *C.c.Q.* énonce les règles générales du régime de la responsabilité fondée sur la faute. Ainsi :

**1457.** Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

The first rule imposes a general duty to abide by the rules of conduct that lie upon a person having regard to the law, usage or circumstances (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), vol. I, at p. 886). Civil fault [TRANSLATION] “is the difference between the agent’s conduct and the abstract, objective conduct of a person who is reasonable, prudent and diligent” (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at p. 171; see also J. Pineau and M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2nd ed. 1980), at p. 7). The standard of civil fault thus corresponds to an obligation to act reasonably, prudently and diligently and can be characterized as an obligation of means (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin in collaboration with N. Vézina, at p. 38; P.-A. Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at p. 55). The basis for civil liability remains the same whether the impugned conduct is intentional or unintentional (Baudouin and Deslauriers, at p. 165). The purpose of civil liability is [TRANSLATION] “not to blame or punish but only to compensate for loss” (Baudouin and Deslauriers, at p. 9; see also Pineau and Ouellette, at p. 60). Intent to injure is therefore not necessary to trigger liability (Baudouin and Deslauriers, at p. 9).

[22] In the context of neighbourhood disturbances, civil fault may relate either to the abusive exercise of a right of ownership or to a violation of standards of conduct that are often set out in statutory or regulatory provisions relating to the use of property. We will consider these two types of civil fault.

#### (1) Abuse of Rights and Fault

[23] Although the doctrine of abuse of rights has long been the subject of debate or dispute, there is no question that it has been accepted in Quebec

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d’une autre personne ou par le fait des biens qu’elle a sous sa garde.

La première règle impose un devoir général de respecter les règles de conduite qui s’imposent eu égard aux lois, usages ou circonstances (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), t. I, p. 886). La faute civile « est constituée par l’écart séparant le comportement de l’agent de celui du type abstrait et objectif de la personne raisonnable, prudente et diligente » (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7<sup>e</sup> éd. 2007), vol. I, p. 171; voir aussi J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2<sup>e</sup> éd. 1980), p. 7). La norme de la faute civile correspond donc à une obligation d’agir raisonnablement, prudemment et diligemment et peut être qualifiée d’obligation de moyens (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6<sup>e</sup> éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, p. 38; P.-A. Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), p. 55). Bien que le comportement reproché puisse être intentionnel ou non intentionnel, la base de la responsabilité civile reste la même dans les deux cas (Baudouin et Deslauriers, p. 165). La responsabilité civile « ne vise ni à blâmer, ni à punir, mais seulement à compenser une perte » (Baudouin et Deslauriers, p. 9; voir aussi Pineau et Ouellette, p. 60). L’intention de nuire n’est donc pas nécessaire à l’existence de la responsabilité civile (Baudouin et Deslauriers, p. 9).

[22] En matière de troubles de voisinage, la faute civile peut refléter soit l’exercice abusif d’un droit de propriété, soit la violation de normes de comportement qui sont souvent inscrites dans des normes législatives ou réglementaires concernant l’usage des propriétés. Nous examinerons ces deux types de faute civile.

#### (1) L’abus de droit et la faute

[23] Si la théorie de l’abus de droit a longtemps été discutée ou contestée, le droit civil québécois l’a indubitablement reçue et lui fait désormais

civil law, in which it now has an important place, as this Court recognized in *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122. The doctrine has now been codified in art. 7 *C.C.Q.*:

7. No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.

(See *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at p. 8.)

[24] Article 7 *C.C.Q.* thus gives effect to the principle of the relativity of rights, which applies to rights as absolute in theory as the right of ownership. According to this principle, one person's right necessarily limits that of another person, and to uphold all such rights concurrently will reduce the absoluteness of each (A. Nadeau and R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at pp. 227-28). This is true of all rights that are protected in civil law. Such rights remain limited by their coexistence and by the fact that they conflict with one another. As Albert Mayrand writes, "[a]ll rights have limitations; when a person under the pretense of exercising an actual right goes beyond the sphere of that right, it is said that he has committed an abuse of right" ("Abuse of Rights in France and Quebec" (1974), 34 *La. L. Rev.* 993, at p. 993; see also J. Ghestin and G. Goubeaux, *Traité de droit civil — Introduction générale* (3rd ed. 1990), at p. 678).

[25] Article 7 *C.C.Q.* places two limits on rights: a right may be exercised neither with the intent of causing injury nor in an excessive and unreasonable manner. These limits constitute a codification of the prior case law and establish the point beyond which the exercise of a right becomes abusive (M. Ouellette, "Book One: Persons", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 1-A, at p. 5; for examples of judgments on neighbourhood disturbances, see *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Lessard v. Dupont Beaudoin*, [1997] R.D.I. 45 (Sup. Ct.)). An abuse of rights relates to the exercise of a right whose legitimacy is not at issue (*Commentaires du*

une place importante, comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. Cette théorie est maintenant codifiée à l'art. 7 *C.c.Q.* :

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

(Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 8.)

[24] L'article 7 *C.c.Q.* consacre ainsi le principe de la relativité des droits, y compris d'un droit en principe aussi absolu que le droit de propriété. Ce principe reconnaît que le droit d'une personne est nécessairement limité par les droits d'autrui et que la reconnaissance concomitante de tous ces droits tempère l'absolutisme du droit de chacun (A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), p. 227-228). Cette réalité s'applique à tous les droits protégés par le droit civil. Ils demeurent des droits limités par leur coexistence et leur concurrence même. Comme l'écrivait Albert Mayrand, « [t]ous les droits ont des limites et lorsque, sous prétexte d'exercer un véritable droit, une personne les dépasse, on dit qu'elle a commis un abus de droit » (« L'abus des droits en France et au Québec » (1974), 9 *R.J.T.* 321, p. 321; voir aussi J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil — Introduction générale* (3<sup>e</sup> éd. 1990), p. 678).

[25] L'article 7 *C.c.Q.* établit deux limites aux droits : un droit ne peut être exercé dans l'intention de nuire ou d'une manière excessive et déraisonnable. Ces limites codifient la jurisprudence antérieure et établissent le point au-delà duquel l'exercice d'un droit devient abusif (M. Ouellette, « Livre premier : Des personnes », dans *La Réforme du Code civil* (1993), t. 1, 11, p. 19; pour des exemples de jugements dans le domaine des troubles de voisinage, voir *Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Lessard c. Dupont Beaudoin*, [1997] R.D.I. 45 (C.S.)). L'abus de droit survient dans l'exercice d'un droit dont la licéité n'est pas contestée

*ministre de la Justice*, vol. I, at p. 8; Ghestin and Goubeaux, at pp. 678-79).

[26] This leads to the following question: Does the concept of abuse of rights under art. 7 *C.C.Q.* correspond to a scheme of civil liability separate from that of arts. 1457 and 1458 *C.C.Q.*? Civil law commentators in Quebec generally answer that abuse of rights constitutes civil fault in the exercise of a right (Baudouin and Deslauriers, at pp. 192-93; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at pp. 425-26; Ouellette, at p. 5; D.-C. Lamontagne, “Special Rules on the Ownership of Immovables and Servitudes”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 1-A, at p. 6; Pineau and Ouellette, at p. 73; Mayrand, at p. 997; Nadeau and Nadeau, at pp. 228-29). French civil law commentators seem to take a similar view (P. Malaurie, L. Aynès and P. Stoffel-Munck, *Les obligations* (2nd ed. 2005), at p. 56; J. Flour, J.-L. Aubert and É. Savaux, *Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique* (10th ed. 2003), at p. 118; B. Starck, H. Roland and L. Boyer, *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle* (5th ed. 1996), at pp. 176-77; Ghestin and Goubeaux, at p. 694; G. Marty and P. Raynaud, *Les obligations*, vol. 1, *Les sources* (2nd ed. 1988), at p. 542; H. et L. Mazeaud and A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6th ed. 1965), t. 1, at p. 640).

[27] However, Ghestin and Goubeaux rightly point out that there is something peculiar about extending the concept of fault to abuse of rights:

[TRANSLATION] Of course, most decisions penalizing abuse of rights refer to article 1382 of the [French] Civil Code. This does not necessarily mean that abuse constitutes fault in the exercise of a right. If . . . it is accepted that the term “abuse of rights” refers to a specific limit on a right, it is clear that a person who so “abuses” his or her right actually acts wrongfully and becomes liable. Article 1382 of the Civil Code does indeed provide a basis for a penalty for the abusive act. However, the presumption that the act is lawful must *first* be rebutted by proving abuse, which makes it possible to show fault.

There is certainly some truth to the theory of fault in the exercise of rights, but this is not really how the question is resolved. Control is exercised through the

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 8; Ghestin et Goubeaux, p. 678-679).

[26] La question suivante peut alors être posée : la notion d’abus de droit prévue à l’art. 7 *C.c.Q.* correspond-elle à un régime de responsabilité civile indépendant des art. 1457 et 1458 *C.c.Q.*? De façon générale, la doctrine civiliste québécoise répond que l’abus de droit constitue une faute civile dans l’exercice d’un droit (Baudouin et Deslauriers, p. 192-193; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 425-426; Ouellette, p. 19; D.-C. Lamontagne, « Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes », dans *La Réforme du Code civil* (1993), t. 1, 513, p. 519; Pineau et Ouellette, p. 73; Mayrand, p. 325; Nadeau et Nadeau, p. 228-229). La doctrine civiliste française semble adopter une opinion semblable (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2005), p. 56; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique* (10<sup>e</sup> éd. 2003), p. 118; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle* (5<sup>e</sup> éd. 1996), p. 176-177; Ghestin et Goubeaux, p. 694; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources* (2<sup>e</sup> éd. 1988), p. 542; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6<sup>e</sup> éd. 1965), t. 1, p. 640).

[27] Cependant, Ghestin et Goubeaux soulignent à juste titre certains aspects singuliers de l’extension du concept de faute à l’abus de droit :

Certes, la plupart des décisions sanctionnant l’abus de droit se réfèrent à l’article 1382 du Code civil [français]. Il n’en résulte pas nécessairement que l’abus soit la faute dans l’exercice d’un droit. Si [. . .] on admet que le terme « abus de droit » désigne une limitation particulière du droit, il est clair que celui qui « abuse » ainsi de son droit agit en réalité sans droit et engage sa responsabilité. La sanction de l’acte abusif trouve bien un fondement dans l’article 1382 du Code civil. Mais il a fallu *préalablement* faire tomber la présomption de licéité de l’acte en démontrant l’abus, ce qui permet de faire apparaître la faute.

Il y a certes une part de vérité dans la théorie de la faute dans l’exercice des droits, mais la question n’est pas vraiment résolue de cette façon. La mise en œuvre

mechanism of civil liability. However, to say that abuse results from fault “is to answer the question with a question and to see a cause in what is merely a consequence”. Thus, “to get to the question of liability, the question of abuse of rights must be resolved first”. This is why the identification of an autonomous criterion for abuse of rights remains of the utmost importance. [Emphasis in original; footnotes omitted; pp. 693-94.]

[28] French authors Flour, Aubert and Savaux also comment on the need to consider the context when analysing the application of the concept of fault to abuse of rights:

[TRANSLATION] [F]ault in the exercise of a right cannot be judged by the same standards as fault in other circumstances. Usually, the mere fact of not foreseeing the possibility of avoidable damage and not doing something to prevent it is wrongful. A right necessarily gives its holder a degree of impunity, however. . . .

This leads to the conclusion that, in most cases, the fact that a person who causes damage has a right does not constitute an automatic justification. However, this circumstance will likely result in a relaxation of the usual conditions of liability. [p. 118]

(See also Lafond, at p. 426.)

[29] Where a right exists, therefore, the usual application of the concept of fault is qualified. The holder of a right has a sphere of autonomy in exercising that right. In such a context, it thus becomes crucial, when analysing civil liability, to consider the nature of the right in issue and the circumstances in which it is exercised, since, as Ghestin and Goubeaux note, an *abuse* of rights must be found in order to show fault. Once an abuse is found, the holder of the right loses the protection of the sphere of autonomy that flows from the right. Violation of a standard of conduct is therefore inextricably linked to the concept of abuse of rights.

(2) Abuse of Rights, Abnormal Annoyances and Art. 976 C.C.Q.

[30] However, conduct is not the deciding criterion when it comes to abnormal annoyances under art. 976 C.C.Q.:

du contrôle passe par le mécanisme de la responsabilité civile. Cependant, dire que l’abus résulte d’une faute « est répondre à la question par la question et voir une cause dans ce qui n’est qu’une conséquence ». En effet, « pour arriver à la question de responsabilité, il faut commencer par résoudre la question de l’abus du droit ». C’est pourquoi les recherches d’un critère autonome de l’abus de droit conservent tout leur intérêt. [En italique dans l’original; notes omises; p. 693-694.]

[28] Les auteurs français Flour, Aubert et Savaux commentent aussi la nécessité d’analyser dans son contexte l’application de la notion de faute en matière d’abus de droit :

[L]a faute dans l’exercice d’un droit ne saurait être jugée selon les mêmes normes qu’une autre. Habituellement, le seul fait de ne pas avoir prévu l’éventualité d’un dommage évitable, et de ne pas s’être comporté de manière à l’éviter, est fautif. Un droit confère, au contraire, forcément à son titulaire une certaine impunité. . .

On conclura donc que, dans la généralité des cas, le fait, pour l’auteur d’un dommage, d’être titulaire d’un droit ne vaut pas justification automatique. Cette circonstance, cependant, est de nature à entraîner un allègement des conditions ordinaires de la responsabilité. [p. 118]

(Voir aussi Lafond, p. 426.)

[29] L’identification d’un droit nuance donc l’application classique de la notion de faute. En effet, le titulaire d’un droit bénéficie d’une sphère d’autonomie dans l’exercice de ce droit. Dans un tel contexte, il devient alors capital de prendre en considération, dans l’analyse de la responsabilité civile, la nature du droit en cause et les circonstances entourant son exercice. Car, comme le soulignent Ghestin et Goubeaux, la constatation d’un *abus* de droit est nécessaire pour faire apparaître la faute. Une fois l’abus constaté, le titulaire du droit perd la protection de la sphère d’autonomie accordée par ce droit. Une dérogation à une norme de comportement est donc inextricablement liée à la notion d’abus de droit.

(2) L’abus de droit, les inconvénients anormaux et l’art. 976 C.c.Q.

[30] Toutefois, en ce qui a trait aux inconvénients anormaux visés à l’art. 976 C.c.Q., le comportement ne constitue pas le critère déterminant :

976. Neighbours shall suffer the normal neighbourhood annoyances that are not beyond the limit of tolerance they owe each other, according to the nature or location of their land or local custom.

An owner who causes abnormal annoyances without either intent to injure or excessive and unreasonable conduct [TRANSLATION] “does not abuse his or her rights, because he or she cannot be accused of wrongful conduct” (Lafond, at p. 404). The word “abuse” implies blame and [TRANSLATION] “is ill-suited to an attitude that may in itself be beyond reproach” (Ghestin and Goubeaux, at p. 686).

[31] A finding that abnormal annoyances were caused will therefore not be enough to establish fault in the exercise of a right. On the other hand, an owner who commits a fault may be held liable for damage even if the damage does not reach the level of abnormal annoyances. Article 976 *C.C.Q.* does not guarantee immunity from the consequences of civil fault. According to Professors G. Viney and P. Jourdain, such an immunity, if accepted, [TRANSLATION] “would make the existence of a neighbourhood disturbance the only possible ground for liability, one that would apply even in cases of proven fault, and would encourage polluters not to comply with regulations in the hope that any nuisances they caused would be found tolerable” (*Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité* (2nd ed. 1998), at p. 1086). Even though art. 976 *C.C.Q.* incorporates a duty to tolerate normal neighbourhood annoyances, this does not mean that it authorizes wrongful conduct.

### (3) Fault and Violation of the Law

[32] Standards provided for in statutes and regulations also place limits on rights and on the exercise thereof. Many examples of this can be found in the *Civil Code of Québec*, in zoning rules and in environmental standards. As a result, the question of the relationship between violations of the law and civil liability needs to be examined.

[33] As we noted above, the general rules of civil liability set out in art. 1457 *C.C.Q.* are based on fault (Baudouin and Deslauriers, at p. 149).

976. Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n’excèdent pas les limites de la tolérance qu’ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

Un propriétaire qui cause des inconvénients anormaux sans intention de nuire ou sans comportement excessif et déraisonnable « n’abuse pas de son droit, puisque aucun comportement fautif ne peut lui être reproché » (Lafond, p. 404). En effet, le terme « abus » évoque une idée de blâme et « convient mal à une attitude qui peut être en elle-même irréprochable » (Ghestin et Goubeaux, p. 686).

[31] La constatation d’inconvénients anormaux ne suffira donc pas pour établir la commission d’une faute dans l’exercice d’un droit. Cependant, si un propriétaire commet une faute, il pourra être tenu responsable des dommages causés, même s’ils n’atteignent pas le niveau des inconvénients anormaux. L’article 976 *C.c.Q.* ne lui garantira pas l’immunité contre les conséquences d’une faute civile. Selon les professeurs G. Viney et P. Jourdain, si l’on acceptait une telle immunité, « elle ferait du trouble du voisinage une sorte de fait justificatif de responsabilité de portée absolue jouant même en cas de faute prouvée et encouragerait les pollueurs à ne pas respecter les réglementations dans l’espoir que les nuisances qu’ils causent seront jugées supportables » (*Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité* (2<sup>e</sup> éd. 1998), p. 1086). Si l’article 976 *C.c.Q.* incorpore un devoir de tolérance à l’égard des inconvénients normaux liés au voisinage, il n’autorise pas pour autant les comportements fautifs.

### (3) Faute et contravention à la loi

[32] Les normes prévues par la loi et la réglementation imposent aussi des limites aux droits et à leur exercice. On en retrouve de nombreux exemples dans le *Code civil du Québec*, les règles de zonage ou les normes environnementales. Se pose alors la question du rapport entre la contravention à la loi et la responsabilité civile.

[33] Comme nous l’avons rappelé plus haut, le régime général de responsabilité civile énoncé à l’art. 1457 *C.c.Q.* est basé sur la faute (Baudouin



[TRANSLATION] “This is a universal concept, since it applies every time a victim alleges that a person who caused injury is liable under the general rules” of art. 1457 C.C.Q. (P.-G. Jobin, “La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?” (1984), 44 *R. du B.* 222, at p. 223). To answer this question, the standards provided for in statutes and regulations, often called “legislative standards”, must be analysed in light of the basic concept of civil fault.

[34] In Quebec civil law, the violation of a legislative standard does not in itself constitute civil fault (*Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Compagnie d’assurance Continental du Canada v. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A.), at p. 712; Jobin, at p. 226). For that, an offence provided for in legislation must also constitute a violation of the standard of conduct of a reasonable person under the general rules of civil liability set out in art. 1457 C.C.Q. (*Union commerciale Compagnie d’assurance v. Giguère*, [1996] R.R.A. 286 (C.A.), at p. 293). The standard of civil fault corresponds to an obligation of means. Consequently, what must be determined is whether there was negligence or carelessness having regard to the specific circumstances of each disputed act or each instance of disputed conduct. This rule applies to the assessment of the nature and consequences of a violation of a legislative standard.

[35] The French position is different. In French law, the violation of a legislative standard in itself constitutes civil fault (Jobin, at p. 229). This means that it is not necessary [TRANSLATION] “to find . . . negligence, imprudence, carelessness or something deficient in the conduct of the person who caused the injury” (Viney and Jourdain, at p. 328). Thus, where a legislative standard is violated, the general rules of civil liability transform the standard into an obligation of result, since the victim can [TRANSLATION] “establish fault by proving a simple material fact without having to show that the conduct of the person who caused the injury was also morally or socially blameworthy” (Viney and Jourdain, at p. 342).

et Deslauriers, p. 149). « C’est un concept universel, car il s’applique chaque fois qu’une victime invoque la responsabilité d’un auteur en vertu du régime général » de l’art. 1457 C.c.Q. (P.-G. Jobin, « La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984), 44 *R. du B.* 222, p. 223). On doit, pour répondre à cette question, analyser les normes prévues par la loi et la réglementation, souvent qualifiées de « normes législatives », à la lumière du concept fondamental de faute civile.

[34] En droit civil québécois, la violation d’une norme législative ne constitue pas en soi une faute civile (*Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Compagnie d’assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A.), p. 712; Jobin, p. 226). Il faut encore qu’une infraction prévue pour un texte de loi constitue aussi une violation de la norme de comportement de la personne raisonnable au sens du régime général de responsabilité civile de l’art. 1457 C.c.Q. (*Union commerciale Compagnie d’assurance c. Giguère*, [1996] R.R.A. 286 (C.A.), p. 293). La norme de la faute civile correspond à une obligation de moyens. Par conséquent, il s’agira de déterminer si une négligence ou imprudence est survenue, eu égard aux circonstances particulières de chaque geste ou conduite faisant l’objet d’un litige. Cette règle s’applique à l’évaluation de la nature et des conséquences d’une violation d’une norme législative.

[35] La position française diffère. En effet, en droit français, la violation d’une norme législative constitue en soi une faute civile (Jobin, p. 229). Il n’est donc pas nécessaire « de relever [. . .] une négligence, une imprudence, un défaut de soins ou une déficience quelconque du comportement de l’auteur » (Viney et Jourdain, p. 328). Par conséquent, dans le cadre de la violation d’un texte de loi, le régime général de responsabilité civile transforme la norme législative en une obligation de résultat, puisque la victime peut « établir la faute en prouvant un simple fait matériel, sans avoir à démontrer en outre le caractère moralement ou socialement blâmable du comportement de l’auteur » (Viney et Jourdain, p. 342).

[36] In Quebec, art. 1457 *C.C.Q.* imposes a general duty to abide by the rules of conduct that lie upon a person having regard to the law, usage or circumstances. As a result, the content of a legislative standard may influence the assessment of the duty of prudence and diligence that applies in a given context. In a civil liability action, it will be up to the judge to determine the applicable standard of conduct — the content of which may be reflected in the relevant legislative standards — having regard to the law, usage and circumstances.

#### D. *No-Fault Liability*

##### (1) Preliminary Comments

[37] In addition to the general rules applicable to fault-based civil liability, it is necessary to consider the possibility of liability in situations where neighbours suffer abnormal annoyances but the owner who causes the damage has not committed a fault.

[38] There is no consensus regarding the theory of no-fault liability in the context of neighbourhood annoyances. As we will see, however, the existence of this form of liability is not precluded by the wording or legislative history of art. 976 *C.C.Q.* or by developments in the case law and commentaries from before and after the enactment of the *Civil Code of Québec*. On the contrary, these sources provide support for it. In addition, reviews of both comparative law and general policy considerations favour the acceptance of no-fault liability.

##### (2) Case Law and Commentaries Predating the Enactment of Art. 976 C.C.Q.

[39] Although the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”) contained no provisions governing neighbourhood relations, there were several decisions in which courts explicitly recognized, if not the theory of no-fault liability in the context of neighbourhood relations, at least the principle that an owner must compensate neighbours to whom he or she has caused excessive annoyances.

[36] Au Québec, l’art. 1457 *C.c.Q.* impose à chacun le devoir général de respecter les règles de conduite qui s’imposent en tenant compte des lois, usages ou circonstances. Par conséquent, le contenu d’une norme législative pourra influencer sur l’appréciation de l’obligation de prudence et diligence qui s’impose dans un contexte donné. Dans le cadre d’une action en responsabilité civile, il appartiendra au juge de déterminer la norme de conduite applicable eu égard aux lois, usages et circonstances, dont la teneur pourrait se refléter dans les normes législatives pertinentes.

#### D. *La responsabilité sans faute*

##### (1) Remarques préliminaires

[37] Outre le régime général de la responsabilité civile fondée sur la faute, il faut également considérer la possibilité d’une responsabilité dans des situations où des voisins subiraient des inconvénients anormaux sans que le propriétaire à l’origine des dommages ait commis une faute.

[38] La thèse de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage ne fait pas l’unanimité. Cependant, comme nous le verrons, ni le libellé de l’art. 976 *C.c.Q.*, ni l’historique législatif de cette disposition, ni l’évolution de la jurisprudence et de la doctrine avant et après l’adoption du *Code civil du Québec*, n’excluent l’existence d’une telle responsabilité. Au contraire, ces sources permettent de la soutenir. De surcroît, tant le droit comparé que des considérations de politique générale militent aussi en faveur de sa reconnaissance.

##### (2) Jurisprudence et doctrine antérieures à l’adoption de l’art. 976 C.c.Q.

[39] En dépit de l’absence d’une disposition régissant les rapports de voisinage dans le *Code civil du Bas Canada* (« *C.c.B.C.* »), plusieurs jugements ont explicitement reconnu, sinon la thèse de la responsabilité sans faute en matière de rapports de voisinage, du moins le principe selon lequel le propriétaire qui cause des inconvénients excessifs à son voisin doit l’indemniser.

[40] It should be mentioned, however, that prior to the enactment of the new Code, neighbours involved in legal proceedings, and the courts hearing such cases, generally relied on art. 1053 C.C.L.C. Nonetheless, in some cases courts allowed actions on the basis of evidence of excessive annoyances without requiring that the existence of a fault be established. Moreover, absence of fault was not always a defence. After analysing numerous Quebec judgments from the first half of the 20th century in which the defendants were found civilly liable owing to excessive annoyances (nuisance), Ronald I. Cohen observed:

To most civilian legal minds, art. 1053 means “fault” and “fault” connotes an illicit act or at least an actor who has not acted “en bon père de famille”, who has not, in other words, taken all reasonable care to avoid the damage. . . .

Although a few isolated Quebec cases support the above view . . . the jurisprudence almost uniformly supports the proposition that the proprietor is subject to liability as regards the damage caused once he is shown to be the author of the nuisance.

In general, the Quebec courts have not boldly articulated this principle and have been content, upon finding the existence of a nuisance of unreasonable dimensions, to close their inquiry there without deciding whether reasonable care was, or could have been, taken to avoid the damage, thus coming to the same thing in the end. . . . The problem, not surprisingly, arises where there is unequivocal evidence to the effect that all reasonable care *has* been taken to avoid the damage. On the several occasions when the Quebec courts have been faced with the situation where the greatest care had evidently been taken to avoid the nuisance, they have held that it was no defence to the action.

(“Nuisance: A Proprietary Delict” (1968), 14 *McGill L.J.* 124, at pp. 136-38 (emphasis in original))

[41] Three decisions of the Supreme Court of Canada and the Quebec Court of Appeal are often relied on in support of the argument that prior to the 1994 codification, the concept of no-fault liability triggered by a finding of excessive annoyances

[40] Cependant, il faut souligner qu’avant l’adoption du nouveau Code les voisins parties à un litige et les tribunaux saisis de ces affaires recouraient généralement à l’art. 1053 C.c.B.C. Néanmoins, la preuve d’inconvénients excessifs a convaincu certaines cours que le recours était fondé sans qu’il soit nécessaire d’étudier l’existence d’une faute. Par ailleurs, l’absence de faute ne constituait pas toujours une défense. Après avoir analysé de nombreux jugements rendus au Québec au cours de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, dans lesquels la responsabilité civile du défendeur avait été retenue sur la base des inconvénients excessifs (de la nuisance), Ronald I. Cohen fait les constatations suivantes :

[TRADUCTION] Pour la plupart des civilistes, l’art. 1053 concerne la « faute » et la « faute » évoque un acte illicite ou du moins une personne qui n’a pas agi « en bon père de famille », qui n’a pas, autrement dit, pris toutes les mesures raisonnables pour éviter un préjudice. . . .

Quelques rares décisions québécoises appuient le point de vue susmentionné, [ . . . ] mais la jurisprudence appuie presque uniformément la thèse que le propriétaire est tenu responsable du dommage causé une fois qu’il a été démontré qu’il est l’auteur de la nuisance.

En général, les tribunaux québécois n’ont pas formellement énoncé ce principe et, s’ils concluent à l’existence d’une nuisance d’une ampleur déraisonnable, ils n’ont pas demandé mieux que de clore immédiatement l’enquête sans décider si on avait fait ou aurait pu faire preuve de diligence raisonnable pour éviter le préjudice, ce qui en fin de compte ne change rien à la conclusion. [ . . . ] Comme on pouvait s’y attendre, le problème surgit lorsque la preuve démontre de façon non équivoque qu’on a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter le préjudice. Lorsque les tribunaux québécois se trouvaient dans une situation où on avait de toute évidence pris toutes les précautions possibles pour éviter la nuisance, ils ont conclu que cela ne pouvait servir de moyen de défense dans l’action.

(« Nuisance : A Proprietary Delict » (1968), 14 *McGill L.J.* 124, p. 136-138 (en italique dans l’original))

[41] Trois arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Cour d’appel du Québec sont souvent invoqués au soutien de la thèse selon laquelle le droit civil québécois admettait, avant la codification de 1994, l’existence d’une responsabilité sans faute,

was accepted in Quebec civil law. Those judgments need to be examined more closely.

[42] The first is *Drysdale v. Dugas* (1896), 26 S.C.R. 20. In it, Dugas, the owner of a house located in a residential area near a stable operated by Drysdale, complained of disagreeable odours, noise made by the horses at night and fetid liquids penetrating the basement of his house. Dugas claimed damages and asked that the stable cease operating. This Court affirmed the decisions of the lower courts, which had awarded him damages for the annoyances he had suffered. Although Strong C.J. began by finding that the law applicable to the case was the law set out in art. 1053 *C.C.L.C.*, he added that, in Quebec law as in English common law, enjoyment of the right of ownership was subject to respect for the rights of neighbouring owners. The Chief Justice also stressed the similarity between English and French law on the subject of nuisance. He then stated the proposition, based on an analysis of English case law, that “occupiers of lands and houses have a right of action to recover damages for any interference with the comfort and convenience of their occupation” (p. 23). Finding that there was no question that Dugas had suffered annoyances and that the disagreeable odours from the stable constituted a nuisance, Strong C.J. concluded that Drysdale was liable to Dugas and that Dugas was entitled to damages. The fact that Drysdale had shown care and caution in operating his stable — and thus that there was no fault — did not exempt him from liability (pp. 25-26).

[43] In concurring reasons with which Strong C.J. agreed (p. 23), Taschereau J. situated his analysis in the framework established by French authorities. Noting that in the case before the Court, the odours, [TRANSLATION] “by their continuity and intensity, exceed the limits of the normal inconveniences that cannot be dissociated from the neighbourhood”, Taschereau J. wrote that the commentators and the courts [TRANSLATION] “agree that, in

fondée sur la constatation d’inconvénients excessifs. Il convient donc de les examiner avec plus d’attention.

[42] Il s’agit d’abord de l’arrêt *Drysdale c. Dugas* (1896), 26 R.C.S. 20. Dans cette affaire, Dugas, propriétaire d’une maison située dans un secteur résidentiel mais à proximité de l’écurie exploitée par Drysdale, se plaint d’odeurs déplaisantes, de bruits causés par les chevaux la nuit et de l’infiltration de liquides nauséabonds dans le sous-sol de sa demeure. Dugas demande des dommages-intérêts et l’arrêt de l’exploitation de l’écurie. La Cour confirme les jugements des instances inférieures lui accordant des dommages-intérêts pour les inconvénients subis. Concluant d’abord que le droit applicable à cette affaire est celui découlant de l’art. 1053 *C.c.B.C.*, le juge en chef Strong note toutefois que la jouissance du droit de propriété, en droit québécois comme en common law d’Angleterre, doit s’exercer dans le respect du droit du propriétaire voisin. Le Juge en chef souligne aussi la similitude des droits anglais et français en matière de nuisance. Puis, après une analyse de la jurisprudence anglaise, le Juge en chef énonce la proposition selon laquelle [TRANSLATION] « l’occupant d’un terrain ou d’une maison dispose d’un droit d’action en dommages-intérêts lorsqu’on trouble son occupation en portant atteinte au confort et à la commodité du lieu occupé » (p. 23). Reconnaisant sans conteste que Dugas a souffert d’inconvénients et que les odeurs désagréables provenant de l’étable constituent une nuisance, le juge en chef Strong conclut à la responsabilité de Drysdale envers Dugas et au droit de ce dernier à des dommages-intérêts. Le soin et l’attention apportés par Drysdale à l’exploitation de son écurie — donc l’absence de faute — n’écarteront pas sa responsabilité (p. 25-26).

[43] Dans des motifs concordants, auxquels souscrit le juge en chef Strong (p. 23), le juge Taschereau situe son analyse dans le cadre établi par le droit français. Notant qu’en l’espèce les odeurs « par leur continuité et leur intensité excèdent la mesure des incommodités ordinaires et inséparables du voisinage », le juge Taschereau écrit que la doctrine et la jurisprudence « s’accordent à donner, en pareil cas, un recours en dommages contre l’auteur du fait

such a case, an action in damages lies against the person who committed the injurious act” (p. 27). As a result, Drysdale could operate his stable only if he compensated his neighbours for the damage he caused them. Taschereau J. therefore attached more importance to the damage suffered by the plaintiff than to the defendant’s acts. Thus, Strong C.J. and Taschereau J. agreed on the existence of a scheme of no-fault liability even though their reasons were based on different analytical frameworks.

[44] The second decision is *Canada Paper Co. v. Brown* (1922), 63 S.C.R. 243. In that case, Brown, a neighbour of a pulp and paper mill, sued the mill’s operator over noxious odours and fumes that resulted from the use of sulphate-based manufacturing processes. The reasons for judgment in the case, which began as a demand for an injunction, show that the judges agreed only in part. Thus, in allowing Brown’s demand, Duff J. favoured the theory of liability based on fault pursuant to art. 1053 C.C.L.C. (p. 251). Anglin J., writing for himself and Davies C.J., referred to the concept of nuisance and confirmed that the annoyances suffered by the plaintiff were in excess of anything that could be justified in the context of neighbourhood relations and were therefore actionable (pp. 254-55). Finally, Brodeur J. relied both on abuse of the right of ownership and on excessive annoyances caused by the odours (p. 260).

[45] Despite these differences in the reasons of the members of the Court, some Quebec commentators viewed the case as amounting to a recognition of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances. For example, Louis Baudouin wrote in 1953 that in *Drysdale* and *Canada Paper*, the Court had sought to identify an excessive injury [TRANSLATION] “whose cause lay not in malicious intent in exercising a legitimate right, but rather in objective limits on the right of ownership” (*Le droit civil de la Province de Québec: Modèle vivant de Droit comparé* (1953), at p. 1285 (emphasis added)). This concept of objective limits on the right of ownership relates not to the owner’s *conduct*, but to the consequences of the owner’s use of his or her

dommageable » (p. 27). Ainsi, Drysdale ne peut exploiter son écurie qu’à la condition d’indemniser ses voisins pour les dommages qu’il leur cause. Le juge Taschereau attache donc davantage d’importance au dommage subi qu’aux actes du défendeur. Ainsi, tant les motifs du juge en chef Strong que ceux du juge Taschereau reconnaissent l’existence d’une responsabilité sans faute, bien qu’ils aient été conçus à partir de cadres analytiques différents.

[44] Le second arrêt est *Canada Paper Co. c. Brown* (1922), 63 R.C.S. 243. Dans cette affaire, Brown, voisin d’une usine de pâtes et papiers, poursuit l’exploitant en raison des odeurs et fumées méphitiques que provoque l’utilisation de procédés de fabrication à base de sulfate. Dans ce recours, qui était à l’origine une demande d’injonction, les motifs des juges ne s’accordent que partiellement. Ainsi, pour faire droit à la demande de Brown, le juge Duff favorise la thèse de la responsabilité fondée sur la faute en vertu de l’art. 1053 C.c.B.C. (p. 251). Pour sa part, le juge Anglin, écrivant pour lui-même et le juge en chef Davies, invoque la notion de nuisance et confirme que les inconvénients subis par le demandeur dépassent le degré des inconvénients justifiables dans le contexte de rapports de voisinage, donnant ainsi ouverture à un recours (p. 254-255). Enfin, le juge Brodeur utilise à la fois la notion d’abus du droit de propriété et celle des inconvénients excessifs causés par les odeurs (p. 260).

[45] Malgré ces divergences entre les opinions des membres de la Cour, une partie de la doctrine québécoise a vu dans cet arrêt la reconnaissance d’une responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. Ainsi, en 1953, Louis Baudouin écrit que dans *Drysdale* et *Canada Paper* la Cour cherche à identifier un préjudice excessif « dont la cause ne se trouve pas dans l’intention malicieuse à l’occasion de l’exercice d’un droit légitime, mais dans les limites objectives du droit de propriété » (*Le droit civil de la Province de Québec : Modèle vivant de Droit comparé* (1953), p. 1285 (nous soulignons)). Cette notion de limite objective du droit de propriété ne fait aucune référence au *comportement* du propriétaire, mais bien aux conséquences

property. Likewise, Pratte J.A. of the Quebec Court of Appeal pointed out in an oft-quoted passage that in those two cases, this Court had accepted a principle of inherent limits on the right of ownership:

[TRANSLATION] The right of owners to use their things as they see fit entails an obligation not to exercise that right in a manner that prevents neighbours from enjoying their own property. Of course, because we live in society, each person must suffer the unavoidable annoyances resulting from this situation, but the sum of those annoyances must not be greater than is necessary to reconcile conflicting rights.

(*St-Louis v. Goulet*, [1954] B.R. 185, at p. 191 (emphasis added))

[46] Despite the vagueness of the legal concepts referred to by the judges of this Court in *Canada Paper*, the judges expressed an intention to protect neighbours from excessive annoyances that arise in neighbourhood relations. Moreover, it is difficult to explain the Court's decision in terms of the concept of civil fault based on the diligent person standard.

[47] Finally, in *Katz v. Reitz*, [1973] C.A. 230, the Quebec Court of Appeal explicitly endorsed the theory of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances. Reitz owned a lot and a house when Katz purchased neighbouring lots separated from Reitz's property by a lane. In order to build an apartment building, a company hired by Katz dug a deep hole on Katz's lot that caused Reitz's house to collapse (pp. 231-34).

[48] The Court of Appeal found that Katz had not committed a fault. He had hired a third party with the necessary experience and skill to perform the work (pp. 235-36). However, Katz's right to exercise his right of ownership remained limited by Reitz's right to enjoy his property:

[TRANSLATION] However absolute it may be, the exercise of the right of ownership includes an obligation not to injure one's neighbours and to compensate them for damage which the exercise of this right may

de l'usage que ce dernier fait de sa propriété. De même, le juge Pratte de la Cour d'appel du Québec fait remarquer, dans un passage souvent cité, que ces deux arrêts admettent le principe de l'existence de limites inhérentes au droit de propriété :

Le droit pour le propriétaire d'user de sa chose comme il l'entend comporte l'obligation de ne pas exercer ce droit d'une manière qui empêche le voisin de jouir lui aussi de sa propriété. Certes, parce que nous vivons en société, chacun doit subir les inconvénients inévitables de cet état, mais la somme de ces inconvénients ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour permettre de concilier les droits en conflit.

(*St-Louis c. Goulet*, [1954] B.R. 185, p. 191 (nous soulignons))

[46] Malgré l'imprécision des concepts juridiques auxquels ont recours les juges de notre Cour, l'arrêt *Canada Paper* exprime une volonté de protéger les voisins contre des inconvénients excessifs résultant des rapports de voisinage. De plus, il est difficile d'expliquer la décision de notre Cour au moyen de la notion de faute civile fondée sur la norme de la personne diligente.

[47] Enfin, dans *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230, la Cour d'appel du Québec a souscrit explicitement à la thèse de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. Reitz possède déjà un terrain et une maison au moment où Katz achète des terrains voisins, séparés du bien-fonds du premier par une ruelle. Pour construire une conciergerie, l'entreprise engagée par Katz creuse sur le terrain de celui-ci une profonde excavation qui provoque l'effondrement de la maison de Reitz (p. 231-234).

[48] La Cour d'appel reconnaît que Katz n'a commis aucune faute. En effet, ce dernier a confié l'exécution des travaux à un tiers disposant de l'expérience et des habiletés nécessaires (p. 235-236). Cependant, le droit de Katz d'user de son droit de propriété demeure limité par celui de Reitz de jouir de la sienne :

L'exercice de droit de propriété, si absolu soit-il, comporte l'obligation de ne pas nuire à son voisin et de l'indemniser des dommages que l'exercice de ce droit peut lui causer. Cette obligation existe, même en

cause them. This obligation exists even in the absence of fault, and in that case results from the neighbours' right to enjoy their property undisturbed and to be compensated for losses which they suffer against their will from work done by another for the other's advantage and profit. [Emphasis added; p. 237.]

[49] These three decisions thus showed at least partial acceptance, even prior to the new codification, of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances. However, following a subsequent judgment of this Court, *Lapierre v. Quebec (Attorney General)*, [1985] 1 S.C.R. 241, there was some question whether this view was still valid.

[50] In *Lapierre*, a child had contracted encephalitis after being vaccinated for measles pursuant to a provincial routine vaccination policy. The Superior Court found the government civilly liable on a no-fault basis. The Court of Appeal set aside that judgment and dismissed the action. This Court affirmed the Court of Appeal's judgment and refused to find the government liable. Chouinard J., writing for the Court, criticized, *inter alia*, the theory of risk, pursuant to which fault is not necessary. According to that theory, any act that causes damage, whether due to fault or not, attracts liability (p. 265, referring to Mazeaud and Tunc, at p. 431, No. 339). In Chouinard J.'s view, the theory of risk was not accepted in Quebec law. Chouinard J. also briefly considered the argument that *Katz* had opened the door to "recognizing the theory of risk" (p. 265). He rejected that view and preferred to interpret *Katz* as a decision based on fault and abuse of rights (p. 266).

[51] In light of that decision, some judges have denied any possibility of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances in Quebec law. For example, that was the basis for the Court of Appeal's decision in *Christopoulos v. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] R.R.A. 334, to exempt from liability two owners who had not been at fault when the collapse of their building caused a wall between it and a neighbouring building to collapse.

l'absence de faute, et résulte alors du droit du voisin à l'intégrité de son bien et à la réparation du préjudice qu'il subit, contre son gré, de travaux faits par autrui pour son avantage et profit. [Nous soulignons; p. 237.]

[49] Ainsi, avant même la nouvelle codification, ces trois arrêts reposent sur l'acceptation au moins partielle d'une responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. On s'est toutefois demandé si cette opinion demeurerait encore valide par suite d'un jugement plus récent de notre Cour, l'arrêt *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] 1 R.C.S. 241.

[50] L'affaire *Lapierre* a commencé lorsqu'une enfant a contracté une encéphalite après avoir reçu un vaccin contre la rougeole administré dans le cadre d'une politique provinciale de vaccination systématique. La Cour supérieure avait reconnu la responsabilité civile de l'État sur la base de la responsabilité sans faute. La Cour d'appel avait cassé ce jugement et rejeté la poursuite. Notre Cour confirma ce jugement et refusa de reconnaître la responsabilité du gouvernement. S'exprimant pour la Cour, le juge Chouinard critique notamment la théorie du risque, qui nie la nécessité de la faute. Selon cette théorie, tout fait (qu'il soit fautif ou non) causant un dommage entraînera la responsabilité de son auteur (p. 265, en référence à Mazeaud et Tunc, p. 431, n° 339). Il estime que le droit québécois n'accepte pas la théorie du risque. Par ailleurs, le juge Chouinard étudie brièvement l'argument selon lequel l'arrêt *Katz* a ouvert la porte à la « reconnaissance de la théorie du risque » (p. 265). Le juge Chouinard écarte cette opinion et préfère interpréter *Katz* comme un arrêt fondé sur la faute et l'abus de droit (p. 266).

[51] Sur la base de cet arrêt, des jugements ont nié toute possibilité d'une responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage en droit québécois. Par exemple, c'est sur ce fondement que la Cour d'appel a déchargé de toute responsabilité deux propriétaires non fautifs dans *Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] R.R.A. 334, lorsque l'effondrement de leur immeuble a entraîné celui du mur qui le reliait à l'édifice voisin.

[52] In view of Chouinard J.'s comments on the non-acceptance of the theory of risk in Quebec law, the real scope of *Lapierre* requires some clarification. The case concerned not neighbourhood disturbances, but a provincial routine vaccination policy, which, according to the plaintiff in that case, had caused a problem of delictual liability. As Professor Lafond points out, Chouinard J. did not rule out the possibility of no-fault liability in respect of the exercise of rights of ownership, particularly in the context of neighbourhood disturbances. In fact, the Court did not deal with the issue in *Lapierre*:

[TRANSLATION] [I]n *Lapierre*, the . . . Court did not conclusively rule out the possibility of strict liability in connection with the right of ownership . . . It seems clear to us that [the Court], in deciding a traditional civil liability case, did not want to hold that no-fault liability is *widely* available in Quebec law.

(Lafond, at p. 449 (emphasis in original))

The relevance of that decision to neighbourhood disturbances becomes even more questionable in the context of the *Civil Code of Québec*, as the wording of the new Code's relevant provision, and the inspiration for it, differ from those of the former Code in this regard. At this point, a review of the legal situation created when the new Code came into force in 1994 is relevant.

(3) Coming Into Force of the *Civil Code of Québec*: Art. 976 *C.C.Q.* and No-Fault Liability

[53] We will begin by examining the legislature's intention in codifying art. 976 *C.C.Q.* and will then discuss the cases and commentaries in which the nature of liability in respect of neighbourhood disturbances under the *Civil Code of Québec* has been considered.

(a) *Legislature's Intention*

[54] The legislative history of art. 976 *C.C.Q.* begins with the work of the Civil Code Revision

[52] Compte tenu des commentaires du juge Chouinard sur l'inexistence de la théorie du risque en droit québécois, la portée réelle de l'arrêt *Lapierre* requiert quelques précisions. Cet arrêt ne concerne pas des troubles de voisinage à proprement parler, mais plutôt une politique provinciale de vaccination systématique qui entraînait un problème de responsabilité délictuelle, selon le demandeur dans cette affaire. Comme le fait remarquer le professeur Lafond, les commentaires du juge Chouinard n'ont pas écarté l'application de la responsabilité sans faute du domaine de l'exercice des droits de propriété et, en particulier, de celui des troubles de voisinage. En fait, l'arrêt *Lapierre* n'a pas traité de la question :

[D]ans l'arrêt *Lapierre*, la [. . .] Cour n'a pas péremptoirement écarté l'application d'une responsabilité objective en matière de droit de la propriété [. . .] Il nous apparaît clair que [la Cour], aux prises avec une cause de responsabilité civile traditionnelle n'a pas voulu reconnaître la possibilité *généralisée* d'une responsabilité sans faute en droit québécois.

(Lafond, p. 449 (en italique dans l'original))

Enfin, la pertinence de cet arrêt en matière de troubles de voisinage devient encore plus problématique dans l'interprétation du *Code civil du Québec* dont la rédaction et l'inspiration diffèrent de celle de l'ancien Code à cet égard. À cet effet, l'étude de la situation juridique créée par l'entrée en vigueur du nouveau Code civil en 1994 devient pertinente.

(3) L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* : l'art. 976 *C.c.Q.* et la responsabilité sans faute

[53] Nous examinerons d'abord l'intention du législateur lors de la codification de l'art. 976 *C.c.Q.*, puis nous nous pencherons sur la jurisprudence et la doctrine qui ont étudié la nature de la responsabilité pour cause de troubles de voisinage fondée sur le *Code civil du Québec*.

a) *L'intention du législateur*

[54] L'histoire législative de l'art. 976 *C.c.Q.* remonte aux travaux de l'Office de révision du



Office. In its 1975 *Report on Obligations* to the Office, the Committee on the Law of Obligations suggested that a specific provision on neighbourhood relations be included in the book on obligations. The proposed provision read as follows:

95. No person may cause any damage to another beyond the normal inconveniences resulting from proximity.

The jurists who made this recommendation explained that the source of this obligation in Quebec law was either the remedy for abuse of rights or the remedies based on nuisance. They took care to distinguish the obligation described in this art. 95 from the one provided for in art. 1053 *C.C.L.C.* and explained that the obligation not to inconvenience one's neighbour applied even in the absence of fault:

The legal obligation of good-neighbourliness, set forth in Article 1057 C.C., is here further defined as an obligation not only of diligence, but of refrainment from causing any "gênes intolérables", regardless of whatever measures have been taken to eliminate such inconveniences.

This obligation has long been acknowledged by Quebec law, which has referred to it as either an abuse of right or, as in Common Law, a "nuisance". It has recently been correctly defined as a specific legal obligation, distinct from both the obligation set forth in Article 1053 C.C. and the concept of fault implied by that article.

Thus, this article compels all persons, and not only landowners, not to inconvenience their neighbours. This obligation holds even if there is no fault and regardless of any administrative authorization.

(Civil Code Revision Office, Committee on the Law of Obligations, *Report on Obligations* (1975), at p. 149)

[55] In its 1977 *Report on the Québec Civil Code*, the Office in turn proposed including a provision on neighbourhood disturbances in the book on obligations. The recommendation in this report was worded in substantially the same way as the one made two years earlier:

Code civil. En 1975, dans son *Rapport sur les obligations* remis à l'Office de révision du Code civil, le Comité du droit des obligations suggère d'inclure dans le livre « Des obligations » une disposition spécifique sur les rapports de voisinage. Le texte proposé se lisait :

95. Chacun est tenu de s'abstenir de causer à autrui un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage.

Les juristes qui font cette recommandation expliquent que cette obligation a sa source, en droit québécois, soit dans le recours en abus de droit, soit dans les recours fondés sur la *nuisance*. Ils prennent soin de distinguer l'obligation décrite à l'art. 95 de celle prévue par l'art. 1053 *C.c.B.C.* et précisent que l'obligation de ne pas nuire à son voisin existe même en l'absence de faute :

Cet article veut préciser l'obligation légale de bon voisinage, déjà annoncée à l'article 1057 C.C. en imposant, au delà de l'obligation de diligence, l'obligation de ne pas causer des « gênes intolérables » et cela quelles que soient les mesures prises pour les éliminer.

Cette obligation est depuis longtemps reconnue en droit québécois, soit sous le couvert d'un abus de droit, soit sous le vocable « nuisance » inspiré du Common Law. Plus récemment, on l'a justement appréciée comme une obligation légale particulière, distincte de celle de l'article 1053 C.C. et de la notion de faute qu'inspire cette dernière.

Cette disposition impose donc à tous, et non seulement aux propriétaires, l'obligation de ne pas nuire à son voisin. Cette obligation existe, même en l'absence de faute et nonobstant autorisation administrative.

(Office de révision du Code civil, Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations* (1975), p. 148)

[55] Puis, en 1977, le *Rapport sur le Code civil du Québec* propose à son tour d'insérer une disposition relative aux troubles de voisinage dans le livre « Des obligations ». Sa recommandation reprend en substance la formulation proposée deux ans plus tôt :

96 No person may cause to another damage which exceeds the normal inconveniences resulting from proximity.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. I, *Draft Civil Code*, at p. 346)

This proposal was supported by a commentary identical to the above-quoted commentary by the Committee on the Law of Obligations (Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaries*, at pp. 619-20).

[56] However, the legislature did not adopt the two proposals reproduced above, which would have imposed a positive obligation on owners not to cause excessive inconveniences to neighbours. Instead, art. 976 *C.C.Q.* was included in the book entitled “Property”. It provides for a passive obligation of tolerance, as neighbours are told to suffer normal neighbourhood annoyances. Once again, this article reads as follows:

976. Neighbours shall suffer the normal neighbourhood annoyances that are not beyond the limit of tolerance they owe each other, according to the nature or location of their land or local custom.

[57] This provision is silent on the question of liability resulting from neighbourhood annoyances.

[58] The Minister’s commentaries concerning the chapter on the ownership of immovables referred to [TRANSLATION] “the general principle of tolerance to be observed in neighbourhood relations” (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at p. 569). The Minister noted that [TRANSLATION] “the new Code restates most of the traditional rules but modernizes them by taking greater account of environmental legislation, the value of water and the quality of life” (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at p. 570). According to the Minister, art. 976 *C.C.Q.* is based on judge-made law. Initially developing that case law on the basis of the concept of abuse of rights, the courts had gradually created specific legal rules for neighbourhood disturbances:

96 Nul ne doit causer à autrui un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I, *Projet de Code civil*, p. 348)

Un commentaire identique à celui du Comité du droit des obligations, que nous citons plus haut, appuie d’ailleurs cette proposition (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 630).

[56] Néanmoins, le législateur n’a pas retenu les deux propositions reproduites plus haut, qui imposaient aux propriétaires l’obligation positive de ne pas causer d’inconvénients excessifs en matière de voisinage. L’article 976 *C.c.Q.* est plutôt inséré dans le livre « Des biens ». Il prescrit une obligation passive de tolérance, incitant les voisins à accepter les inconvénients normaux du voisinage. Nous reproduisons cet article de nouveau :

976. Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n’excèdent pas les limites de la tolérance qu’ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

[57] La lettre de cette disposition demeure muette sur la question de la responsabilité qui découlerait des inconvénients du voisinage.

[58] Les commentaires du ministre au sujet du chapitre relatif à la propriété immobilière rappellent « le principe général de la tolérance à observer dans les rapports de voisinage » (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 569). Le ministre précise que « le nouveau code reprend la plupart des règles traditionnelles, mais il les modernise en tenant compte davantage des lois de l’environnement, de la valeur de l’eau et de la qualité de la vie » (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 570). Selon le ministre, l’art. 976 *C.c.Q.* est d’origine jurisprudentielle. Élaborée au départ à partir de la notion de l’abus de droit, cette jurisprudence aurait graduellement créé un régime juridique particulier pour les troubles de voisinage :

[TRANSLATION] This article is new. It refers to the principle that tolerance must be shown in neighbourhood relations and codifies that principle in a general provision that heads up and underlies the entire chapter. It thus codifies the academic commentaries and case law on neighbourhood disturbances, which were originally founded primarily on abuse of the right of ownership before a specific framework was established for neighbourhood disturbances. [p. 573]

Thus, the Minister's view was that the courts, in decisions on neighbourhood relations, had adopted a rule that owners must compensate neighbours to whom they cause excessive annoyances. Even though art. 976 *C.C.Q.* is worded as a duty of tolerance, therefore, it codifies a line of authority according to which owners are not to be exempted from liability for damage associated with excessive annoyances they have caused for their neighbours. Moreover, consistently with *Drysdale, Canada Paper* and *Katz*, the article does not state that fault must be proved to obtain compensation for abnormal neighbourhood annoyances.

[59] Since the enactment of the *Civil Code of Québec*, there have been cases in which the Quebec Court of Appeal has decided in favour of a scheme of no-fault liability based on art. 976 *C.C.Q.* In other decisions, however, the same court has disagreed with relying on this provision as a source of civil liability.

(b) *Case Law of the Court of Appeal on Art. 976 C.C.Q.*

[60] Some hesitation about the basis of civil liability in respect of neighbourhood disturbances and, more specifically, about accepting no-fault liability can be seen in the decisions of the Court of Appeal since the new Civil Code came into force.

[61] As we mentioned above, the Court of Appeal rejected no-fault liability in *Christopoulos*. In that case, the Court of Appeal expressed the view that the theory of no-fault liability had been rejected in *Lapierre* in the context of the *Civil Code of Lower Canada* (p. 350). It added that art. 976 *C.C.Q.* had not changed the state of the law. The court cited

Cet article est nouveau. Il pose le principe de la tolérance que l'on se doit dans les rapports de voisinage et le codifie dans une disposition générale qui coiffe l'ensemble du chapitre et le sous-tend. Il codifie ainsi la doctrine et la jurisprudence sur les troubles de voisinage; cette doctrine et cette jurisprudence ont été élaborées avant tout sur la base de l'abus du droit de propriété, pour ensuite obtenir un cadre particulier d'application relativement aux troubles de voisinage. [p. 573]

Ainsi, le ministre estime que la jurisprudence portant sur les rapports de voisinage a consacré la règle selon laquelle un propriétaire doit indemniser le voisin à qui il a causé des inconvénients excessifs. Donc, même si l'art. 976 *C.c.Q.* est énoncé comme un devoir de tolérance, il codifie un courant jurisprudentiel qui refusait de dégager un propriétaire de toute responsabilité pour les dommages liés aux inconvénients excessifs causés par celui-ci à ses voisins. Par ailleurs, le libellé de l'article n'indique pas qu'il soit nécessaire de prouver une faute pour être indemnisé des inconvénients anormaux du voisinage, ce qui est conforme aux enseignements des arrêts *Drysdale, Canada Paper* et *Katz*.

[59] Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, certains arrêts de la Cour d'appel du Québec se sont prononcés en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité sans faute fondée sur l'art. 976 *C.c.Q.* Des divergences ont toutefois été exprimées dans d'autres décisions de la même cour au sujet du recours à cette disposition comme source de responsabilité civile.

b) *La jurisprudence de la Cour d'appel sur l'art. 976 C.c.Q.*

[60] La jurisprudence de la Cour d'appel depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil fait voir des hésitations au sujet du fondement de la responsabilité civile en matière de troubles de voisinage et, particulièrement, quant à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute.

[61] Nous avons mentionné plus tôt que la Cour d'appel avait refusé d'admettre l'existence d'une responsabilité sans faute dans *Christopoulos*. Dans cette affaire, la Cour d'appel a exprimé l'avis que, sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, la théorie de la responsabilité sans égard à la faute avait été écartée par l'arrêt *Lapierre* (p. 350). Par ailleurs, selon

Professor Claude Masse, who asserted that the addition of art. 976 C.C.Q. had not established a scheme of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances (p. 350). We mentioned above our reservations about the application of *Lapierre* to cases concerning neighbourhood disturbances. We cannot accept *Christopoulos* insofar as it is based on *Lapierre*. It should also be noted that the applicable law in *Christopoulos* was that of the *Civil Code of Lower Canada* and that the Court of Appeal referred only briefly to art. 976 C.C.Q.

[62] However, the Court of Appeal adopted the same position more recently in *Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) v. Domfer Metal Powders Ltd.*, [2006] Q.J. No. 13631 (QL), leave to appeal granted, [2007] 1 S.C.R. viii; appeal discontinued on August 31, 2007, [2008] 2 S.C.R. v. In that case, Forget J.A., relying on the Court of Appeal's reasons in the judgment under appeal in the case at bar, stated that he would be reviewing the facts in light of the [TRANSLATION] "standard theory of fault-related civil liability" (para. 125). He thus rejected the theory of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances. The judgment in *Domfer* was rendered the same day as the Court of Appeal's judgment in the instant case. We will explain below why the theory of real liability that the Court of Appeal adopted in these two cases should be rejected.

[63] The Court of Appeal has also accepted the possibility of no-fault liability for neighbourhood disturbances in two cases. In the first, *Sirois v. Lévesque-Gagné*, [1996] Q.J. No. 2669 (QL), two lots overlooked Ms. Lévesque-Gagné's property. A hill with an irregular slope rose above the line separating the three lots. The foot of the hill crossed over that line. Ms. Lévesque-Gagné, who wanted to level her lot, began excavation work that eliminated the slope on it but caused erosion on the neighbouring lots.

la cour, l'état du droit n'aurait pas changé avec l'art. 976 C.c.Q. Elle cite le professeur Claude Masse, qui soutient que l'ajout de l'art. 976 C.c.Q. n'a pas davantage établi la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage (p. 350). Nous avons déjà fait part de nos réserves concernant l'application de l'arrêt *Lapierre* en matière de troubles de voisinage. Dans la mesure où l'arrêt *Christopoulos* s'appuie sur cette décision, nous ne pouvons le retenir. De plus, il convient de souligner que, dans *Christopoulos*, le droit applicable était celui du *Code civil du Bas Canada*, et que la Cour d'appel n'a étudié que sommairement l'art. 976 C.c.Q.

[62] Néanmoins, plus récemment, la Cour d'appel a adopté la même position dans l'arrêt *Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) c. Domfer Poudres métalliques ltée*, [2006] R.R.A. 854, autorisation de pourvoi accordée, [2007] 1 R.C.S. viii; désistement de pourvoi le 31 août 2007, [2008] 2 R.C.S. v. Dans cette dernière affaire, le juge Forget s'est appuyé sur les motifs de la Cour d'appel dans le jugement qui fait l'objet du présent pourvoi et a affirmé qu'il étudiait alors les faits à la lumière de la « théorie classique de la responsabilité civile découlant de la faute » (par. 125). Le juge Forget ne retient donc pas la théorie de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. L'arrêt *Domfer* a été rendu le même jour que le jugement de la Cour d'appel dans le présent dossier. Nous expliquerons ci-dessous pourquoi il y a lieu d'écarter la théorie de la responsabilité *propter rem* qu'a adoptée la Cour d'appel dans ces deux dossiers.

[63] Par contre, deux arrêts de la Cour d'appel ont admis la possibilité d'une responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. Dans le premier, *Sirois c. Lévesque-Gagné*, [1996] J.Q. n° 2669 (QL), deux propriétés dominaient celle de M<sup>me</sup> Lévesque-Gagné. Un talus ayant une pente irrégulière dominait la ligne de lots séparant les trois propriétés. Le pied de la pente excédait la ligne séparatrice des lots. Madame Lévesque-Gagné, qui voulait niveler son terrain, a entrepris des travaux d'excavation qui ont éliminé le talus se trouvant sur sa propriété et provoqué de l'érosion sur les terrains voisins.

[64] Mailhot J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, quoted *Katz* with approval and held that Ms. Lévesque-Gagné's right to modify her own property [TRANSLATION] "is of course limited by the equally indisputable right of [her neighbours] to the peaceful enjoyment of their property" (para. 40). Mailhot J.A. found that the facts in *Katz* differed from those of the appeal before her, because [TRANSLATION] "Ms. Lévesque-Gagné knew that the excavation work she was undertaking could cause the partial ruin and slumping of parts of the neighbouring properties" (para. 41). Nevertheless, in her view, the principle stated in *Katz* still applied. Mailhot J.A. accordingly concluded that [TRANSLATION] "an owner of land, although enjoying the freedom of an owner, may not alter the property in such a way as to cause, as here, a significant foreseeable loss on or deterioration of neighbouring properties" (para. 43).

[65] The question of liability for damage resulting from neighbourhood disturbances came before the Court of Appeal again in *Gourdeau v. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195. In that case, the owner of an immovable had built two concrete walls that were supported by the wall of the building next door. Over time, the presence of the concrete walls caused his neighbour annoyances and use problems that gave rise to an action to demolish them that was based on abuse of rights. In discussing the legal problems caused by the construction of the walls, Thibault J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, accepted a theory of liability based on the extent of the annoyances suffered rather than on proof of fault (para. 44).

[66] In support of that conclusion, Thibault J.A. relied, *inter alia*, on the wording of art. 976 C.C.Q., which [TRANSLATION] "does not suggest that it applies only where fault is demonstrated" (para. 39). She added that the source of art. 976 C.C.Q. [TRANSLATION] "seems to lie in a balance between the use of one property and the use of neighbouring properties", and she referred to the principles laid down in *Katz* (paras. 40-41). Turning to the case before her, Thibault J.A. found that the owners — whose predecessor in title had built the

[64] La juge Mailhot, auteure des motifs unanimes de la Cour d'appel, cite avec approbation l'arrêt *Katz* et statue que le droit de M<sup>me</sup> Lévesque-Gagné de modifier son propre terrain « est évidemment limité par le droit tout aussi incontestable [de ses voisins] de jouir de leur propriété en toute quiétude » (par. 40). La juge Mailhot reconnaît que les faits de l'affaire *Katz* différaient de ceux de l'appel dont elle était saisie, parce que « M<sup>me</sup> Lévesque-Gagné savait que les travaux d'excavation qu'elle entreprenait pouvaient causer une ruine partielle et l'effondrement de parties des héritages voisins » (par. 41). Néanmoins, selon elle, le principe de l'arrêt *Katz* demeure. La juge Mailhot conclut en conséquence que « le propriétaire d'un terrain tout en jouissant de sa liberté de propriétaire ne peut modifier les lieux de façon telle qu'il cause comme en l'espèce aux héritages voisins une perte ou une détérioration prévisible importante » (par. 43).

[65] La question de la responsabilité pour cause de troubles de voisinage est de nouveau portée devant la Cour d'appel dans l'arrêt *Gourdeau c. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195. Dans cette affaire, un propriétaire d'immeuble avait érigé deux murs de béton qui s'appuyaient sur le mur de l'édifice voisin. À la longue, la présence de ces murs de béton causa à son voisin des inconvénients et des difficultés d'usage qui provoquèrent une demande en démolition pour cause d'abus de droit. Dans son examen des problèmes juridiques causés par la construction des murs, la juge Thibault — qui s'exprimait pour la majorité de la Cour d'appel — privilégie la thèse de la responsabilité fondée sur la mesure des inconvénients subis, plutôt que sur la démonstration d'une faute (par. 44).

[66] Au soutien de cette conclusion, la juge Thibault s'appuie entre autres sur le texte de l'art. 976 C.c.Q. qui « ne suggère pas que son application est sujette à la démonstration d'une faute » (par. 39). Elle ajoute que l'art. 976 C.c.Q. « semble trouver sa source dans l'équilibre de l'exploitation d'un héritage par rapport à l'exploitation des héritages voisins », et se réfère aux principes arrêtés dans *Katz* (par. 40-41). Passant au cas débattu devant elle, la juge Thibault conclut à la responsabilité des propriétaires — dont l'auteur avait érigé les murs, car

walls — were liable because the work, although lawful, had caused abnormal annoyances for the neighbours:

[TRANSLATION] In the absence of a servitude of view in favour of the appellants' immovable, the respondent's predecessor in title had the right, and a very legitimate one at that, to protect his privacy. But the chosen method far exceeded what was normal and acceptable. In light of the objective being pursued, the height of the walls was disproportionate and excessive, and the configuration of the walls was totally unacceptable. In exercising the right to privacy, it was necessary to respect the neighbours' right to have access to their property and to enjoy, not a right of view, but the benefits of air and light.

It is precisely in such situations that the rules of good neighbourliness must apply. Competing rights come into conflict, but no one has to suffer abnormal annoyances resulting from a neighbour's excessive acts. [paras. 47-48]

[67] Thus, in *Gourdeau*, the Court of Appeal explicitly accepted an interpretation of art. 976 C.C.Q. based on the extent of the annoyances suffered rather than on an assessment of the owner's conduct.

(c) *Quebec Commentators and No-Fault Liability in Respect of Neighbourhood Disturbances*

[68] Most Quebec commentators seem to favour the theory of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances. For example, Professor Lafond agrees that an action relating to neighbourhood disturbances lies even where there is no proof of fault, malice or excessive conduct by an owner of land. In his view, proof of abnormal or intolerable annoyances suffered by a neighbour will be enough to justify such an action (Lafond, at p. 404; *contra*: C. Masse, "Civil Liability", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 2-B, at pp. 13-14). According to A. Popovici, the determining factor is the *result* of the owner's act (that is, the abnormal disturbance or excessive annoyance) rather than the owner's *conduct* ("La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q." (1997), 99 R. du N. 214, at p. 221).

bien que licites les travaux causaient des inconvénients anormaux aux voisins :

En l'absence d'une servitude de vue en faveur de l'immeuble des appelants, l'auteur des intimés disposait du droit, bien légitime d'ailleurs, de protéger son intimité. Mais, ici, le moyen retenu dépassait largement les mesures normales et acceptables. Par rapport à l'objectif recherché, la hauteur des murs est démesurée et excessive et leur configuration, totalement inacceptable. Le droit à l'intimité devait s'exercer dans le respect du droit des voisins d'accéder à leur propriété et d'y jouir, non pas d'un droit de vue, mais des bienfaits de l'air et de la lumière.

C'est précisément dans ces situations que doivent intervenir les règles de bon voisinage. Des droits opposés s'affrontent, mais personne ne doit subir les inconvénients anormaux des actes excessifs posés par un voisin. [par. 47-48]

[67] Par conséquent, dans l'arrêt *Gourdeau*, la Cour d'appel accepte explicitement une interprétation de l'art. 976 C.c.Q. fondée sur la mesure des inconvénients subis plutôt que sur l'appréciation du comportement du propriétaire.

c) *La doctrine québécoise et la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage*

[68] La doctrine québécoise semble majoritairement favorable à la thèse de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. Par exemple, le professeur Lafond accepte qu'il y a ouverture à poursuites pour troubles de voisinage, et ce, même en l'absence de preuve de faute ou de malice ou de comportement excessif du propriétaire du fonds. Selon lui, la preuve d'inconvénients anormaux ou intolérables subis par un voisin suffira pour justifier de telles poursuites (Lafond, p. 404; *contra* : C. Masse, « La responsabilité civile », dans *La Réforme du Code civil* (1993), t. 2, 235, p. 266-267). Pour A. Popovici, l'élément déterminant majeur est le *résultat* de l'acte accompli par le propriétaire (c'est-à-dire, le trouble anormal ou l'inconvénient excessif), plutôt que son *comportement* (« La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. » (1997), 99 R. du N. 214, p. 221).

[69] Baudouin and Deslauriers point out that art. 976 *C.C.Q.* does not explicitly refer either to intent to injure or to excessive and unreasonable exercise of the right of ownership. In their opinion, art. 976 *C.C.Q.* confirms the line of cases in which liability was recognized as being based on the existence of abnormal neighbourhood annoyances rather than on proof of fault (p. 202).

[70] However, noting that there is disagreement on this point, Baudouin and Deslauriers associate liability in this area with fault-based liability. Where an excessive annoyance (and thus an injury) exists, fault can be *presumed*. According to these authors, since art. 1457 *C.C.Q.* makes [TRANSLATION] “breaking the law a civil fault” and art. 976 *C.C.Q.* sets out [TRANSLATION] “an objective legislative standard in this regard” (at p. 202), an owner will necessarily be liable for abnormal annoyances:

[TRANSLATION] The controversy over whether fault is necessary may thus be more apparent than real; fault exists once excess does, and the recognition of an injury gives rise to a presumption of fault. [p. 203]

[71] With respect, we are not convinced that relying on the concept of presumed fault is helpful. The assessment of fault is based on the way a reasonable, prudent and diligent person would behave in objectively similar circumstances. By presuming fault on an owner’s part solely because his or her neighbour has suffered excessive annoyances, the analysis confuses an examination of *conduct* (whether the owner acted as a reasonable, prudent and diligent owner) with an examination of the *result* (whether the neighbour suffered excessive annoyances). Finally, it is contradictory to conclude that for an owner to cause abnormal annoyances for a neighbour amounts to fault after finding that the owner did not, in actual fact, commit any fault (Lafond, at p. 406, and Popovici, at p. 221). A finding of abnormal annoyances is therefore not enough to establish that a fault has been committed.

[69] Baudouin et Deslauriers soulignent que le texte de l’art. 976 *C.c.Q.* ne fait état ni de l’intention de nuire ni de l’exercice excessif et déraisonnable du droit de propriété. À leur avis, l’art. 976 *C.c.Q.* confirme la jurisprudence qui a reconnu la responsabilité fondée sur l’existence d’inconvénients anormaux en matière de voisinage et non sur la preuve d’une faute (p. 202).

[70] Cependant, notant l’existence d’une controverse, Baudouin et Deslauriers associent cette forme de responsabilité à celle du régime de la responsabilité fondée sur l’existence d’une faute. La présence d’un inconvénient excessif (et donc d’un préjudice) permettrait de *présumer* la faute. Selon ces auteurs, comme l’art. 1457 *C.c.Q.* fait « une faute civile du non-respect de la loi », et parce que l’art. 976 *C.c.Q.* trace une « norme législative objective à cet égard » (p. 202), des inconvénients anormaux entraîneront nécessairement la responsabilité du propriétaire :

La controverse touchant la nécessité de l’existence d’une faute ou non est donc, peut-être, plus apparente que réelle : il y a faute dès qu’il y a dépassement et l’existence d’un préjudice reconnu fait présumer celle-ci. [p. 203]

[71] Avec égards pour l’opinion contraire, nous ne sommes pas convaincus de l’utilité du recours à la notion de faute présumée. En effet, la faute se mesure en regard du comportement qu’une personne raisonnable, prudente et diligente adopterait dans des circonstances objectivement similaires. Or, en présumant la faute d’un propriétaire sur la seule base des inconvénients excessifs subis par son voisin, l’analyse confond l’étude du *comportement* (la question de savoir si le propriétaire s’est comporté en propriétaire raisonnable, prudent et diligent) avec celle du *résultat* (la question de savoir si le voisin a subi des inconvénients excessifs). Enfin, il est contradictoire de conclure que le fait pour un propriétaire de faire subir des inconvénients anormaux à son voisin équivaut à une faute après avoir constaté que ce propriétaire n’avait, dans les faits, commis aucune faute (Lafond, p. 406, et Popovici, p. 221). La constatation d’inconvénients anormaux ne suffit donc pas pour établir la commission d’une faute.

(d) *Summary of the Legislative History, of the Case Law, and of Commentaries on Art. 976 C.C.Q.*

[72] Although the drafts prepared by the Civil Code Revision Office proposed that an article on neighbourhood relations be included in the book on obligations, the legislature ultimately decided to put art. 976 C.C.Q. in the book on property. The decision to do so is important to the interpretation and application of this provision. In this regard, this Court recently noted that “[t]he organization of rules is an essential feature of codification” (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34, at para. 14; see also para. 15). It might be thought that the inclusion of the provision on neighbourhood relations in the book on property confirms that the legislature intended to separate neighbourhood relations from the general rules on obligations and those on civil liability. On this point, we agree with Thibault J.A., who explained in *Gourdeau* why, owing to the location of art. 976 in the Code, this provision relates more to the right of ownership than to the general rules of civil liability:

[TRANSLATION] [A]rticle 976 C.C.Q. is found under Title Two, *Ownership* (arts. 947 to 1008), and is the general provision of Chapter III, *Special rules on the ownership of immovables* (arts. 976 to 1008), in which the legislature has grouped together various limits or restrictions on the right of ownership. This is the chapter that contains the old servitudes “arising from the position of the property or established by law”. The word “servitude” of course refers to a charge imposed on one property for the benefit of another. This suggests that the legislature intended to dissociate these limits from the rules of civil liability and attach them instead to a rule creating a real right that, in itself, is unrelated to the concept of fault. The source of the right established in this article seems to lie in the balance between the use of one property and the use of neighbouring properties, and the right therefore resembles a legal servitude that results from the human environment of a given property. [para. 40]

[73] Next, it must be remembered that the actual words of art. 976 C.C.Q. do not require evidence

d) *Synthèse de l’historique législatif, de la jurisprudence et de la doctrine au sujet de l’art. 976 C.c.Q.*

[72] Alors que les divers projets rédigés par l’Office de révision du Code civil proposaient d’intégrer l’article concernant les rapports de voisinage dans le livre « Des obligations », le législateur a finalement décidé de placer l’art. 976 C.c.Q. dans le livre « Des biens ». Cette décision est importante pour l’interprétation et l’application de cette disposition. Notre Cour a récemment rappelé, à ce propos, que « [l]’organisation des normes constitue une caractéristique essentielle de la codification » (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, par. 14; voir aussi par. 15). On peut penser que l’insertion de la disposition sur les rapports de voisinage dans le livre « Des biens » confirme une intention législative de séparer les rapports de voisinage des règles générales relatives aux obligations et du régime général de la responsabilité civile. Sur ce point, nous partageons l’opinion de la juge Thibault dans *Gourdeau* lorsqu’elle explique pourquoi l’emplacement de l’art. 976 dans le Code fait en sorte que cette disposition relève davantage du droit de propriété que du régime général de la responsabilité civile :

[L]’article 976 C.C.Q. se situe sous le titre II *De la propriété* (art. 947 à 1008), et il constitue la disposition générale du chapitre troisième *Des règles particulières à la propriété immobilière* (art. 976 à 1008), dans lequel le législateur regroupe diverses limitations ou entraves au droit de propriété. C’est dans ce chapitre qu’on retrouve les anciennes servitudes « dérivant de la situation des lieux ou établies par la loi ». Lorsqu’on parle de servitude, on réfère bien sûr à la charge imposée sur un héritage pour l’utilité d’un autre. Cela suggère une intention de dissocier ces limitations du régime de la responsabilité civile pour plutôt les rattacher à une règle constitutive de droit réel qui, par elle-même, fait abstraction du concept de la faute. Le droit consacré par cet article me semble trouver sa source dans l’équilibre de l’exploitation d’un héritage par rapport à l’exploitation des héritages voisins et constituer, de ce fait, une pseudo-servitude légale découlant de l’environnement humain dans lequel se trouve une propriété donnée. [par. 40]

[73] Ensuite, il faut le rappeler, le libellé même de l’art. 976 C.c.Q. n’exige aucune preuve de



of wrongful conduct to establish the liability of an owner who has caused excessive neighbourhood annoyances (see, *inter alia*, *Gourdeau*, at para. 39; Baudouin and Deslauriers, at p. 202). Moreover, the commentaries of the Civil Code Revision Office and the Minister of Justice support a conclusion that the legislature's intention was not to limit actions relating to neighbourhood disturbances to cases involving the wrongful exercise of a right.

[74] In addition, art. 976 *C.C.Q.* is related to other provisions that appear to be based on the same principles regarding the exercise of rights of ownership. For example, arts. 988 and 991 *C.C.Q.* — which govern the rights and obligations of neighbours — support the argument that an owner can be found liable even though he or she has committed no fault (Lafond, at p. 455). These provisions focus on the result of an act, not on an owner's conduct.

[75] In short, although they do not rule out the possibility of actions based on the usual principles of civil liability, the legislative history, the case law and academic commentaries favour the recognition of a scheme of civil liability based on the existence of abnormal neighbourhood disturbances that does not require proven or presumed fault. Such a scheme is also consistent with the approaches taken in Canadian common law and in French civil law, and with general policy considerations.

#### (4) Comparative Review of Canadian Common Law and French Civil Law

[76] At this stage in our analysis of liability in respect of neighbourhood disturbances, we believe it will be helpful to consider how certain other legal systems approach the same kinds of problems. We will therefore briefly review the solutions adopted in Canadian common law and French civil law.

[77] At common law, nuisance is a field of liability that focuses on the harm suffered rather than on prohibited conduct (A. M. Linden and

comportement fautif pour établir la responsabilité d'un propriétaire ayant causé des inconvénients excessifs en matière de voisinage (voir notamment *Gourdeau*, par. 39; Baudouin et Deslauriers, p. 202). De plus, les commentaires de l'Office de révision du Code civil et ceux du ministre de la Justice permettent de conclure que l'intention du législateur n'était pas de limiter les poursuites pour troubles de voisinage aux cas de l'exercice fautif d'un droit.

[74] En outre, l'art. 976 *C.c.Q.* se rattache à d'autres dispositions qui semblent exprimer les mêmes principes quant à l'exercice des droits de propriété. Ainsi, les art. 988 et 991 *C.c.Q.* — qui régissent les droits et obligations des voisins — étayent la thèse voulant qu'il soit possible de conclure à la responsabilité d'un propriétaire malgré l'absence de faute de sa part (Lafond, p. 455). En effet, ces dispositions mettent l'accent sur le résultat d'un acte et non sur le comportement d'un propriétaire.

[75] En somme, sans écarter la possibilité de poursuites basées sur les principes usuels de la responsabilité civile, l'étude de l'historique législatif, de la jurisprudence et de la doctrine milite en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité civile fondée sur l'existence de troubles de voisinage anormaux, malgré l'absence de faute prouvée ou présumée. Un tel régime coïncide d'ailleurs avec les approches adoptées en common law canadienne et en droit civil français et s'accorde avec des considérations de politique générale.

#### (4) Étude comparative de la common law canadienne et du droit civil français

[76] À cette étape de notre analyse de la responsabilité en matière de troubles de voisinage, il nous semble utile d'examiner les approches adoptées par certains autres systèmes juridiques pour régler le même type de problèmes. À cette fin, nous étudierons brièvement les solutions retenues par la common law canadienne et le droit civil français.

[77] En common law, la nuisance constitue un champ de responsabilité qui considère le dommage subi plutôt que les comportements interdits

B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 559; L. N. Klar, *Tort Law* (2nd ed. 1996), at p. 535). Nuisance is defined as unreasonable interference with the use of land (Linden and Feldthusen, at p. 559; Klar, at p. 535). Whether the interference results from intentional, negligent or non-faulty conduct is of no consequence provided that the harm can be characterized as a nuisance (Linden and Feldthusen, at p. 559). The interference must be intolerable to an ordinary person (p. 568). This is assessed by considering factors such as the nature, severity and duration of the interference, the character of the neighbourhood, the sensitivity of the plaintiff's use and the utility of the activity (p. 569). The interference must be substantial, which means that compensation will not be awarded for trivial annoyances (Linden and Feldthusen, at p. 569; Klar, at p. 536).

[78] In France, the Court of Cassation accepts as a principle of law that [TRANSLATION] "no one may cause an abnormal neighbourhood disturbance to another" (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, at p. 1785; P. Malinvaud, *Droit des obligations* (8th ed. 2003), at p. 404; Viney and Jourdain, at pp. 1069-70). This principle is not based on art. 1382 of the French Civil Code (Malinvaud, at p. 404; Viney and Jourdain, at p. 1069). Liability for damage resulting from abnormal neighbourhood disturbances is thus independent of fault, and a finding of excessive injury or abnormal disturbance is all that is needed to trigger it (Viney and Jourdain, at pp. 1069 and 1079). However, trivial annoyances caused by relations between neighbours will not trigger liability (Starck, Roland and Boyer, at p. 169).

[79] Thus, in both these legal systems, a scheme of no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances is accepted in one form or another. Their schemes seem analogous to the one that can be inferred from art. 976 *C.C.Q.*

##### (5) General Policy Considerations

[80] Finally, it must be mentioned that the acceptance of no-fault liability furthers environmental protection objectives. The Minister stressed the

(A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 559; L. N. Klar, *Tort Law* (2<sup>e</sup> éd. 1996), p. 535). La nuisance est définie comme étant un trouble déraisonnable de l'usage d'un bien-fonds (Linden et Feldthusen, p. 559; Klar, p. 535). Il importe peu que le trouble résulte d'une conduite intentionnelle, d'une négligence ou d'un comportement innocent, du moment que le dommage subi peut être qualifié de nuisance (Linden et Feldthusen, p. 559). Le trouble doit être intolérable pour une personne ordinaire (p. 568). Il s'apprécie en examinant des facteurs comme sa nature, sa gravité, sa durée, la particularité du voisinage, la sensibilité du demandeur et l'utilité de l'activité (p. 569). Le trouble doit être important et, par conséquent, les inconvénients insignifiants ne seront pas indemnisés (Linden et Feldthusen, p. 569; Klar, p. 536).

[78] En France, la Cour de cassation retient comme principe de droit que « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, p. 1785; P. Malinvaud, *Droit des obligations* (8<sup>e</sup> éd. 2003), p. 404; Viney et Jourdain, p. 1069-1070). Ce principe de droit ne dépend pas de l'art. 1382 du Code civil français (Malinvaud, p. 404; Viney et Jourdain, p. 1069). La responsabilité pour cause de trouble anormal de voisinage demeure donc indépendante de la faute et s'engage par la seule constatation d'un préjudice excessif ou d'un trouble anormal (Viney et Jourdain, p. 1069 et 1079). Toutefois, les inconvénients mineurs causés par les rapports entre voisins ne sont pas source de responsabilité (Starck, Roland et Boyer, p. 169).

[79] Ainsi, les deux systèmes de droit que nous avons survolés admettent, sous une forme ou une autre, un régime de responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage. Ils paraissent analogues au régime de responsabilité qui peut s'inférer de l'art. 976 *C.c.Q.*

##### (5) Considérations de politique générale

[80] En dernier lieu, il importe de constater que la reconnaissance d'une responsabilité sans faute favorise des objectifs de protection de l'environnement.

importance of the environment and the quality of life in his commentaries on the chapter concerning the ownership of immovables (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at p. 570). No-fault liability also reinforces the application of the polluter-pay principle, which this Court discussed in *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58:

To encourage sustainable development, that principle assigns polluters the responsibility for remedying contamination for which they are responsible and imposes on them the direct and immediate costs of pollution. At the same time, polluters are asked to pay more attention to the need to protect ecosystems in the course of their economic activities. [para. 24]

#### (6) Rejection of Real Liability

[81] At this point, we must explain why it is necessary to reject the theory of real liability adopted by the Court of Appeal. According to this theory, which was not discussed or contemplated in the documented preparatory work for the Civil Code, the obligation not to injure one's neighbours must be treated as a charge on every immovable in favour of neighbouring lands, and the rights and obligations associated with good neighbourliness are dependent on land ownership:

[TRANSLATION] Since only a person who has a right of ownership has an obligation of good neighbourliness, the obligation becomes a charge for that person, that is, a real obligation, since it imposes certain limits on the exercise of his or her right.

(L. Laflamme, "Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation *propter rem*", in S. Normand, ed., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: Études portant sur le droit patrimonial* (2006), 229, at pp. 233-34)

According to the theory of real liability, the obligation not to impose abnormal annoyances on a neighbour is inherent in the right of ownership. As soon as the limit of "normal" annoyances is exceeded, the neighbouring owner can set up his or

Le ministre souligne d'ailleurs l'importance de l'environnement et de la qualité de vie dans ses commentaires portant sur le chapitre relatif à la propriété immobilière (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 570). La responsabilité sans faute renforce aussi l'application du principe du pollueur-payeur, que notre Cour a examiné dans *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58 :

Dans une optique de développement durable, ce principe impose aux pollueurs la responsabilité de corriger les situations de contamination dont ils sont responsables et d'assumer directement et immédiatement les coûts de la pollution. Il cherche en même temps à rendre les auteurs de celle-ci plus soucieux des impératifs de la préservation des écosystèmes, dans le cours de leurs activités économiques. [par. 24]

#### (6) Rejet de la responsabilité *propter rem*

[81] À ce stade-ci, il y a lieu d'expliquer pourquoi la théorie de la responsabilité *propter rem* (responsabilité réelle) retenue par la Cour d'appel doit être écartée. Suivant cette théorie, qui n'a pas été discutée ou envisagée dans les travaux préparatoires du Code civil, l'obligation de ne pas nuire aux voisins doit être assimilée à une charge réelle grevant chaque immeuble en faveur des fonds voisins. Les droits et obligations de bon voisinage dépendraient de la qualité de propriétaire d'un bien-fonds donné :

L'obligation de bon voisinage revenant au titulaire d'un droit de propriété seulement, elle devient une charge pour celui-ci, autrement dit une obligation *propter rem*, car elle impose certaines limitations à l'exercice de son droit.

(L. Laflamme, « Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation *propter rem* », dans S. Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: Études portant sur le droit patrimonial* (2006), 229, p. 233-234)

En vertu de la responsabilité *propter rem* (responsabilité réelle), l'obligation de ne pas causer d'inconvénient anormal à un voisin serait inhérente au droit de propriété. Dès que la limite des inconvénients « normaux » serait franchie, le propriétaire

her right against the owner who is at fault by bringing an immovable real action to put an end to the disturbance. As for claims for compensation of a personal nature, the Court of Appeal suggested that they should be governed by the traditional rules of civil liability, which require proof of wrongful conduct by the neighbouring owner (para. 175).

[82] The approach adopted by the Court of Appeal raises several problems. The fact remains that, in principle, as Professor Lafond points out, behind any real obligation is a [TRANSLATION] “person who is the debtor of the charge” and must compensate a neighbour who suffers excessive annoyances (Lafond, at p. 455; see also Popovici, at p. 225). Thus, the remedy under art. 976 C.C.Q. remains first and foremost a claim that a person (and not land) has against another person, as the Court of Appeal held in *Gourdeau* in allowing the action for demolition brought by the appellants, who were the owners of the neighbouring property. Furthermore, the Court of Appeal’s approach would significantly restrict and limit the scope of art. 976 C.C.Q. Under this approach, only an immovable real action would be possible even though a person, and not land, actually suffers the annoyances and claims compensation.

[83] The Court of Appeal’s approach would also mean that a remedy under art. 976 C.C.Q. would not be available to lessees or occupants, since they would not be able to claim to have a real right. Yet the courts have already found that lessees, too, may benefit from this scheme even though they do not have such a right. One author points out that no court has yet held an action under art. 976 C.C.Q. to be inadmissible [TRANSLATION] “on the basis that it was brought by someone other than the holder of a right of ownership” (Laflamme, at p. 232). Indeed, it seems incongruous to tie the right to enjoy a neighbourhood without excessive disturbances solely to status as an owner even though the damage is suffered by the plaintiff, not the plaintiff’s property. On that basis, the Superior Court has held that the term “neighbour” refers not only to the holder of a real right in land, but also to any person

voisin pourrait opposer son droit au propriétaire fautif par la voie d’une action réelle immobilière visant à faire cesser le trouble. Quant aux demandes d’indemnisation de nature personnelle, la Cour d’appel suggère qu’elles soient régies par les règles traditionnelles de la responsabilité civile, qui requièrent la preuve d’un comportement fautif du propriétaire voisin (par. 175).

[82] L’approche adoptée par la Cour d’appel soulève plusieurs difficultés. En principe, comme le fait remarquer le professeur Lafond, il demeure qu’il existe derrière toute obligation *propter rem* (obligation réelle) une « personne débitrice de la charge réelle », tenue d’indemniser le voisin subissant les inconvénients excessifs (Lafond, p. 455; voir aussi Popovici, p. 225). En conséquence, le recours fondé sur l’art. 976 C.c.Q. reste avant tout un droit de créance appartenant à une personne (et non à un fonds) et opposable à une autre, comme a conclu la Cour d’appel dans l’arrêt *Gourdeau*, lorsqu’elle a accueilli la demande en démolition des appelants qui étaient les propriétaires du fonds voisin. De plus, cette approche générerait et limiterait considérablement le champ d’application de l’art. 976 C.c.Q. En effet, elle ne donnerait droit qu’à une action réelle immobilière, alors qu’en réalité c’est une personne et non un fonds qui subit les inconvénients et demande à être indemnisée.

[83] L’approche de la Cour d’appel signifierait aussi que les locataires ou occupants ne pourraient exercer de recours fondés sur l’art. 976 C.c.Q., puisqu’ils ne peuvent exciper de la qualité de titulaires d’un droit réel. La jurisprudence reconnaît pourtant déjà que les locataires peuvent eux aussi bénéficier de ce régime même s’ils ne sont pas titulaires d’un droit réel. Une auteure signale qu’aucun tribunal n’a jusqu’à présent jugé irrecevable une demande fondée sur l’art. 976 C.c.Q. « au motif qu’elle [était] présentée par une personne autre qu’un titulaire d’un droit de propriété » (Laflamme, p. 232). Il semble en effet incongru d’attacher le droit de jouir d’un voisinage sans trouble excessif à la seule qualité de propriétaire, alors que c’est le demandeur qui subit le dommage et non sa propriété. Ainsi, la Cour supérieure a décidé que le terme « voisin » s’entendait non seulement du

who exercises a right to enjoy or use land (*St-Pierre v. Daigle*, [2007] Q.J. No. 1275 (QL), 2007 QCCS 705, at para. 19; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire "Petit Train du Nord" v. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des)*, [2005] R.J.Q. 116, at para. 100, main appeal and incidental appeal dismissed on motions, [2005] Q.J. No. 9042 (QL), 2005 QCCA 664).

[84] Moreover, the narrow approach adopted by the Court of Appeal would make it difficult, if not impossible, to institute class actions in situations where art. 976 *C.C.Q.* applies. In addition to limiting this provision to purely real rights, the Court of Appeal used this characterization to conclude that class actions are precluded because, in its opinion, the class action procedure is reserved exclusively for the exercise of rights belonging to persons (C.A., at para. 178; see also the criticisms by Lafond, at pp. 454-55). This position contradicts a number of judgments in which the courts have authorized class actions where the plaintiff members held real rights and were claiming damages (K. Delaney-Beausoleil, "Livre IX: Le recours collectif", in D. Ferland and B. Émery, eds., *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, 875, at p. 906; see *Dicaire v. Chambly (Ville)*, [2000] Q.J. No. 884 (QL) (C.A.); *Bouchard v. Corp. Stone Consolidated*, [1997] Q.J. No. 4574 (QL) (Sup. Ct.); and *Arseneault v. Société immobilière du Québec*, [1997] Q.J. No. 4570 (QL) (Sup. Ct.)).

[85] We will not comment further on the theory of real liability, which appears to us to unduly limit the scope of art. 976 *C.C.Q.* and the possibility of instituting a class action.

#### (7) Conclusion

[86] Even though it appears to be absolute, the right of ownership has limits. Article 976 *C.C.Q.* establishes one such limit in prohibiting owners of land from forcing their neighbours to suffer

titulaire d'un droit réel sur un fonds mais également de toute personne exerçant un droit de jouissance ou d'usage sur celui-ci (*St-Pierre c. Daigle*, [2007] J.Q. n° 1275 (QL), 2007 QCCS 705, par. 19; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des)*, [2005] R.J.Q. 116, par. 100, appel principal et appel incident rejetés sur requêtes, [2005] J.Q. n° 9042 (QL), 2005 QCCA 664).

[84] Au surplus, l'approche étroite adoptée par la Cour d'appel rendrait difficile, sinon impossible, l'exercice de recours collectifs dans les situations où s'appliquerait l'art. 976 *C.c.Q.* En effet, en plus de limiter cette disposition à de purs droits réels, la Cour d'appel tire de cette qualification la conclusion qu'elle rend le recours collectif impossible, puisque selon elle cette voie procédurale serait réservée au seul exercice de droits appartenant à des personnes (C.A., par. 178; voir aussi les critiques de Lafond, p. 454-455). Cette position contredit plusieurs jugements où les tribunaux ont autorisé un recours collectif dans un contexte où les membres demandeurs étaient titulaires d'un droit réel et réclamaient des dommages-intérêts (K. Delaney-Beausoleil, « Livre IX : Le recours collectif », dans D. Ferland et B. Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec* (4<sup>e</sup> éd. 2003), vol. 2, 875, p. 906; voir *Dicaire c. Chambly (Ville)*, [2000] J.Q. n° 884 (QL) (C.A.); *Bouchard c. Corp. Stone Consolidated*, [1997] J.Q. n° 4574 (QL) (C.S.), et *Arseneault c. Société immobilière du Québec*, [1997] J.Q. n° 4570 (QL) (C.S.)).

[85] Nous ne commenterons pas davantage la théorie de la responsabilité *propter rem* qui nous semble indûment limiter l'interprétation de l'art. 976 *C.c.Q.* et restreindre l'application de la procédure de recours collectif.

#### (7) Conclusion

[86] Malgré son caractère apparemment absolu, le droit de propriété comporte néanmoins des limites. Par exemple, l'art. 976 *C.c.Q.* établit une autre limite au droit de propriété lorsqu'il dispose que le

abnormal or excessive annoyances. This limit relates to the *result* of the owner's act rather than to the owner's *conduct*. It can therefore be said that in Quebec civil law, there is, in respect of neighbourhood disturbances, a no-fault liability regime based on art. 976 *C.C.Q.* which does not require recourse to the concept of abuse of rights or to the general rules of civil liability. With this form of liability, a fair balance is struck between the rights of owners or occupants of neighbouring lands.

E. *Application of the Principles of Civil Liability to the Facts of This Case*

(1) Review of the Superior Court's Findings

[87] The question of the effect of environmental standards or standards for operating the cement plant and their impact on SLC's civil liability arose in the Superior Court. There were several environmental standards that applied to SLC, and all of them limited its right of ownership. First of all, SLC had to comply with the *Regulation respecting the quality of the atmosphere*, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 20, which establishes opacity standards to be met by a business when discharging contaminants into the atmosphere (ss. 10 and 11), and standards for the emission of particulate matters into the atmosphere by a cement plant (s. 42). As well, the *Regulation respecting the application of the Environment Quality Act*, (1993) 125 G.O. II, 5997 ("RAEQA"), provides that "[a]ny equipment used or installed for the purpose of reducing the emission . . . of contaminants into the environment shall at all times be in good working order and shall function optimally during production hours" (s. 12). SLC was also subject to standards for blasting in quarries (*Regulation respecting pits and quarries*, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 2, s. 34). Finally, the *SLC Special Act* required it to "use the best known means to eliminate dust and smoke":

propriétaire d'un fonds ne peut imposer à ses voisins de supporter des inconvénients anormaux ou excessifs. Cette limite encadre le *résultat* de l'acte accompli par le propriétaire plutôt que son *comportement*. Le droit civil québécois permet donc de reconnaître, en matière de troubles de voisinage, un régime de responsabilité sans faute fondé sur l'art. 976 *C.c.Q.*, et ce, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion d'abus de droit ou au régime général de la responsabilité civile. La reconnaissance de cette forme de responsabilité établit un juste équilibre entre les droits des propriétaires ou occupants de fonds voisins.

E. *Application des principes de la responsabilité civile aux faits de l'espèce*

(1) Revue des conclusions de la Cour supérieure

[87] Le problème de l'effet des normes environnementales ou liés à l'exploitation de la cimenterie et de l'impact de ces normes sur la responsabilité civile de CSL s'est posé devant la Cour supérieure. En effet, CSL est assujettie à plusieurs normes environnementales qui constituent autant de limites à son droit de propriété. Elle doit d'abord respecter le *Règlement sur la qualité de l'atmosphère*, R.R.Q. 1981, ch. Q-2, r. 20, qui prévoit les normes d'opacité à respecter lorsqu'une entreprise dégage des contaminants dans l'atmosphère (art. 10 et 11), ainsi que les normes d'émission de matières particulaires dans l'atmosphère pour une cimenterie (art. 42). De plus, le *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, (1993) 125 G.O. II, 7766 (« RALQE »), précise que « [t]out équipement utilisé ou installé pour réduire l'émission [. . .] de contaminants dans l'environnement doit toujours être en bon état de fonctionnement et fonctionner de façon optimale pendant les heures de production » (art. 12). CSL est aussi soumise à des normes en matière de dynamitage dans les carrières (*Règlement sur les carrières et sablières*, R.R.Q. 1981, ch. Q-2, r. 2, art. 34). Enfin, la *Loi spéciale de CSL* prescrit que cette dernière doit « employer les meilleurs moyens connus pour éliminer les poussières et fumées » :

5. The corporation shall favour local labour first and regional labour afterwards, save as regards administrative employees, technicians and experts, and shall pay reasonable wages, procure suitable working conditions, maintain hygienic and sanitary conditions conducive to public health and safety and use the best known means to eliminate dust and smoke.

[88] SLC's cement mills were equipped with bag filters. According to the evidence, if a filter of this type is in good condition, the air coming out of it will remain relatively clean, with no cloud of smoke (Sup. Ct., at para. 241). The evidence also showed that the electrostatic precipitators used with SLC's equipment were efficient but fragile and that to function properly, they required regular maintenance (para. 242).

[89] The tests conducted on the chimneys of the kilns and clinker coolers (the two main sources of particulate matter emissions) showed that, at the time of the tests, the standards for emissions of particulate matters into the atmosphere were being complied with. Although this did not prove that these standards were always met at other times, Dutil J. noted that there was no evidence on this point (para. 238).

[90] Dutil J. nonetheless acknowledged that the evidence showed that many incidents had occurred as of June 4, 1991. She referred to the environmental incident reports completed at the plant between February 6, 1992 and May 16, 1996 and to documents from the Ministère de l'Environnement prepared between June 8, 1991 and February 1, 1996, which contained notes taken by government officials during telephone calls or meetings with SLC representatives or concerning complaints received from citizens (paras. 244-45). The judge also noted that clouds of dust coming from hatches or windows on the east side of the plant (where the cement mills were located) were visible on videotapes recorded by a resident between 1992 and 1997, and SLC did not deny this (para. 240). The videotapes also showed dust at the base of the chimney for the kilns, which

5. La corporation devra favoriser la main-d'œuvre locale d'abord et régionale ensuite, sauf en ce qui a trait aux employés administratifs, techniciens et experts, et payer des salaires raisonnables, procurer des conditions convenables de travail, maintenir des conditions hygiéniques et sanitaires favorisant la salubrité et la sécurité publique et employer les meilleurs moyens connus pour éliminer les poussières et fumées.

[88] Les moulins à ciment de CSL étaient équipés de filtres à manche. D'après la preuve, si un filtre de ce genre est en bon état, l'air qui en sort demeurera relativement propre, exempt de nuage de fumée (C.S., par. 241). La preuve indique aussi que les précipitateurs électrostatiques dont étaient munis les équipements de CSL sont efficaces mais fragiles et que leur bon fonctionnement exige un entretien régulier (par. 242).

[89] Les tests effectués à la cheminée des fours à clinker ainsi qu'à celles des refroidisseurs à clinker (qui constituent deux sources principales d'émission de matières particulaires) démontrent que, au moment où ces tests ont été effectués, les normes d'émission de matières particulaires dans l'atmosphère étaient respectées. Bien que cela ne prouve pas que, à d'autres moments, les émissions étaient toujours conformes à ces normes, la juge Dutil note qu'aucune preuve n'était disponible à ce sujet (par. 238).

[90] Néanmoins, la juge Dutil reconnaît que la preuve établit que de nombreux incidents se sont produits à compter du 4 juin 1991. En effet, la juge se réfère aux rapports d'incidents environnementaux remplis à la cimenterie entre le 6 février 1992 et le 16 mai 1996, ainsi qu'à des documents émanant du ministère de l'Environnement rédigés entre le 8 juin 1991 et le 1<sup>er</sup> février 1996, sur lesquels se trouvent des notes prises par des fonctionnaires lors d'appels téléphoniques ou de rencontres avec des représentants de CSL, ou à la suite de plaintes de citoyens (par. 244-245). De plus, la juge constate que des nuages de poussière émanant de trappes ou de fenêtres situées à l'est de la cimenterie (là où les moulins à ciment sont situés) sont visibles sur les bandes vidéo enregistrées par un résident de 1992 à 1997, faits que CSL ne nie pas (par. 240). Ces bandes vidéo permettent aussi d'observer de la poussière à

were equipped with electrostatic precipitators (para. 242).

[91] Although Dutil J. observed that there had been frequent deposits of dust and flakes (para. 246), she stated that the evidence did not make it possible to attribute them to a failure to maintain the plant's equipment (para. 255). Dutil J. noted that SLC had hired an environmental manager, invested several million dollars on projects relating to environmental protection, used the best dust control systems available for wet process kilns (paras. 256-58) and hired a maintenance team that was responsible for keeping the equipment in good working order (para. 263). She therefore refused to find fault on SLC's part on the basis of a presumption of fact:

[TRANSLATION] In the Court's opinion, the plaintiffs have not shown that the defendant committed faults by failing to comply with section 12 of the *Regulation respecting the application of the Environment Quality Act*, which concerns the maintenance of its equipment. To find the defendant liable on the basis of presumptions of fact, the presumptions must be serious, precise and concordant. [para. 252]

[92] Dutil J. added that SLC had fulfilled its obligation under s. 5 of the *SLC Special Act* to use the best known means to eliminate dust and smoke (para. 264).

(2) Absence of Fault, Including Fault Related to the Violation of Statutory Obligations

[93] In this context, the Superior Court had to consider whether SLC had committed a civil fault in relation to its statutory obligations. In analysing s. 12 *RAEQA* from the standpoint of a failure by SLC to maintain its equipment, Dutil J. was attempting, without expressly saying so, to determine whether SLC had taken reasonable precautions to ensure that its equipment was in good working order at all times and was functioning optimally, and whether its conduct in this regard may have constituted wrongdoing that would justify a finding of civil fault.

la base de la cheminée des fours, qui sont munis de précipitateurs électrostatiques (par. 242).

[91] Bien que la juge Dutil constate la présence de fréquentes retombées de poussière et de flocons (par. 246), selon elle la preuve ne permet pas de les attribuer à un défaut d'entretien des équipements de la cimenterie (par. 255). La juge Dutil indique que CSL a engagé un directeur de l'environnement, a investi plusieurs millions de dollars en matière de protection de l'environnement, a utilisé les meilleurs systèmes de dépoussiérage disponibles pour des fours à voie humide (par. 256-258) et a embauché une équipe d'entretien responsable du bon fonctionnement des équipements (par. 263). La juge Dutil refuse alors de conclure à la faute de CSL sur la base d'une présomption de faits :

Le Tribunal est d'avis que les demandeurs n'ont pas démontré que la défenderesse avait commis des fautes en ne respectant pas l'article 12 du *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, ayant trait à l'entretien de son équipement. Pour conclure à la responsabilité à l'aide de présomptions de faits, il faut que celles-ci soient graves, précises et concordantes. [par. 252]

[92] La juge Dutil estime aussi que CSL a respecté son obligation d'employer les meilleurs moyens connus pour éliminer les poussières et fumées, obligation imposée par l'art. 5 de la *Loi spéciale de CSL* (par. 264).

(2) L'absence de faute y compris quant à la violation d'obligations législatives

[93] Dans ce contexte, il incombait à la Cour supérieure de s'interroger sur l'existence d'une faute civile liée aux obligations imposées par la loi à CSL. En analysant l'art. 12 *RALQE* sous l'angle du défaut d'entretien, la juge Dutil cherche, sans le dire expressément, à déterminer si CSL a pris des précautions raisonnables pour que ses équipements soient toujours en bon état de fonctionnement et soient utilisés de façon optimale, et si son comportement à cet égard a pu constituer un écart de conduite permettant de conclure à une faute civile.



[94] As we mentioned above, Dutil J. appears to have concluded that the respondents had failed to prove fault and that she could not draw presumptions of fact about the appellant's liability from the evidence. Her interpretation of the facts is reasonable, and her analysis of the law is correct. The respondents have not shown that the Superior Court judge made an error in this regard that justified the Court of Appeal intervening to reverse her decision. Section 12 *RAEQA* does inform the interpretation of the applicable standard of conduct, but without a finding that this standard has not been met, we must confine ourselves to no-fault liability in respect of neighbourhood disturbances.

(3) Finding of No-Fault Liability Under Art. 976 C.C.Q.

[95] After hearing the evidence, Dutil J. said she was convinced that, even though SLC had operated its plant in compliance with the applicable standards, the representatives and members of the group had suffered abnormal annoyances that were beyond the limit of tolerance neighbours owe each other according to the nature or location of their land (para. 304). First, clinker dust or cement dust had caused the most serious annoyances in all the zones she had identified, namely the red, blue, yellow and purple zones. Because of the dust deposits, many residents had to wash their cars, windows and garden furniture frequently and could not enjoy their property. This led to considerable annoyances associated with maintenance and painting and with the use of outdoor spaces (paras. 305 *et seq.*). As well, sulphur, smoke and cement odours caused abnormal annoyances in all zones except the purple zone (paras. 323 *et seq.*). Finally, the noise from the cement plant's operation caused annoyances that were beyond the limit of tolerance in the red zone and, to a lesser extent, in the blue zone (paras. 328 *et seq.*). In view of Dutil J.'s findings of fact, it seems clear to us that the group members suffered abnormal annoyances that varied in their intensity but were beyond the limit of tolerance neighbours owe each other. The

[94] Comme il a été mentionné précédemment, la juge Dutil paraît avoir conclu que les intimés n'étaient pas parvenus à faire cette preuve et qu'elle ne pouvait en dégager des présomptions de fait quant à la responsabilité de l'appelante. Son interprétation des faits est raisonnable et son analyse du droit correcte. Les intimés n'ont pas démontré que la juge de la Cour supérieure a commis à ce sujet une erreur justifiant la Cour d'appel d'intervenir pour infirmer sa décision. Certes, l'art. 12 *RALQE* éclaire l'interprétation de la norme de conduite applicable, mais, faute de conclure que cette norme a été violée, il faut s'en tenir à la responsabilité sans faute pour troubles de voisinage.

(3) Constatation d'une responsabilité sans faute sous le régime de l'art. 976 C.c.Q.

[95] Après avoir entendu la preuve, la juge Dutil se dit convaincue que les représentants et les membres du groupe ont subi des inconvénients anormaux, excédant les limites de la tolérance que les voisins se doivent suivant la nature ou la situation de leurs fonds, et ce, même si CSL exploitait sa cimenterie dans le respect des normes en vigueur (par. 304). D'abord, la poussière de clinker ou de ciment a causé les inconvénients les plus importants dans toutes les zones qu'elle avait identifiées, soit les zones rouge, bleue, jaune et mauve. En raison des retombées de ces poussières, de nombreux résidents ont dû fréquemment nettoyer voitures, fenêtres, meubles de jardin, et n'ont pu profiter de leur terrain. Cette situation a entraîné des inconvénients importants reliés à l'entretien, à la peinture et à l'utilisation des espaces extérieurs (par. 305 *et suiv.*). Ensuite, les odeurs de soufre, de fumée et de ciment ont causé des inconvénients anormaux pour toutes les zones, sauf la zone mauve (par. 323 *et suiv.*). Enfin, les bruits causés par l'exploitation de la cimenterie ont causé des inconvénients excédant les limites de la tolérance dans la zone rouge et, de manière moins marquée, dans la zone bleue (par. 328 *et suiv.*). En nous fondant sur les constatations de faits de la juge Dutil, il nous apparaît clair que des inconvénients anormaux, excédant

trial judge was therefore justified in finding SLC liable under art. 976 C.C.Q.

[96] We note in closing that Dutil J. did not misinterpret the word “neighbour” as used in art. 976 C.C.Q. when she concluded that all members living in the neighbourhoods adjacent to the plant were neighbours of the plant for the purposes of that provision on the basis that they lived close enough to it (paras. 354-59). Article 976 C.C.Q. does not define the scope of the concept of “neighbour”. Obviously, the plaintiff must prove a certain geographic proximity between the annoyance and its source. However, the word must be construed liberally. The leading case on this point, which dates back to 1975, is *Carey Canadian Mines Ltd. v. Plante*, [1975] C.A. 893. In that case, the plaintiff claimed damages from Carey Canadian Mines after a river crossing his land became polluted; the evidence showed that the pollution came from an asbestos deposit two miles away. The Quebec Court of Appeal confirmed that the obligation extended to the entire neighbourhood and that the properties concerned did not have to be adjacent (p. 899; see also *Théâtre du Bois de Coulonge inc. v. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc.*, [1993] R.R.A. 41 (Sup. Ct.), at pp. 42-43; *Ouimette v. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228 (C.A.), at p. 1244). The conditions for finding SLC liable under art. 976 C.C.Q. were therefore met. However, SLC has raised other defences to avoid or limit its civil liability that must now be considered.

#### F. *SLC Special Act and the Immunity Argument*

[97] First, SLC argues that as a result of the *SLC Special Act* passed by the Quebec legislature in 1952 to govern its activities, it has immunity from actions in damages relating to its industrial activities. In its view, this immunity results from the rule

les limites de la tolérance que les voisins se doivent, ont été subis par les membres du groupe selon divers degrés d'intensité. La première juge était donc justifiée de conclure à la responsabilité de CSL en vertu de l'art. 976 C.c.Q.

[96] Signalons, en terminant, que la juge Dutil n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation du terme « voisin » utilisé à l'art. 976 C.c.Q. lorsqu'elle a conclu que tous les membres habitant les quartiers contigus à la cimenterie sont les voisins de celle-ci pour l'application de cette disposition, parce qu'ils demeurent à proximité suffisante de l'usine (par. 354-359). L'article 976 C.c.Q. ne définit pas la portée de la notion de voisin. Il est évident que le demandeur doit prouver une certaine proximité géographique entre l'inconvénient et sa source. Cependant, ce terme doit recevoir une interprétation libérale. L'arrêt de principe en la matière remonte à 1975. Il s'agit de *Carey Canadian Mines Ltd. c. Plante*, [1975] C.A. 893. Dans cette affaire, la demanderesse réclamait des dommages-intérêts à Carey Canadian Mines par suite de la pollution d'un cours d'eau traversant son fonds, pollution que la preuve rattachait à un dépôt d'amiante situé à deux milles plus loin. La Cour d'appel du Québec a alors confirmé que l'obligation s'étend à tout le voisinage, sans qu'il soit nécessaire que les propriétés concernées soient contiguës (p. 899; voir aussi *Théâtre du Bois de Coulonge inc. c. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc.*, [1993] R.R.A. 41 (C.S.), p. 42-43; *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228 (C.A.), p. 1244). Les conditions requises pour pouvoir conclure à la responsabilité de CSL en vertu de l'art. 976 C.c.Q. se trouvent donc établies. Il faut cependant examiner maintenant les autres moyens de défense invoqués par CSL pour écarter ou restreindre sa responsabilité civile.

#### F. *La Loi spéciale de CSL et l'argument d'immunité*

[97] CSL plaide d'abord que la *Loi spéciale de CSL*, adoptée par la législature du Québec en 1952 pour régir ses activités, lui confère l'immunité à l'égard des poursuites en dommages-intérêts en relation avec ses activités industrielles. Cette

that a person or a corporation may not be held liable in nuisance if the activity in question is authorized by statute and it is proved that the nuisance is the inevitable result or consequence of exercising that authority. According to SLC, although this rule derives from English law (*Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.); *Manchester Corporation v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.); *Hammersmith and City Railway Co. v. Brand* (1869), L.R. 4 H.L. 171), it is recognized in Canadian common law (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181) and is also applicable in Quebec law (*Canadian Pacific Railway Co. v. Roy*, [1902] A.C. 220 (P.C.); *Ouimette; Laforest v. Ciments du St-Laurent*, [1974] C.S. 289).

[98] The statute relied on by SLC provides no basis for this defence. Although the *SLC Special Act* authorized the operation of the plant while requiring that the best means available be used, it in no way exempted SLC from the application of the ordinary law. When the legislature excludes the application of the ordinary law, it generally does so expressly. For example, the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, provides that “[n]o worker who has suffered an employment injury may institute a civil liability action against his employer by reason of his employment injury” (s. 438). Likewise, with regard to bodily injury, the *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25, provides that “[c]ompensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice” (s. 83.57). There is no provision in the *SLC Special Act* precise enough to justify a conclusion that the law of civil liability has been excluded for all consequences of the plant’s activities.

#### G. Prescription and Future Damage

[99] SLC also makes an argument based on prescription. According to this argument, prescription

immunité découlerait de la règle suivant laquelle une personne ou une société ne peut pas être tenue responsable d’une nuisance si l’activité en cause est autorisée par une loi et s’il est établi que la nuisance est le résultat ou la conséquence inévitable de l’exercice de cette autorisation. Selon CSL, bien que cette règle provienne du droit anglais (*Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 353 (H.L.); *Manchester Corporation c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.); *Hammersmith and City Railway Co. c. Brand* (1869), L.R. 4 H.L. 171), elle est reconnue en common law canadienne (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181), et elle est aussi applicable en droit québécois (*Canadian Pacific Railway Co. c. Roy*, [1902] A.C. 220 (C.P.); *Ouimette; Laforest c. Ciments du St-Laurent*, [1974] C.S. 289).

[98] Le texte de loi qu’invoque CSL ne donne pas ouverture à ce moyen de défense. En effet, si la *Loi spéciale de CSL* autorise l’exploitation de la cimenterie en imposant l’usage des meilleurs moyens disponibles, elle ne soustrait nullement CSL à l’application du droit commun. Lorsque le législateur exclut l’application du droit commun, il le fait généralement de façon expresse. À titre d’exemple, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, dispose que « [I]e travailleur victime d’une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion » (art. 438). De même, en matière de préjudice corporel, la *Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25, prescrit que « [I]es indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d’un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n’est reçue devant un tribunal » (art. 83.57). La *Loi spéciale de CSL* ne comporte pas de dispositions suffisamment précises pour permettre de conclure que le droit de la responsabilité civile est écarté à l’égard de toutes les conséquences des activités de la cimenterie.

#### G. La prescription et les dommages futurs

[99] CSL plaide aussi la prescription. Selon cet argument, la prescription n’aurait pas été

was not interrupted for damage relating to events subsequent to the judgment authorizing the class action, and the action is thus prescribed as regards such events. It must therefore be determined whether events subsequent to the filing of the application for authorization to institute a class action are relevant to this case, and whether the representatives can be compensated for damage suffered after that date.

[100] Article 2908 *C.C.Q.* restates the principle set out in art. 2233a *C.C.L.C.* that an application for leave to bring a class action suspends prescription until the judgment granting the motion is no longer susceptible of appeal:

**2908.** A motion for leave to bring a class action suspends prescription in favour of all the members of the group for whose benefit it is made or, as the case may be, in favour of the group described in the judgment granting the motion.

The suspension lasts until the motion is dismissed or annulled or until the judgment granting the motion is set aside; . . .

In the case of a judgment, however, prescription runs again only when the judgment is no longer susceptible of appeal.

(See *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at pp. 1824-25.)

[101] In the instant case, the action was authorized on March 31, 1994 by Thibault J. Prescription was therefore *suspended* between the date of the application, June 4, 1993, and the date when Thibault J.'s judgment was no longer susceptible of appeal, namely 30 days after March 31, 1994 (art. 494 *C.C.P.*). Prescription then ran again until the action was filed on August 1, 1994. The *Civil Code of Québec* provides that the filing of a judicial demand *interrupts* prescription:

**2892.** The filing of a judicial demand before the expiry of the prescriptive period constitutes a civil interruption, provided the demand is served on the person to be prevented from prescribing not later than sixty days following the expiry of the prescriptive period.

interrompue pour les dommages relatifs aux faits postérieurs au jugement autorisant le recours collectif et l'action serait donc prescrite à leur égard. Il faut donc déterminer si les faits postérieurs au dépôt de la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif sont pertinents pour le litige et si les représentants peuvent être indemnisés des dommages subis après cette date.

[100] L'article 2908 *C.c.Q.* reprend le principe qu'énonçait l'art. 2233a *C.c.B.C.*, selon lequel la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif suspend la prescription jusqu'au moment où le jugement faisant droit à la requête n'est plus susceptible d'appel :

**2908.** La requête pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif suspend la prescription en faveur de tous les membres du groupe auquel elle profite ou, le cas échéant, en faveur du groupe que décrit le jugement qui fait droit à la requête.

Cette suspension dure tant que la requête n'est pas rejetée, annulée ou que le jugement qui y fait droit n'est pas annulé; . . .

Toutefois, s'il s'agit d'un jugement, la prescription ne recommence à courir qu'au moment où le jugement n'est plus susceptible d'appel.

(Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1824-1825.)

[101] En l'espèce, le recours a été autorisé le 31 mars 1994 par la juge Thibault. La prescription a donc été *suspendue* entre la date de la demande, soit le 4 juin 1993, et la date à laquelle le jugement de la juge Thibault n'était plus susceptible d'appel, soit 30 jours après le 31 mars 1994 (art. 494 *C.p.c.*). La prescription a par la suite recommencé à courir jusqu'au dépôt de l'action, le 1<sup>er</sup> août 1994. Le *Code civil du Québec* prévoit alors que le dépôt d'une demande en justice *interrompt* la prescription :

**2892.** Le dépôt d'une demande en justice, avant l'expiration du délai de prescription, forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, au plus tard dans les soixante jours qui suivent l'expiration du délai de prescription.

[102] Article 2896 *C.C.Q.* adds that the interruption continues until judgment and has effect in respect of any right arising from the *same source*:

**2896.** An interruption resulting from a judicial demand continues until the judgment acquires the authority of a final judgment (*res judicata*) or, as the case may be, until a transaction is agreed between the parties.

The interruption has effect with regard to all the parties in respect of any right arising from the same source.

The question is therefore whether the damage suffered by the representatives after the filing of the judicial demand in August 1994 arose from the “same source”. The analysis on this point will make it possible to decide whether the representatives can be compensated not only for neighbourhood disturbances that occurred between June 4, 1991 and the date of filing of the demand, June 4, 1993, but also for damage suffered up to the time SLC ceased operations in 1997.

[103] In this case, the courts below correctly adopted a liberal interpretation of the words “same source”. Dutil J. held that the *Civil Code of Québec* does not limit the general scope of the word “source” in art. 2896 *C.C.Q.* (para. 223) and concluded that it is possible to claim compensation for damage that has the same cause but is spread out over time. Moreover, in her judgment authorizing the class action, Thibault J. did not limit the members’ claims to the period starting on June 4, 1991 and ending with the filing of the motion for authorization on June 4, 1993. The Court of Appeal confirmed the validity of Dutil J.’s liberal interpretation of the expression “same source” (paras. 224-25).

[104] The Court of Appeal had also concluded in *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733, that the word “source” must be interpreted broadly rather than narrowly. The following passage shows that that court’s decisions have been consistent. The provision’s purpose is to maintain, not to extinguish, rights associated with proceedings that are under way:

[102] Par ailleurs, l’art. 2896 *C.c.Q.* dispose que l’interruption se poursuit jusqu’au jugement et produit ses effets pour tout droit découlant de la *même source* :

**2896.** L’interruption résultant d’une demande en justice se continue jusqu’au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu’à la transaction intervenue entre les parties.

Elle a son effet, à l’égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source.

La question qui se pose consiste donc à déterminer si les dommages subis par les représentants après l’introduction de la demande en justice en août 1994 découlent de la « même source ». Cette analyse permettra de décider si les représentants peuvent être indemnisés non seulement pour les troubles de voisinage subis du 4 juin 1991 à la date de dépôt de la demande, soit le 4 juin 1993, mais aussi pour les dommages survenus jusqu’à la cessation des activités de CSL en 1997.

[103] En l’espèce, les jugements attaqués retiennent, avec raison, une interprétation libérale des mots « même source ». La juge Dutil estime que le *Code civil du Québec* ne limite pas la portée générale du mot « source » à l’art. 2896 *C.c.Q.* (par. 223) et conclut qu’il est permis de réclamer l’indemnisation de dommages découlant d’une cause identique mais étalés dans le temps. Par ailleurs, dans son jugement autorisant le recours collectif, la juge Thibault n’a pas limité les réclamations des membres à la période débutant le 4 juin 1991 et prenant fin au dépôt de la requête pour autorisation, le 4 juin 1993. La Cour d’appel confirme la validité de l’interprétation libérale de l’expression « même source » adoptée par la juge Dutil (par. 224-225).

[104] Dans *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733, la Cour d’appel a également conclu que le mot « source » commande une interprétation large, plutôt que restrictive. Le passage suivant démontre que la jurisprudence de la Cour d’appel est constante. Le but de la disposition est de maintenir, et non éteindre, les droits liés à un litige déjà entrepris :

[TRANSLATION] In *Québec (Procureur général) v. Armand Sicotte & Fils Ltée* [[1987] R.R.A. 290, at p. 294], this court stated:

Article 2224 C.C.L.C. provides that the filing of a judicial demand creates a civil interruption that is effective for every party to the action for any right and recourse arising from the same source as the demand. . . .

Later, in *D'Anjou v. Thériault* [C.A., Montréal, 200-09-002267-984, 2001-05-01], this court held that:

[44] This conclusion is made all the more necessary by the need to bear in mind the legislature's purpose in making successive amendments to art. 2224 C.C.L.C. In my opinion, that purpose was a liberal one, namely to ensure that rights closely connected with legal proceedings already under way would be maintained rather than extinguished. Naturally, this objective required a flexible interpretation of the criterion of identity of sources, which this Court adopted, *inter alia*, in *Banque de Nouvelle-Écosse v. Exarhos* . . . . [Emphasis deleted; paras. 96-97.]

[105] Baudouin and Deslauriers also discuss the concept of "continuing damage and its consequences for prescription". This type of damage involves an injury that recurs or persists over time. In such a case, it makes sense to allow the victim to bring a single action to put a permanent end to the damage rather than requiring him or her to bring a series of actions.

[TRANSLATION] 1-1422 — *Continuing damage* — This is a single injury that persists rather than occurring just once, generally because the fault of the person who causes it is also spread over time. One example is a polluter whose conduct causes the victim an injury that is renewed every day. . . . Since there are several wrongful acts as well as simultaneous recurring damage that is related to those acts, it makes sense to accept, as the courts do, that prescription starts running each day. . . . The plaintiff thus has the option of either suing once and for all and seeking an end to the injury or compensation for future damage, or periodically renewing his or her judicial demands. [pp. 1200-1201]

Although Baudouin and Deslauriers are referring to a more typical situation involving extracontractual

Dans *Québec (Procureur général) c. Armand Sicotte & Fils Ltée* [[1987] R.R.A. 290, p. 294], notre cour précise que :

L'article 2224 C.C.B.C. édicte que le dépôt d'une demande en justice forme interruption civile qui vaut en faveur de toute partie à l'action pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande. . . .

Plus tard, dans *D'Anjou c. Thériault* [C.A., Montréal, 200-09-002267-984, 2001-05-01], notre cour décide que :

[44] Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'il ne faut pas perdre de vue le but poursuivi par le législateur lors des modifications successives dont l'article 2224 C.c.B.-C. a été l'objet. Il s'agissait à mon avis d'un but libéral, celui de favoriser le maintien plutôt que l'extinction des droits intimement liés à un débat judiciaire déjà entrepris. Cet objectif appelait naturellement une interprétation souple du critère d'identité de sources, ce qu'a notamment retenu notre Cour dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Exarhos* . . . . [Italique omis; par. 96-97.]

[105] Baudouin et Deslauriers examinent aussi la notion de « dommage continu et ses conséquences à l'égard de la prescription ». Une telle forme de dommage implique un préjudice qui se répète ou se prolonge dans le temps. En conséquence, il est logique de permettre à la victime d'intenter un seul recours pour faire cesser définitivement les dommages, au lieu de l'obliger à en intenter une série.

1-1422 — *Dommage continu* — Il s'agit en l'occurrence d'un même préjudice qui, au lieu de se manifester en une seule et même fois, se perpétue, en général parce que la faute de celui qui le cause est également étalée dans le temps. Ainsi, le pollueur qui, par son comportement, cause un préjudice quotidiennement renouvelé à la victime. [. . .] Puisqu'il existe, d'une part, plusieurs actes fautifs et, d'autre part, une série de dommages simultanément reliés à ceux-ci, il est logique d'admettre, comme le fait la jurisprudence, que la prescription commence à courir à chaque jour. [. . .] Le demandeur se trouve alors devant l'alternative qui est de poursuivre une fois pour toutes, en demandant soit la cessation du préjudice, soit l'indemnisation du dommage futur, d'un côté, ou, de l'autre côté, de renouveler périodiquement ses demandes en justice. [p. 1200-1201]

Bien que Baudouin et Deslauriers traitent d'une situation plus typique de responsabilité

liability (where fault has been proved), their analysis relates mainly to the question of damage. It therefore applies even in the present context where the defendant's liability is based on the extent of the annoyances suffered by the victims rather than on fault.

[106] Here, the "source" of the continuing damage suffered by the representatives, namely the acts that generated their right of action, remains the same: activities of SLC that caused excessive neighbourhood annoyances. Since those activities continued until 1997, it would make no sense (in addition to being impractical, as Dutil J. pointed out at para. 230) to ask the group's representatives to repeat their motion every three years for each annoyance suffered. In conclusion, we agree with the courts below that all events subsequent to the filing of the action were relevant, and in our opinion, they did not err in law or in fact in this regard.

#### H. *Appropriateness of Using Average Amounts in Assessing Damages*

[107] SLC criticizes the method chosen by the courts below respecting compensation: determining an "average" for each of the residential zones that had been established rather than making an order requiring each resident to prove his or her injury. The representatives contest the intervention of the Court of Appeal, which reduced the compensation awarded by Dutil J. They ask that the Superior Court's conclusions on the quantum of damages be restored.

[108] A distinction must be drawn between *evidence* of similar injury and the *assessment* of that injury. On the question of evidence, this Court stated in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, that "in the context of an action in civil liability brought in the form of a class action, the elements of fault, prejudice and causal connection

extracontractuelle (où la faute a été démontrée), leur analyse porte principalement sur la question des dommages. Elle trouve donc application même dans le présent contexte, où la responsabilité de la défenderesse se fonde sur la mesure des inconvénients subis par les victimes plutôt que sur la faute.

[106] En l'espèce, la « source » des dommages continus subis par les représentants, soit les faits ayant fait naître leur droit d'action, demeure la même : il s'agit des activités de CSL ayant causé des inconvénients excessifs de voisinage. Comme ces activités se sont continuées jusqu'en 1997, il serait contraire à la logique (et d'ailleurs peu pratique, comme le souligne la juge Dutil au par. 230) de demander aux représentants du groupe de répéter leur requête à tous les trois ans pour chacun des inconvénients subis. En conclusion, nous approuvons la décision des cours inférieures ayant jugé pertinents l'ensemble des faits survenus postérieurement au dépôt de l'action, et nous sommes d'avis que ces dernières n'ont commis à cet égard aucune erreur de droit ou de fait.

#### H. *La légitimité de la méthode de la moyenne dans l'établissement des dommages-intérêts*

[107] CSL critique le mode d'indemnisation choisi par les juridictions inférieures, soit l'établissement d'une « moyenne » pour chacune des zones résidentielles établies, plutôt qu'une ordonnance prévoyant que chaque résident doit prouver le préjudice qu'il subit. Pour leur part, les représentants critiquent l'intervention de la Cour d'appel, qui a diminué l'indemnité octroyée par la juge Dutil, et ils demandent le rétablissement des conclusions de la Cour supérieure quant au montant des dommages-intérêts.

[108] Il y a lieu de faire une distinction entre la *preuve* d'un préjudice similaire et l'*évaluation* de ce préjudice. Sur la question de la preuve, dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, notre Cour a affirmé que, « dans le contexte d'une action en responsabilité civile intentée dans le cadre d'un recours collectif, les éléments de faute,

must be established in respect of the members of the group, by the normal evidentiary rules” (para. 33). L’Heureux-Dubé J., writing for the Court, noted that the rules of proof by presumptions apply to class actions (para. 39) and that presumptions of fact can be used to prove that a similar injury has been suffered:

In my opinion, Nichols J.A. correctly described the process followed by the trial judge (at p. 2784):

[TRANSLATION] When the trial judge spoke of a “presumption of similarity”, he did not use a presumption of law but rather looked at it as an objective toward which his analysis of the evidence was leading. He never drew the conclusion that all the patients had suffered the same prejudice because the representative of the group had herself suffered discomfort. *Rather, he sought to find an element of damage common to everyone, and only after reviewing the evidence as a whole did he find enough evidence to be able to infer that there were serious, precise and concordant presumptions that all the patients had at least suffered discomfort.*

If we consider that no member of the group was capable here of expressing himself or herself to describe the subjective prejudice he or she felt, the necessary conclusion is that, in the circumstances, proof by presumptions was the most appropriate method of proof for establishing the existence of such prejudice.

I agree with Nichols J.A. on this point and I would add that the trial judge did not rely solely on presumptions of fact, but also took into account the evidence as a whole, including that of witnesses and expert witnesses, in reaching his conclusions. [Emphasis added by L’Heureux-Dubé J.; paras. 41-42.]

Therefore, the court can draw from the evidence a presumption of fact that the members of the group have suffered a similar injury (J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at p. 649). It may also divide the group into subgroups, each of them made up of members who have suffered a similar injury.

[109] At the hearing in the instant case, 62 witnesses residing in the four zones described the annoyances they had suffered (Sup. Ct., at paras. 23-24). Relying on their testimony, Dutil J. found

préjudice et lien de causalité doivent être démontrés à l’endroit des membres du groupe, et ce, par les procédés de preuve habituels » (par. 33). Écrivant alors au nom de la Cour, la juge L’Heureux-Dubé souligne que les règles de preuve par présomptions s’appliquent aux recours collectifs (par. 39) et que la preuve d’un préjudice similaire peut se faire par présomption de fait :

Le juge Nichols décrit adéquatement, à mon avis, le processus suivi par le juge du procès (à la p. 2784) :

Lorsque le juge parle de « présomption de similarité », il n’en fait pas une présomption de droit, mais un objectif vers lequel tend son analyse de la preuve. Il n’a jamais tiré la conclusion que tous les bénéficiaires avaient subi un préjudice similaire parce que la représentante du groupe avait elle-même souffert d’inconfort. *Il a plutôt recherché un élément de dommage commun à tous et ce n’est qu’après avoir revu l’ensemble de la preuve qu’il a trouvé suffisamment d’éléments pour en inférer qu’il existait des présomptions graves, précises et concordantes que tous les bénéficiaires avaient au moins souffert d’inconfort.*

Si l’on considère qu’aucun membre du groupe n’était ici en mesure de s’exprimer pour décrire le préjudice subjectif qu’il ressentait, la conclusion s’impose d’elle-même que la preuve par présomptions s’avérait dans les circonstances le moyen de preuve par excellence pour établir l’existence d’un tel préjudice.

Je suis d’accord avec le juge Nichols à cet égard et j’ajouterais que le premier juge ne s’est pas uniquement appuyé sur des présomptions de fait, mais qu’il a également tenu compte de l’ensemble de la preuve, dont les témoins et les témoins experts, afin d’en arriver à ses conclusions. [Souligné par la juge L’Heureux-Dubé; par. 41-42.]

Le tribunal peut donc inférer de la preuve offerte une présomption de fait que les membres du groupe ont subi un préjudice similaire (J.-C. Royer, *La preuve civile* (3<sup>e</sup> éd. 2003), p. 649). Le tribunal peut aussi subdiviser le groupe en sous-groupes, de façon à réunir les membres qui ont subi un préjudice similaire.

[109] En l’espèce, 62 témoins résidant dans les quatre zones ont décrit, lors de l’audience, les incon vénients qu’ils ont subis (C.S., par. 23-24). C’est en s’appuyant sur ces témoignages que la juge



that the evidence showed a form of injury that was common to all members of the group, but that varied in intensity (para. 398). Dust emissions, odours and noise from the plant had affected the residents of some zones less than others. For this reason, Dutil J. divided the group members into four zones to ensure that there was some basic injury common to the residents of each zone. She thus ensured that there was a common injury in each zone.

[110] It is true that in *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68, this Court expressed the opinion that the class action was not the preferable means of resolving the claims of the class members. However, in that case, the Divisional Court had noted that “[e]ven if one considers only the 150 persons who made complaints — those complaints relate to different dates and different locations spread out over seven years and 16 square miles” (para. 32). In the instant case, the representatives provided detailed evidence of the injury they had suffered. Dutil J. considered all that evidence and was able to infer from it that the members in each zone had suffered similar injuries. Her analysis contains no error warranting this Court’s intervention.

[111] However, one aspect of Dutil J.’s decision is unusual: she ordered that recovery be subject to an individual claims procedure but assessed the amount to be awarded to each member using an average determined for each zone. The procedure chosen for recovery should not be confused with the assessment of injury. From a procedural standpoint, the trial judge must decide whether “the claims of the members [will] be recovered collectively or be the object of individual claims” (art. 1028 *C.C.P.*). Regardless of whether recovery is collective or individual, each member will, in theory, be compensated for “the amount of the loss he has sustained and the profit of which he has been deprived” (art. 1611 *C.C.Q.*). This is because a class action is only a “procedure which enables one member to sue without a mandate on behalf

Dutil constate que la preuve établit qu’il y a des préjudices communs à tous les membres du groupe, mais d’intensité différente (par. 398). En effet, les résidents de certaines zones ont moins souffert que d’autres des émissions de poussière, des odeurs et des bruits en provenance de la cimenterie. Pour ce motif, la juge Dutil a réparti les membres du groupe dans quatre zones afin de s’assurer qu’un préjudice de base soit commun aux résidents de chaque zone. Ce faisant, elle s’assure de l’existence du préjudice commun à l’intérieur de chacune des zones.

[110] Il est vrai que, dans *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68, la Cour a exprimé l’avis que le recours collectif entrepris n’était pas le meilleur moyen de régler les réclamations des membres du groupe. Cependant, dans cette affaire, la Cour divisionnaire avait noté que, [TRADUCTION] « [m]ême si l’on ne tient compte que des 150 personnes qui ont déposé des plaintes, celles-ci se rapportent à des dates différentes sur sept ans et à des endroits différents sur 16 milles carrés » (par. 32). En l’espèce, les représentants ont fait une preuve détaillée du préjudice subi. La juge Dutil a tenu compte de l’ensemble de cette preuve et pouvait en inférer que les membres de chaque zone avaient subi un préjudice similaire. Son analyse ne comporte aucune erreur justifiant l’intervention de notre Cour.

[111] La décision de la juge Dutil comprend cependant un aspect singulier. En effet, cette dernière a ordonné que le recouvrement soit assujéti à une procédure de réclamation individuelle, mais elle a évalué la somme qui sera accordée à chaque membre selon une moyenne établie par zone. Il y a lieu d’éviter de confondre la procédure choisie pour le recouvrement et l’évaluation du préjudice. Sur le plan procédural, le juge du fond doit décider si « les réclamations des membres [seront] recouvrées collectivement ou [feront] l’objet de réclamations individuelles » (art. 1028 *C.p.c.*). Or, peu importe que le recouvrement soit collectif ou individuel, chaque membre sera, en théorie, compensé pour « la perte qu’il subit et le gain dont il est privé » (art. 1611 *C.c.Q.*). Il en est ainsi parce que le recours collectif ne constitue qu’un « moyen de procédure

of all the members” (art. 999(d) C.C.P.; see *Dell Computer*, at paras. 105-8). The nature of the action itself remains unchanged. Thus, even in the context of an order for collective recovery, the injury the trial judge must assess is, at first glance, individual rather than common.

[112] The provisions of the *Code of Civil Procedure* on individual claims do not suggest that the trial judge may not decide the amount to be awarded in respect of an individual injury (see arts. 1037 to 1040 C.C.P.). Moreover, a judge who opts for collective recovery does so “if the evidence produced enables the establishment with sufficient accuracy of the total amount of the claims of the members; [the judge] then determines the amount owed by the debtor even if the identity of each of the members or the exact amount of their claims is not established” (art. 1031 C.C.P.). This suggests that the total amount is based on an assessment of the sum of the members’ individual injuries. Finally, the trial judge has considerable discretion in making this assessment in the context of a class action (arts. 1039 and 1045 C.C.P.; see also *Thompson v. Masson*, [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.), at paras. 38-40).

[113] Professor Lafond makes the following comment about the trial judge’s discretion:

[TRANSLATION] In a class action, the judge has a different role, as his or her participation continues until the final judgment is executed. The collective or individual processing of claims and the distribution of compensation constitute an essential step in the class action and largely determine the effectiveness of the procedure. The legislature has assigned responsibility for this to the judge, who turns into a genuine administrator for purposes of the execution of his or her decision.

*(Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution (2006), at p. 189)*

Thus, a trial judge who, as in the case at bar, decides to proceed by way of individual claims is not precluded from determining the amount to be awarded in respect of an individual injury. This approach

qui permet à un membre d’agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres » (art. 999d) C.p.c.; voir *Dell Computer*, par. 105-108). La nature du recours lui-même demeure inchangée. Ainsi, à priori, même dans le contexte d’une ordonnance de recouvrement collectif, le préjudice que le juge du fond doit évaluer est individuel plutôt que commun.

[112] Par ailleurs, il ne ressort pas des articles du *Code de procédure civile* sur les réclamations individuelles que le juge du fond n’est pas habilité à se prononcer sur le montant du préjudice individuel (voir art. 1037 à 1040 C.p.c.). De plus, le juge qui choisit le recouvrement collectif le fait « si la preuve permet d’établir d’une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres; il détermine alors le montant dû par le débiteur même si l’identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n’est pas établi » (art. 1031 C.p.c.). Ce texte suggère que le montant total se fonde sur une évaluation de la somme des préjudices individuels des membres. Enfin, dans cette évaluation, le juge du fond dispose d’un pouvoir discrétionnaire important dans le contexte d’un recours collectif (art. 1039 et 1045 C.p.c.; voir aussi *Thompson c. Masson*, [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.), par. 38-40).

[113] Le professeur Lafond fait les remarques suivantes au sujet du pouvoir discrétionnaire du juge du fond :

Le recours collectif propose un rôle différent au juge, qui se poursuit jusqu’à l’exécution du jugement final. Le traitement collectif ou individuel des réclamations et la distribution des indemnités constituent une étape capitale du recours collectif dont l’efficacité de la procédure dépend en grande partie. Le législateur en a confié la responsabilité au juge, lequel se métamorphose en authentique administrateur de l’exécution de sa décision.

*(Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution (2006), p. 189)*

Dans les cas où, comme en l’espèce, le juge du fond décide de procéder par voie de réclamation individuelle, il n’est donc pas forcé de se prononcer sur le quantum du préjudice individuel. Cette méthode

also simplifies the individual claims procedure, since it will then be possible to limit what must be proved at that stage.

[114] The question that remains is whether it was appropriate for Dutil J. to use average amounts to determine the compensation in this case. It must be recognized that the annoyances suffered by victims of environmental injury are difficult to assess. In *Domfer*, 4,000 residents of Ville-Émard suffered damage and annoyances caused mainly by dust, noise and odours from Domfer's plants. Forget J.A. rightly noted that it was difficult to put a dollar amount on the problems and annoyances the residents had suffered (para. 162). In that case, too, the Court of Appeal used average amounts and based the plaintiffs' compensation on the zones in which they resided, although its reasoning was grounded in fault-based liability (para. 164). Thus, the Court of Appeal's approach was analogous to the one taken by Dutil J. in the instant case.

[115] An average amount was also used to determine compensation for moral injury in *St-Ferdinand*. In that case, the trial judge had expressed the opinion that [TRANSLATION] "[w]here all members of the group have suffered the same kind of prejudice, the prejudice can be assessed on the basis of an average without increasing the debtor's liability" ([1990] R.J.Q. 359, at p. 397). L'Heureux-Dubé J., writing for this Court, noted that "because of the nature of the prejudice, the quantum of moral damages cannot be determined exactly" (para. 85).

[116] Given the trial judge's discretion and the difficulty of assessing environmental problems and annoyances, we consider Dutil J.'s use of average amounts to have been reasonable and appropriate in the circumstances. Moreover, SLC has not shown that its liability increased as a result. There is no indication that the amount awarded by Dutil J. was based on a wholly erroneous estimate of the injury (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 235). We will therefore allow the cross-appeal and restore the Superior

simplifie d'ailleurs la procédure des réclamations individuelles, puisqu'elle permet de limiter les éléments qui doivent être prouvés à cette étape.

[114] Il reste à déterminer si la juge Dutil pouvait, en l'espèce, utiliser la méthode de la moyenne pour fixer l'indemnité. Il faut reconnaître que les inconvénients subis par les victimes d'un préjudice de nature environnementale sont difficiles à évaluer. Dans l'affaire *Domfer*, 4 000 résidents de Ville-Émard ont souffert de dommages et d'inconvénients causés principalement par la poussière, le bruit et les odeurs en provenance des usines de Domfer. Le juge Forget souligne avec raison qu'il est difficile d'évaluer « en dollars » les ennuis et inconvénients subis par les résidents (par. 162). Bien que, dans cette affaire, la Cour d'appel appuie son raisonnement sur la responsabilité fondée sur la faute, elle opte aussi pour la méthode de la moyenne et fixe l'indemnité des demandeurs selon leur zone de résidence (par. 164). L'approche de la Cour d'appel est donc analogue à celle de la juge Dutil dans le présent dossier.

[115] La méthode de la moyenne avait aussi été utilisée pour déterminer l'indemnité pour dommages moraux dans *St-Ferdinand*. Dans cette affaire, le juge de première instance avait exprimé l'avis que, « [l]orsque tous les membres du groupe ont subi un préjudice de même ordre, ce préjudice peut être évalué d'après une moyenne, sans aggraver la responsabilité du débiteur » ([1990] R.J.Q. 359, p. 397). S'exprimant pour notre Cour, la juge L'Heureux-Dubé a rappelé que « le montant de dommages moraux, de par la nature du préjudice, ne peut être déterminé de façon exacte » (par. 85).

[116] En raison du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge du fond et de la difficulté d'évaluer les ennuis et inconvénients environnementaux, nous sommes d'avis que la méthode de la moyenne utilisée par la juge Dutil était raisonnable et appropriée dans les circonstances. Par ailleurs, CSL n'a pas démontré que sa responsabilité en a été aggravée. Il n'y a aucune indication que la somme accordée par la juge Dutil résulte d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 235).

Court's conclusions on the assessment of damages (with the exception of para. 419, corrected by the Court of Appeal with the respondents' agreement), which the Court of Appeal varied because of its findings concerning the bases for SLC's liability.

[117] Moreover, it is our view that the amount awarded by Dutil J. to the owners for additional painting expenses should also be restored. In light of the evidence before the court, we are not convinced that that assessment was inconsistent with the latitude the trial judge is recognized to have. Dutil J. gave a precise description of the additional painting expenses incurred by Claude Cochrane, one of the representatives, who lived in the red zone (paras. 57-60). She subsequently noted that another witness from the red zone had painted every year until he moved in 1994 (para. 78); that house exteriors had had to be repainted regularly in the yellow zone (para. 94); that lessees in the purple zone had not referred to painting in their testimony (para. 101); that two owners from the purple zone had said they had to paint wooden window frames every two years (para. 102); and that many witnesses had confirmed that after the plant closed, they no longer had to paint every year or two (para. 313). Dutil J. also distinguished environmental problems and annoyances from injury in the form of painting expenses (paras. 312-13).

[118] The test to be applied by an appellate court before intervening with respect to the quantum of damages is "very strict and gives preference to the evaluation done by the trier of fact" (*St-Ferdinand* (S.C.C.), at para. 84). It is our opinion that SLC has not proved that Dutil J. applied a wrong principle of law or that the amount she awarded to the owners was based on a wholly erroneous estimate of the injury. That amount should therefore be restored.

Nous accueillerons donc l'appel incident, pour rétablir les conclusions de la Cour supérieure sur l'évaluation des dommages (à l'exception du par. 419 qui a été rectifié par la Cour d'appel avec l'accord des intimés), conclusions que la Cour d'appel avait modifiées en raison de ses conclusions sur les bases de la responsabilité de CSL.

[117] Par ailleurs, nous sommes d'avis qu'il y a aussi lieu de rétablir la somme accordée par la juge Dutil aux propriétaires pour les frais de peinture supplémentaires. Compte tenu de la preuve dont elle disposait, nous ne sommes pas convaincus que cette évaluation excédait la marge de manœuvre reconnue au juge du fond. Par exemple, la juge Dutil décrit avec précision l'importance des frais de peinture supplémentaires engagés par Claude Cochrane, l'un des représentants et résident de la zone rouge (par. 57-60). Par la suite, la juge Dutil souligne qu'un autre témoin de la zone rouge a effectué des travaux de peinture à chaque année, jusqu'à son déménagement en 1994 (par. 78); que la peinture extérieure dans la zone jaune doit être refaite régulièrement (par. 94); que des locataires de la zone mauve ne mentionnent pas de travaux de peinture dans leur témoignage (par. 101); que deux propriétaires de la zone mauve font état de la nécessité de peindre aux deux ans les cadres en bois des fenêtres (par. 102); et que de nombreux témoins sont venus confirmer que, après la fermeture de la cimenterie, ils n'avaient plus besoin de peindre à chaque année ou aux deux ans (par. 313). De plus, la juge Dutil distingue les ennuis et inconvénients environnementaux du préjudice découlant des frais de peinture (par. 312-313).

[118] Rappelons que le critère d'intervention d'une cour d'appel vis-à-vis le montant des dommages-intérêts octroyés est « très sévère et privilégie l'évaluation du juge des faits » (*St-Ferdinand* (C.S.C.), par. 84). Nous sommes d'avis que CSL n'a pas démontré que la juge Dutil a commis une erreur de principe ou que la somme accordée aux propriétaires par la juge Dutil est le résultat d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice. Il y a donc lieu de rétablir cette somme.

### III. Disposition

[119] For these reasons, we would dismiss the appeal and allow the cross-appeal, with costs throughout.

*Appeal dismissed and cross-appeal allowed, with costs.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Jacques Larochelle, Québec.*

*Solicitors for the interveners Friends of the Earth and Quebec Environmental Law Centre: Lauzon Bélanger, Montréal; uOttawa-Ecojustice Environmental Law Clinic, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Quebec Business Council on the Environment: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

### III. Dispositif

[119] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi principal et d'accueillir le pourvoi incident, le tout avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi principal rejeté et pourvoi incident accueilli, avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Ogilvy Renault, Montréal.*

*Procureur des intimés/appellants au pourvoi incident : Jacques Larochelle, Québec.*

*Procureurs des intervenants Les Ami(e)s de la Terre et le Centre québécois du droit de l'environnement : Lauzon Bélanger, Montréal; uOttawa-Ecojustice Environmental Law Clinic, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil patronal de l'environnement du Québec : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2008 Vol. 3**

**and Tables**

**Cited as [2008] 3 S.C.R. { i-xlvi  
451-634**

**3<sup>e</sup> cahier, 2008 Vol. 3**

**et Tables**

**Renvoi [2008] 3 R.C.S. { i-xlvi  
451-634**

---





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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	REMI SAMSON	RENEE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON
	MARY JANE SINCLAIR	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
JACQUES GAGNE	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLEE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY
	GINETTE MIGNEAULT	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xxxvii
Authors Cited.....	xli
Index .....	627

### **BCE Inc. v. 1976 Debentureholders ..... 560**

Commercial law — Corporations — Oppression — Fiduciary duty of directors of corporation to act in accordance with best interests of corporation — Reasonable expectation of security holders of fair treatment — Directors approving change of control transaction which would affect economic interests of security holders — Whether evidence supported reasonable expectations asserted by security holders — Whether reasonable expectation was violated by conduct found to be oppressive, unfairly prejudicial or that unfairly disregards a relevant interest — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 122(1)(a), 241.

Commercial law — Corporations — Plan of arrangement — Proposed plan of arrangement not arranging rights of security holders but affecting their economic interests — Whether plan of arrangement was fair and reasonable — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192.

### **Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada ..... 453**

Insurance — “All risks” insurance — Exclusion clauses — Scope of “faulty or improper design” exclusion — Test applicable to exclusion — Construction of largest customized tunnel boring machine — Railway company subscribing builders’ risk policy — Policy excluding from coverage costs of making good “faulty or improper design” — Differential deflection foreseen, but design accommodated expected degree of differential deflection — Tunnel boring machine failed due to excess differential deflection between components of machine — Whether “faulty or improper design” exclusion to coverage applicable — Whether excess differential deflection was foreseeable.

### **Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General) ..... 511**

Constitutional law — Division of powers — Unemployment insurance — Series of active measures designed to maintain tie between insured persons and labour market —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxxvii
Lois et règlements cités .....	xxix
Doctrine citée .....	xli
Index .....	631

### **BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976 ..... 560**

Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Obligation fiduciaire des administrateurs envers la société d’agir au mieux des intérêts de la société — Attente raisonnable des détenteurs de valeurs mobilières d’être traités équitablement — Approbation par les administrateurs d’une opération de changement de contrôle qui porterait atteinte aux intérêts financiers de détenteurs de valeurs mobilières — Les attentes raisonnables invoquées par les détenteurs de valeurs mobilières étaient-elles étayées par la preuve? — Une attente raisonnable a-t-elle été frustrée par un comportement constituant un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte d’un intérêt pertinent? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a), 241.

Droit commercial — Sociétés par actions — Plan d’arrangement — Plan d’arrangement proposé ne visant pas les droits de détenteurs de valeurs mobilières, mais portant atteinte à leurs intérêts financiers — Le plan d’arrangement était-il équitable et raisonnable? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 192.

### **Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d’assurances ..... 453**

Assurance — Assurance « tous risques » — Clauses d’exclusion — Portée de l’exclusion relative à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Critère applicable à l’égard de cette exclusion — Plus gros tunnelier sur mesure jamais construit — Souscription par la société de chemin de fer à une police d’assurance des constructeurs — Exclusion par la police des frais engagés pour remédier à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Flexion différentielle prévue, mais la conception était adaptée au degré prévu de flexion différentielle — Échec du tunnelier en raison d’une flexion différentielle excessive de composantes de l’appareil — La clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » s’applique-t-elle? — La flexion différentielle excessive était-elle prévisible?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Whether provisions of federal employment insurance legislation relating to employment service, to training and work-sharing programs and to employment benefits are valid — Constitution Act, 1867, s. 91(2A) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c), 135(2).

Constitutional law — Taxation — Delegation of taxing authority — Principle of parliamentary control over collection of taxes — Employment insurance surpluses accumulated in Consolidated Revenue Fund — Power to set premium rates delegated without legislated criteria — Whether employment insurance premiums constitute administrative charge or tax — If they constitute tax, whether they were collected in accordance with principle of parliamentary control and pursuant to valid delegation — Constitution Act, 1867, ss. 53, 91(3) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 66 to 66.3, 72.

### **R. v. Caissey ..... 451**

Criminal law — Search warrant — Validity — Reliability of first-time informant — Information about criminal particulars uncorroborated — Reliability of informant's information sufficient in context of other factors to justify issuance of search warrant.

### **R. v. Lacroix ..... 509**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted on 15 counts of sexual assault — Majority of Court of Appeal affirming convictions — Whether verdicts unreasonable.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Confédération des syndicats nationaux c.**

#### **Canada (Procureur général) ..... 511**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Assurance-chômage — Éventail de mesures actives destinées à maintenir le lien entre les assurés et le marché du travail — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux programmes de placement, de formation et de partage du travail ainsi qu'aux prestations d'emploi sont-elles valides? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109c), 135(2).

Droit constitutionnel — Taxation — Délégation du pouvoir de taxation — Principe de contrôle parlementaire du prélèvement d'impôts et taxes — Surplus de l'assurance-emploi accumulés dans le Trésor — Délégation du pouvoir de fixer les taux de cotisation non assortie de critères législatifs — Les cotisations à l'assurance-emploi sont-elles des redevances administratives ou des taxes? — Si ce sont des taxes, ont-elles été prélevées conformément au principe de contrôle parlementaire et au moyen d'une délégation valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 91(3) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 66 à 66.3, 72.

#### **R. c. Caissey ..... 451**

Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Fiabilité d'un informateur n'ayant jamais fourni de renseignements auparavant — Non-corroboration de renseignements relatifs au crime — Renseignements obtenus de l'informateur suffisamment fiables dans le contexte d'autres facteurs pour justifier la délivrance d'un mandat de perquisition.

#### **R. c. Lacroix ..... 509**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de 15 chefs d'agression sexuelle — Cour d'appel, à la majorité, confirmant les déclarations de culpabilité — Les verdicts sont-ils déraisonnables?



## 2008 Volume 3

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENEE MARIA TREMBLAY  
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

STEPHEN BALOGH  
JACQUES GAGNÉ

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET  
MONIQUE GROULX

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
PAULINE MCTAVISH  
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL  
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

On the 22nd day of December 2008, the Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL, a Judge of the Court of Appeal of Nova Scotia, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

Le 22 décembre 2008, l'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL, juge de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.



## MOTIONS — REQUÊTES

(October 1 to December 31, 2008 – 1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre 2008)

- 3051226 Canada Inc. c. Aéroports de Montréal*, (Qué.), 32687, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9133-6701 Québec Inc. c. Transvrac Montréal Laval Inc.*, (Qué.), 32495, leave to appeal refused with costs, 2.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abbott Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32827, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abitibi-Consolidated Inc. c. James Doughan*, (Qué.), 32523, notice of discontinuance filed, 1.12.08, avis de désistement produit.
- Air Canada v. Canadian Transportation Agency*, (F.C.), 32729, leave to appeal refused with costs, 20.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ali v. The Queen*, (F.C.), 32762, leave to appeal refused, 20.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Apex Corporation v. Ceco Developments Ltd.*, (Alta.), 32656, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arcand v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32853, leave to appeal refused, 18.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Azar v. Concordia University*, (Que.), 32730, leave to appeal refused with costs, 23.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.A. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32825, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Baum c. Mohr*, (Qué.), 32688, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- BDO Dunwoody Ltd., trustee of the estate of Impact Tool and Mould Inc. v. Doyle Salewski Inc., in its capacity of court-appointed interim receiver of Impact Tool and Mould Inc.*, (Ont.), 32635, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bedada v. Solicitor General*, (F.C.), 32596, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Black v. Bell Globemedia Publishing Inc.*, (Ont.), 32665, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blank v. Minuk*, (Man.), 32682, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blue Star Trailer Rentals Inc. v. 407 ETR Concession Co.*, (Ont.), 32826, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burcevski v. Ambrozic*, (Alta.), 32745, leave to appeal refused with costs, 20.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Calgary Health Region v. Innovative Health Group Inc.*, (Alta.), 32788, leave to appeal refused with costs, 27.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cardinal c. Grantham*, (Qué.), 32710, notice of discontinuance filed, 8.10.08, avis de désistement produit.



- Cautionnements mutuels des Amériques Inc. c. Aristide Brousseau & Fils Ltée*, (Qué.), 32725, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chaudhry v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32751, leave to appeal refused with costs, 13.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief Commissioner, Human Rights and Citizenship Commission v. Brewer*, (Alta.), 32695, leave to appeal refused with costs on a solicitor-client basis, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens sur une base avocat-client.
- Chief Dan Wilson v. British Columbia*, (B.C.), 32638, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- City of Calgary v. ATCO Gas and Pipelines Ltd.*, (Alta.), 32761, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Edmonton v. Boardwalk Reit LLP*, (Alta.), 32742, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clarke v. McIlmoyl*, (B.C.), 32617, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, (B.C.), 32677, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 23.10.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Commission scolaire de Montréal c. Alliance des professeures et professeurs de Montréal*, (Qué.), 32763, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Consultants Pub Création inc. c. La Reine*, (C.F.), 32560, leave to appeal refused with costs, 2.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coote v. Ontario Human Rights Commission*, (Ont.), 32746, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Côté v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 32775, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Davis v. Republic of Trinidad and Tobago*, (Alta.) (Crim.), 32840, leave to appeal refused, 18.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Day v. Karagianis*, (N.L.), 32783, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delorme c. Dagenais*, (Qué.), 32675, leave to appeal refused with costs, 2.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Denis c. L'Abbée*, (Ont.), 32697, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Detchev v. Gorman*, (Ont.), 32724, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dodd v. Warden of Isabel McNeill House*, (Ont.), 32845, leave to appeal refused, 18.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Doe One v. Sergeant Kevin Dhinsa*, (Ont.), 32748, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douglas v. Kinger*, (Ont.), 32787, leave to appeal refused with costs, 11.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dow Chemical Canada Inc. v. The Queen*, (F.C.), 32838, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dowding v. Dowding*, (N.S.), 32678, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Downey v. Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal*, (N.S.), 32822, leave to appeal refused, 11.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Eagle Copters Maintenance Ltd. v. Chernetz*, (Alta.), 32833, notice of discontinuance filed, 29.10.08, avis de désistement produit.
- eBay Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 32598, notice of discontinuance filed, 24.12.08, avis de désistement produit.
- Elk Valley Coal Partnership v. Westshore Terminals Ltd.*, (B.C.), 32680, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fakhri c. Fraser Milner Casgrain*, (Qué.), 32726, leave to appeal refused, 20.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Folz Vending Company Ltd. c. La Reine*, (C.F.), 32701, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ford v. Workers Compensation Appeals Tribunal of Nova Scotia*, (N.S.), 32770, leave to appeal refused, 20.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Frontenac Ventures Corp. v. Ardoch Algonquin First Nation*, (Ont.), 32764, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, (N.W.T.), 32735, leave to appeal granted with costs to the respondents in any event of the cause, 27.11.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Galambos v. Perez*, (B.C.), 32586, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 23.10.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Garratt v. Orillia Power Distribution Corp.*, (Ont.), 32767, leave to appeal refused with costs, 20.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Graham Construction and Engineering v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1985*, (Sask.), 32758, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenon c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qué.), 32782, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Guindon c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32709, leave to appeal refused, 9.10.08, autorisation d'appel refusée.
- H.H. c. M.S.*, (Qué.), 32716, leave to appeal refused, 23.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Hamilton Police Services Board v. Dhinsa*, (Ont.), 32727, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hazan c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, (Qué.), 32717, leave to appeal refused with costs, 13.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- IBM Canada Ltd. v. Minister of Finance for Ontario*, (Ont.), 32660, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Janzen v. Bourque*, (Sask.), 32699, leave to appeal refused, 9.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Jaw v. The Queen*, (NU) (Crim.), 32706, leave to appeal refused, 20.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Jazairi v. Ontario Human Rights Commission*, (Ont.), 32802, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnston v. Director of Vital Statistics of the Province of Alberta*, (Alta.), 32676, leave to appeal refused, 13.11.08, autorisation d'appel refusée.
- K.S. v. C.B.*, (Ont.), 32841, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.

- Kaba c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32713, leave to appeal refused, 2.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Kim v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32722, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Knox v. Workers Compensation Appeals Tribunal of Nova Scotia*, (N.S.), 32774, leave to appeal refused, 20.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Kreiger v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32756, leave to appeal refused, 13.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Kruger Inc. v. Mallette syndics et gestionnaires Inc. in their capacity as trustees*, (Que.), 32674, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kumar v. Mastech Systems Corp.*, (Ont.), 32640, leave to appeal refused, 30.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Laforet v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32846, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Last v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32809, leave to appeal granted, 18.12.08, autorisation d'appel accordée.
- Law Society of Upper Canada v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 32823, leave to appeal refused with costs, 11.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lazare v. Harvey*, (Ont.), 32728, leave to appeal refused, 13.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Legare v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32829, leave to appeal granted, 18.12.08, autorisation d'appel accordée.
- Levan v. Levan*, (Ont.), 32743, leave to appeal refused with costs, 23.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lombard General Insurance Company of Canada v. Caneast Foods Ltd.*, (Ont.), 32739, notice of discontinuance filed, 17.11.08, avis de désistement produit.
- Mabe Canada Inc. v. 2849-9937 Québec Inc.*, (Que.), 32733, leave to appeal refused with costs, 13.11.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Macaraeg v. E Care Contact Centers Ltd.*, (B.C.), 32704, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martens v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32839, leave to appeal refused, 18.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. City of Vancouver*, (B.C.), 32736, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mazda Canada Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, (F.C.), 32804, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McPhee v. Mainroad Contracting Ltd.*, (B.C.), 32795, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MiningWatch Canada v. Minister of Fisheries and Oceans*, (F.C.), 32797, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.12.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Minister of Justice of Canada v. Fischbacher*, (Ont.) (Crim.), 32842, leave to appeal granted, 18.12.08, autorisation d'appel accordée.
- Musqueam Indian Band v. Minister of Public Works and Government Services*, (F.C.), 32785, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 32720, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32752, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 27.11.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

- Nu-Pharm Inc. v. The Queen*, (F.C.), 32830, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Connor v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32692, leave to appeal refused, 30.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Option consommateurs v. Novopharm Ltd.*, (Que.), 32759, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Osadchuk c. Les fermes Galiman Inc.*, (Qué.), 32393, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paquin v. Ottawa-Carleton District School Board*, (Ont.), 32700, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paul v. Kurdyak*, (Ont.) (Crim.), 32786, leave to appeal refused, 23.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Piché c. Arontec Inc.*, (Qué.), 32691, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pietrangelo v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32723, leave to appeal refused, 23.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général du Québec c. Grand Chief Dr. Ted Moses*, (Qué.), 32693, leave to appeal granted, 16.10.08, autorisation d'appel accordée.
- Procureur général du Québec c. Lacombe*, (Qué.), 32608, leave to appeal granted, 16.10.08, autorisation d'appel accordée.
- Procureur général du Québec c. Laferrrière*, (Qué.), 32604, leave to appeal granted, 16.10.08, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Cunningham*, (Y.T.), 32760, leave to appeal granted, 27.11.08, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Nasogaluak*, (Alta.) (Crim.), 32423, leave to appeal and cross-appeal granted, 27.11.08, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- R. v. Virk*, (B.C.) (Crim.), 32719, leave to appeal and cross-appeal granted, 27.11.08, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- Rasmussen v. H.R. Trucking Inc.*, (Ont.), 32800, notice of discontinuance filed, 29.10.08, avis de désistement produit.
- Régie des rentes du Québec c. Multi-marques distribution Inc.*, (Qué.), 32661, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reichert v. Lauren International, Inc.*, (Ont.), 32737, leave to appeal refused with costs, 23.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ross v. City of Charlottetown*, (P.E.I.), 32734, leave to appeal refused, 23.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Royal Bank of Canada, in its capacity as administrative agent for certain lenders v. Pricewaterhouse Coopers LLP, Trustee of the Estate of 1231640 Ontario Inc., a Bankrupt*, (Ont.), notice of discontinuance filed, 10.12.08, avis de désistement produit.
- Sagharian v. The Queen*, (Ont.), 32753, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Saskatoon City Police Association v. Hartwig*, (Sask.), 32803, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sauvé v. Merovitz*, (Ont.), 32564, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schick v. Schick*, (Alta.), 32766, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schiel v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32718, leave to appeal refused, 30.10.08, autorisation d'appel refusée.

- Schreiber v. Minister of Justice*, (Ont.) (Crim.), 32754, leave to appeal refused, 11.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Sekhon v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32708, leave to appeal refused, 30.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Selkirk Petroleum Products Ltd. v. Husky Oil Ltd.*, (Man.), 32818, leave to appeal refused, 18.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership v. Leader Media Productions Ltd.*, (Ont.), 32793, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sinclair v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32537, leave to appeal granted, 16.10.08, autorisation d'appel accordée.
- Small c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32731, leave to appeal refused, 23.10.08, autorisation d'appel refusée.
- St-Jean c. Guérin & Associés Ltée*, (Qué.), 32694, leave to appeal and cross-appeal refused, 2.10.08, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.
- Suserski v. Nurse*, (Ont.), 32714, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Susin v. Susin*, (Ont.), 32732, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, local 130 c. Dupuis*, (Qué.), 32711, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des salariés-es de l'entrepôt D. Bertrand et fils Chicoutimi - CSN c. Boudreault*, (Qué.), 32712, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ted Leroy Trucking Ltd. v. The Queen*, (B.C.), 32821, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thibault c. La Reine*, (Ont.) (Crim.), 32794, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Toronto Police Association v. Canadian Broadcasting Corp.*, (Ont.), 32685, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto Sun Wah Trading Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32828, leave to appeal refused with costs, 18.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tsuu T'ina Nation v. Bearchief*, (Alta.), 32576, leave to appeal refused with costs, 30.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tuck v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32557, leave to appeal refused, 6.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Tupper v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 32784, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Vidéotron Ltée v. The Queen*, (F.C.), 32703, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 18.12.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandresses quelle que soit l'issue de l'appel.
- Walsh v. 1124660 Ontario Ltd.*, (Ont.), 32777, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Watt v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 32796, leave to appeal refused, 4.12.08, autorisation d'appel refusée.
- Weintz v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32779, leave to appeal refused, 13.11.08, autorisation d'appel refusée.
- Western Inventory Service Ltd. v. Wronko*, (Ont.), 32705, leave to appeal refused with costs, 9.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Whitaker v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32657, leave to appeal refused, 30.10.08, autorisation d'appel refusée.
- Willier v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32769, leave to appeal granted, 27.11.08, autorisation d'appel accordée.

*Wytiuk v. A.D.T. Security Canada Inc.*, (Ont.), 32686, leave to appeal refused with costs, 16.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Zhang c. Chau*, (Qué.), 32747, leave to appeal refused with costs, 4.12.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Zubovits v. Ontario Human Rights Commission*, (Ont.), 32749, leave to appeal refused with costs, 23.10.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
1976 Debentureholders, BCE v. ....	560	<b>H</b>	
<b>A</b>		H.S.B., R. v. ....	32
Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. ....	265	<b>I</b>	
<b>B</b>		Illes, R. v. ....	134
Barrette, St. Lawrence Cement Inc. v. ....	392	<b>J</b>	
BCE v. 1976 Debentureholders .....	560	J.F., R. v. ....	215
<b>C</b>		<b>L</b>	
C. (R.) v. McDougall .....	41	Lacroix, R. v. ....	509
Caissey, R. v. ....	451	<b>M</b>	
Canada, F.H. v. ....	41	M. (R.E.), R. v. ....	3
Canada (Attorney General), Confédération des syndicats nationaux v. ....	511	Mahalingan, R. v. ....	316
Canada (Attorney General), Syndicat national des employés de l’aluminium d’Arvida Inc. v. ....	511	McDougall, C. (R.) v. ....	41
Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada .....	453	McDougall, F.H. v. ....	41
Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General) .....	511	McDougall, R.C. v. ....	41
<b>D</b>		Merrill Lynch Canada Inc., RBC Dominion Secu- rities Inc. v. ....	79
Dowe, R. v. ....	109	<b>P</b>	
<b>F</b>		Pritchard, R. v. ....	195
F. (J.), R. v. ....	215	<b>R</b>	
F.H. v. Canada .....	41	R. v. Caissey .....	451
F.H. v. McDougall .....	41	R. v. Dowe .....	109
F.H. v. The Order of the Oblates of Mary Immacu- late .....	41	R. v. F. (J.) .....	215
		R. v. H.S.B. ....	32



	PAGE		PAGE
R. v. Illes .....	134	<b>S</b>	
R. v. J.F. ....	215		
R. v. Lacroix .....	509	Sanofi-Synthelabo Canada Inc., Apotex Inc. v. ....	265
R. v. M. (R.E.) .....	3	Saulnier v. Royal Bank of Canada .....	166
R. v. Mahalingan .....	316	Saulnier (Bankrupt), Re .....	166
R. v. Pritchard .....	195	Saulnier (Receiver of) v. Saulnier .....	166
R. v. R.E.M. ....	3	Saulnier, Saulnier (Receiver of) v. ....	166
R. v. Rojas .....	111	Solowan, R. v. ....	309
R. v. Solowan .....	309	St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette .....	392
RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc. ....	79	Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. Canada (Attorney General)...	511
R.C. v. McDougall .....	41		
R.E.M., R. v. ....	3	<b>T</b>	
Rojas, R. v. ....	111		
Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada, Canadian National Railway Co. v. ....	453	The Order of the Oblates of Mary Immaculate, F.H. v. ....	41
Royal Bank of Canada, Saulnier v. ....	166		

## TABLE DES JUGEMENTS

**Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.**

	PAGE		Page
<b>A</b>		<b>H</b>	
Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. ....	265	H.S.B., R. c. ....	32
<b>B</b>		<b>I</b>	
Banque Royale du Canada, Saulnier c. ....	166	Illes, R. c. ....	134
Barrette, Ciment du Saint-Laurent inc. c. ....	392		
BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976 ...	560	<b>J</b>	
<b>C</b>		J.F., R. c. ....	215
C. (R.) c. McDougall .....	41	<b>L</b>	
Caissey, R. c. ....	451	Lacroix, R. c. ....	509
Canada, F.H. c. ....	41	<b>M</b>	
Canada (Procureur général), Confédération des syndicats nationaux c. ....	511	M. (R.E.), R. c. ....	3
Canada (Procureur général), Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. ....	511	Mahalingan, R. c. ....	316
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette .....	392	McDougall, C. (R.) c. ....	41
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances .....	453	McDougall, F.H. c. ....	41
Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général) .....	511	McDougall, R.C. c. ....	41
<b>D</b>		Merrill Lynch Canada Inc., RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. ....	79
Détenteurs de débetures de 1976, BCE Inc. c. ...	560	<b>P</b>	
Dowe, R. c. ....	109	Pritchard, R. c. ....	195
<b>F</b>		<b>R</b>	
F. (J.), R. c. ....	215	R. c. Caissey .....	451
F.H. c. Canada .....	41	R. c. Dowe .....	109
F.H. c. McDougall .....	41	R. c. F. (J.) .....	215
F.H. c. The Order of the Oblates of Mary Immaculate .....	41	R. c. H.S.B. ....	32
		R. c. Illes .....	134

	PAGE		PAGE
R. c. J.F. ....	215	<b>S</b>	
R. c. Lacroix .....	509	Sanofi-Synthelabo Canada Inc., Apotex Inc. c. ....	265
R. c. M. (R.E.) .....	3	Saulnier c. Banque Royale du Canada .....	166
R. c. Mahalingan .....	316	Saulnier (Bankrupt), Re .....	166
R. c. Pritchard .....	195	Saulnier (Receiver of) c. Saulnier .....	166
R. c. R.E.M. ....	3	Saulnier, Saulnier (Receiver of) c. ....	166
R. c. Rojas .....	111	Solowan, R. c. ....	309
R. c. Solowan .....	309	Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. Canada (Procureur général).....	511
RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc. ....	79	<b>T</b>	
R.C. c. McDougall .....	41	The Order of the Oblates of Mary Immaculate, F.H. c. ....	41
R.E.M., R. c. ....	3		
Rojas, R. c. ....	111		
Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances, Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. ....	453		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	[2008] 1 S.C.R. 131, 2008 SCC 7 .....	543
820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd. ....	(1991), 3 B.L.R. (2d) 113 .....	590
<b>A</b>		
ABB Inc. v. Domtar Inc. ....	[2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733 .....	442
Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à) .....	[2007] Q.J. No. 16158 (QL), 2007 QCCS 6830 .....	616
Adecco Canada Inc. v. J. Ward Broome Ltd. ....	(2001), 12 B.L.R. (3d) 275 .....	595
Air-Rimouski Ltée v. Gagnon .....	[1952] C.S. 149 .....	410
Alberta Treasury Branches v. SevenWay Capital Corp. ....	(1999), 50 B.L.R. (2d) 294 .....	597
Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada .....	(2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 .....	480, 498
Allen v. Gulf Oil Refining Ltd. ....	[1981] 1 All E.R. 353 .....	440
Alnor Services Ltd. v. Sawyer .....	(1990), 31 C.C.E.L. 34 .....	97
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd. ....	[1978] 2 S.C.R. 229 .....	448
Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc. ....	[2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5 .....	290
Angle v. Minister of National Revenue .....	[1975] 2 S.C.R. 248 .....	341, 368
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. ....	[2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77 .....	304
Application of Tomlinson .....	363 F.2d 928 (1966) .....	289
Arseneault v. Société immobilière du Québec .....	[1997] Q.J. No. 4570 (QL) .....	434
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario .....	[1937] A.C. 355 .....	526
<b>B</b>		
B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co. ....	(1991), 79 D.L.R. (4th) 729 .....	478, 496
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	10
Bank of Montreal v. Bale .....	(1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114 .....	182
Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin .....	(1999), 170 D.L.R. (4th) 69 .....	97
Bater v. Bater .....	[1950] 2 All E.R. 458 .....	53
Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY .....	(1986), 8 C.P.R. (3d) 289 .....	277
Bennett, Re .....	(1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314 .....	188
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) .....	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44 .....	338
Bouchard v. Corp. Stone Consolidated .....	[1997] Q.J. No. 4574 (QL) .....	434
Boucher v. Stelco Inc. ....	[2005] 3 S.C.R. 279, 2005 SCC 64 .....	362
Bradbury v. English Sewing Cotton Co. ....	[1923] A.C. 744 .....	583
Bradford & Bingley Building Society v. Seddon .....	[1999] 1 W.L.R. 1482 .....	338
British and Foreign Marine Insurance Co. v. Gaunt .....	[1921] 2 A.C. 41 .....	492
British Columbia Packers Ltd. v. Sparrow .....	[1989] 4 C.N.L.R. 63 .....	183
Brodeur v. Choinière .....	[1945] C.S. 334 .....	410
Buston v. Canada .....	[1993] 2 C.T.C. 2720 .....	183

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>C</b>		
C.I.B.C. v. Marathon Realty Co .	[1987] 5 W.W.R. 236	180
Canada Paper Co. v. Brown	(1922), 63 S.C.R. 243	418
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592	97
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hallahan	(1990), 69 D.L.R. (4th) 449	182
Canadian Pacific Ltd. (Re)	(1990), 73 O.R. (2d) 212	617
Canadian Pacific Railway Co. v. Roy	[1902] A.C. 220	440
Canadian Western Bank v. Alberta	[2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22	529
Carey Canadian Mines Ltd. v. Plante	[1975] C.A. 893	439
Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.	[1965] S.C.R. 594	362
Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.	[1967] 1 A.C. 853	341
Christopoulos v. Restaurant Mazurka Inc.	[1998] R.R.A. 334	420
Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents	(1982), 65 C.P.R. (2d) 73	305
Cinar Corp. v. Shareholders of Cinar Corp.	(2004), 4 C.B.R. (5th) 163	617
Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) v. Porter	[2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843	100
Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire "Petit Train du Nord" v. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des)	[2005] R.J.Q. 116	434
Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin	(1984), 5 C.C.L.I. 94	478, 496
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	[1997] 1 S.C.R. 12	177
Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) v. Domfer Metal Powders Ltd.	[2006] Q.J. No. 13631 (QL)	425
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning	[1964] S.C.R. 49	274
Compagnie d'assurance Continental du Canada v. 136500 Canada inc.	[1998] R.R.A. 707	414
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	471, 491
Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.	[1982] 1 S.C.R. 164	54, 473
Corbett v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 275	259
Cornish v. Accident Insurance Co.	(1889), 23 Q.B.D. 453	491
CRC-Evans Canada Ltd. v. Pettifer	(1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294	97
Credit Suisse Canada v. 1133 Yonge Street Holdings Ltd.	(1998), 41 O.R. (3d) 632	180
Curateur public v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1990] R.J.Q. 359	448
<b>D</b>		
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	[2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44	363
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	[2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34	429
Deutsche Bank Canada v. Oxford Properties Group Inc.	(1998), 40 B.L.R. (2d) 302	597
Dicaire v. Chambly (Ville)	[2000] Q.J. No. 884 (QL)	434
Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.	(1976), 1 B.C.L.R. 36	589
Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario	(2001), 200 D.L.R. (4th) 289	595

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Driskell v. Dangerfield .....	[2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60 .....	162
Drysdale v. Dugas .....	(1896), 26 S.C.R. 20 .....	417
Dugas, Re .....	(2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200 .....	188
Duhamel v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 555 .....	345, 361
<b>E</b>		
E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application .....	[1982] F.S.R. 303 .....	281
Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd. ....	[1973] A.C. 360 .....	591
Elsley v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. ....	[1978] 2 S.C.R. 916 .....	98
Ernst & Young v. Stuart .....	[1993] 6 W.W.R. 245 .....	107
Eurig Estate (Re) .....	[1998] 2 S.C.R. 565 .....	547
<b>F</b>		
Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler .....	[1986] 1 All E.R. 617 .....	97
Faryna v. Chorny .....	[1952] 2 D.L.R. 354 .....	74
Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada .....	[2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30 .....	106
First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd. ....	(1988), 40 B.L.R. 28 .....	590
Foster (Re) .....	(1992), 89 D.L.R. (4th) 555 .....	186
Foundation Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co. ....	(1995), 25 O.R. (3d) 36 .....	471, 497
Foundation Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co. ....	[1997] O.J. No. 2332 (QL) .....	480
Free World Trust v. Électro Santé Inc. ....	[2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66 .....	277
<b>G</b>		
G. Slocombe & Associates Inc. v. Gold River Lodges Ltd. ....	(2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840 .....	189
GATX Corp. v. Hawker Siddeley Canada Inc. ....	(1996), 27 B.L.R. (2d) 251 .....	592
General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. ....	[1972] R.P.C. 457 .....	278
Gibbons v. Medical Carriers Ltd. ....	(2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229 .....	596
Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd. ....	[1935] S.C.R. 257 .....	10
Golden Images Management Ltd. v. Champers Enterprises Ltd. ....	[2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924 .....	100
Gourdeau v. Letellier de St-Just .....	[2002] R.J.Q. 1195 .....	426
Grdic v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 810 .....	325, 360
Gushue v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 798 .....	333, 368
<b>H</b>		
H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd. ....	[2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311 .....	290
H.F. v. Canada (Attorney General) .....	[2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325 .....	48
H.L. v. Canada (Attorney General) .....	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25 .....	25, 48

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hadley v. Baxendale .....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145 .....	87, 106
Halliburton Energy Services Inc. v. Smith International (North Sea) Ltd. ....	[2006] EWCA Civ 1715 (BAILII) .....	282
Hammersmith and City Railway Co. v. Brand .....	(1869), L.R. 4 H.L. 171 .....	440
Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co. ....	[1963] S.C.R. 154 .....	58
Harper v. Minister for Sea Fisheries .....	(1989), 168 C.L.R. 314 .....	184
Harper v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 2 .....	26
Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario) .....	(1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 .....	54
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board .....	[2007] 3 S.C.R. 129, 2007 SCC 41 .....	17
Hills v. Evans .....	(1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457 .....	279
Hitchens (Hatfield) Ltd. v. Prudential Assurance Co. ....	[1991] 2 Lloyd's Rep. 580 .....	479
Hollick v. Toronto (City) .....	[2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68 .....	446
Homeco Investments Ltd. v. Canadian General Insurance Co. ....	[1984] O.J. No. 920 (QL) .....	477
Houle v. Canadian National Bank .....	[1990] 3 S.C.R. 122 .....	410
Housen v. Nikolaisen .....	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33 .....	63
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1995] 3 S.C.R. 453 .....	179

## I

Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment) .....	[2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58 .....	432
Imperial Sheet Metal Ltd. v. Landry .....	(2007), 315 N.B.R. (2d) 328, 2007 NBCA 51 .....	98
In re B (Children) .....	[2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35 .....	55
In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof) .....	[1996] A.C. 563 .....	55
In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents .....	(1930), 47 R.P.C. 289 .....	273
In re O'Farrell .....	853 F.2d 894 (1988) .....	289

## J

Jenkins, Re .....	(1997), 32 C.B.R. (4th) 262 .....	178
Johns-Manville Corporation's Patent .....	[1967] R.P.C. 479 .....	290
Joliffe v. The Queen .....	[1986] 1 F.C. 511 .....	188

## K

Katz v. Reitz .....	[1973] C.A. 230 .....	419
Kelly v. Kelly .....	(1990), 92 A.L.R. 74 .....	184
Kerr v. Danier Leather Inc. ....	[2007] 3 S.C.R. 331, 2007 SCC 44 .....	585
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729 .....	224, 260, 354
Kier Construction Ltd. v. Royal Insurance (U.K.) Ltd. ....	(1992), 30 Con. L.R. 45 .....	479
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture) .....	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31 .....	529
Krug v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 255 .....	260
KSR International Co. v. Teleflex Inc. ....	127 S. Ct. 1727 (2007) .....	289
Kusy's Electric Ltd. v. Sullivan .....	(2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB 397 .....	100

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>L</b>		
Laforest v. Ciments du St-Laurent .....	[1974] C.S. 289 .....	440
Lakeland Development Co. v. Anglo Gibraltar Insurance Group .....	(1993), 10 C.L.R. (2d) 17 .....	477
Lapierre v. Quebec (Attorney General) .....	[1985] 1 S.C.R. 241 .....	420
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction .....	[1931] S.C.R. 357 .....	548
Leith v. Rosen Fuels Ltd. ....	(1984), 5 C.C.E.L. 184 .....	103
Lessard v. Dupont Beaudoin .....	[1997] R.D.I. 45 .....	410
Lyall v. 147250 Canada Ltd. ....	(1993), 106 D.L.R. (4th) 304 .....	597
<b>M</b>		
Macdonald v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 665 .....	6
Main v. Delcan Group Inc. ....	(1999), 47 B.L.R. (2d) 200 .....	592
Manchester Corporation v. Farnworth .....	[1930] A.C. 171 .....	440
Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp. ....	(1998), 42 O.R. (3d) 177 .....	585
Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	(2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44 .....	106
May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co. ....	(1950), 67 R.P.C. 23 .....	306
McIntosh v. Parent .....	[1924] 4 D.L.R. 420 .....	368
Mellon v. Federal Ins. Co. ....	14 F.2d 997 (1926) .....	505
Monarch Messenger Services Ltd. v. Houlding .....	(1984), 56 A.R. 147 .....	100
Monsanto Co. v. Commissioner of Patents .....	[1979] 2 S.C.R. 1108 .....	304
Morin v. Blais .....	[1977] 1 S.C.R. 570 .....	414
Muir v. Carter .....	(1889), 16 S.C.R. 473 .....	362
<b>N</b>		
Noël (Syndic) (Re) .....	[1994] Q.J. No. 978 (QL) .....	182
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera .....	[2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24 .....	491
<b>O</b>		
Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General) .....	[2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15 .....	548
Ouimette v. Canada (Procureur général) .....	[2002] R.J.Q. 1228 .....	439
<b>P</b>		
Pacifica Papers Inc. v. Johnstone .....	(2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069 .....	616
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759 .....	384
Parsons v. Standard Fire Insurance Co. ....	(1880), 5 S.C.R. 233 .....	472
Pennington v. McGovern .....	(1987), 45 S.A.S.R. 27 .....	184
Pense v. Northern Life Assurance Co. ....	(1907), 15 O.L.R. 131 .....	491
Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise .....	[2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68 .....	580



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
PetroKazakhstan Inc. v. Lukoil Overseas Kumkol B.V. ....	(2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789 .....	617
Poole-Pritchard Canadian Ltd. v. Underwriting Members of Lloyds...	(1969), 71 W.W.R. 684 .....	477
Pozzoli SPA v. BDMO SA.....	[2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588 .....	293
<b>Q</b>		
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand .....	[1996] 3 S.C.R. 211 .....	444
Queensland Government Railways v. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd. ....	[1969] 1 Lloyd's Rep. 214 .....	475, 490
<b>R</b>		
R (McCann) v. Crown Court at Manchester .....	[2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39 .....	54
R. v. Andrew .....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 301 .....	260
R. v. Arp .....	[1998] 3 S.C.R. 339 .....	346, 360
R. v. Aziz .....	[1995] 2 Cr. App. R. 478 .....	126
R. v. B. (L.) .....	(1997), 9 C.R. (5th) 38 .....	387
R. v. Baker .....	(2006), 209 C.C.C. (3d) 508 .....	223
R. v. Baskerville .....	[1916] 2 K.B. 658 .....	119
R. v. Beatty .....	[2008] 1 S.C.R. 49, 2008 SCC 5 .....	242
R. v. Bradley .....	(2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30 .....	209
R. v. Braich .....	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27 .....	15
R. v. Brown .....	(2000), 134 O.A.C. 151 .....	223
R. v. Burns .....	[1994] 1 S.C.R. 656 .....	22, 62
R. v. Chaplin .....	[1995] 1 S.C.R. 727 .....	162
R. v. Charlebois .....	[2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53 .....	146
R. v. Cheddesingh.....	[2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16.....	311
R. v. Couture .....	(1988), 27 Q.A.C. 205 .....	263
R. v. Creighton .....	[1993] 3 S.C.R. 3 .....	241
R. v. Cullen .....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 459 .....	377
R. v. D. (L.E.) .....	[1989] 2 S.C.R. 111 .....	389
R. v. David .....	(2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412 .....	127, 152
R. v. Dinardo .....	[2008] 1 S.C.R. 788, 2008 SCC 24 .....	17
R. v. Dixon .....	[1998] 1 S.C.R. 244 .....	147, 162
R. v. Dollan .....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 240 .....	211
R. v. Duncan .....	(1981), 73 Cr. App. R. 359 .....	116, 152
R. v. E. (A.) .....	(2000), 146 C.C.C. (3d) 449 .....	223
R. v. Fitze .....	(2000), 35 C.R. (5th) 114 .....	224
R. v. Fortier .....	(1998), 41 M.V.R. (3d) 221, 127 C.C.C. (3d) 217 .....	223
R. v. François .....	[1994] 2 S.C.R. 827 .....	259
R. v. G. (K.R.) .....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 268 .....	336, 377
R. v. Gagné .....	(1998), 131 C.C.C. (3d) 444 .....	162

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Gagnon .....	[2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17 .....	15, 69
R. v. Gladue.....	[1999] 1 S.C.R. 688.....	312
R. v. Gosset .....	[1993] 3 S.C.R. 76 .....	242
R. v. Gourgon .....	(1979), 19 C.R. (3d) 272 .....	210
R. v. Gratton .....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 462 .....	207
R. v. Gunning .....	[2005] 1 S.C.R. 627, 2005 SCC 27 .....	129
R. v. Handy .....	[2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56 ...	350, 386
R. v. Harbottle .....	[1993] 3 S.C.R. 306 .....	205
R. v. Harrison .....	(2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA	272
	.....	126
R. v. Hein .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 381 .....	211
R. v. Hodgson .....	[1998] 2 S.C.R. 449 .....	128
R. v. Hogan .....	[1974] 1 Q.B. 398 .....	365
R. v. Hughes .....	[1942] S.C.R. 517 .....	128
R. v. Humphrys .....	[1976] R.T.R. 339 .....	346, 365
R. v. Inhabitants of Audly .....	(1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448 .....	6
R. v. J.H.S. ....	[2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30 .....	73
R. v. J.R.B. ....	[2002] N.J. No. 296 (QL) .....	224
R. v. Jack .....	(1992), 70 C.C.C. (3d) 67 .....	162
R. v. Johnson .....	(2002), 166 C.C.C. (3d) 44 .....	211
R. v. Johnson .....	2007 CarswellOnt 7765 .....	224
R. v. Khan .....	[2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86 .....	146
R. v. Kimberley .....	(2001), 157 C.C.C. (3d) 129 .....	208
R. v. Kingsley .....	(1995), 105 C.C.C. (3d) 85 .....	208
R. v. Kirk .....	(2004), 188 C.C.C. (3d) 329 .....	387
R. v. Kirkness .....	[1990] 3 S.C.R. 74 .....	209
R. v. L. (J) .....	(2006), 204 C.C.C. (3d) 324 .....	223
R. v. L.M. ....	[2008] 2 S.C.R. 163, 2008 SCC 31 .....	311
R. v. Leblanc .....	(2001), 162 C.C.C. (3d) 74 .....	126
R. v. Lifchus .....	[1997] 3 S.C.R. 320 .....	58
R. v. Luxton .....	[1990] 2 S.C.R. 711 .....	205
R. v. Martineau .....	[1990] 2 S.C.R. 633 .....	206
R. v. McShannock .....	(1980), 55 C.C.C. (2d) 53 .....	234
R. v. Morin .....	[1988] 2 S.C.R. 345 .....	131, 349, 374
R. v. Morrissey .....	(1995), 22 O.R. (3d) 514 .....	12
R. v. Mullings .....	2005 CarswellOnt 3022 .....	207
R. v. Naglik .....	[1993] 3 S.C.R. 122 .....	222, 242
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	53
R. v. Oldford .....	(1999), 139 C.C.C. (3d) 288 .....	387
R. v. Ollis .....	[1900] 2 Q.B. 758 .....	345, 379
R. v. Palin .....	(1999), 41 M.V.R. (3d) 11, 135 C.C.C. (3d)	119
	.....	223
R. v. Paré .....	[1987] 2 S.C.R. 618 .....	205
R. v. Perciballi .....	(2001), 54 O.R. (3d) 346 .....	121
R. v. Perciballi.....	[2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51 .....	115
R. v. Pitre .....	(1991), 2 B.C.A.C. 186 .....	211
R. v. Pittiman .....	[2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9 .....	227, 234
R. v. Prince .....	[1986] 2 S.C.R. 480 .....	260
R. v. Provo .....	[1989] 2 S.C.R. 3 .....	224, 261
R. v. R.E.M. ....	[2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51 .....	34, 77

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. R.W.B. ....	(1993), 24 B.C.A.C. 1 .....	63
R. v. Regan .....	(1999), 131 C.C.C. (3d) 286 .....	351
R. v. Riddle .....	[1980] 1 S.C.R. 380 .....	362
R. v. Rojas .....	[2008] 3 S.C.R. 111, 2008 SCC 56 .....	160
R. v. Rulli .....	(1999), 134 C.C.C. (3d) 465 .....	336
R. v. Russell .....	[2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53 .....	205
R. v. Ryznar .....	[1986] 6 W.W.R. 210 .....	126
R. v. S. (P.L.) .....	[1991] 1 S.C.R. 909 .....	146
R. v. Samuels .....	(2005), 196 C.C.C. (3d) 403 .....	126
R. v. Sandhu .....	2005 CarswellOnt 8306 .....	209
R. v. Sharp .....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 428 .....	223
R. v. Sharp .....	[1988] 1 W.L.R. 7 .....	126
R. v. Sheppard .....	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26 .....	10, 76
R. v. Simon .....	(2001), 154 C.C.C. (3d) 562 .....	208
R. v. Simpson .....	[1988] 1 S.C.R. 3 .....	128
R. v. Skinner .....	[1998] 1 S.C.R. 298 .....	148
R. v. Stevens .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 518 .....	205
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326 .....	159
R. v. Strong .....	(1990), 60 C.C.C. (3d) 516 .....	208
R. v. Switzer .....	(1987), 32 C.C.C. (3d) 303 .....	260
R. v. T. (L.A.) .....	(1993), 14 O.R. (3d) 378 .....	162
R. v. Taillefer .....	[2003] 3 S.C.R. 307, 2003 SCC 70 .....	147, 162
R. v. Tremblay .....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 86 .....	207
R. v. Trochym .....	[2007] 1 S.C.R. 239, 2007 SCC 6 .....	146
R. v. Tutton .....	[1989] 1 S.C.R. 1392 .....	223
R. v. Van Rassel .....	[1990] 1 S.C.R. 225 .....	363
R. v. Verney .....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 363 .....	336, 377
R. v. W. (D.) .....	[1991] 1 S.C.R. 742 .....	17, 51
R. v. Walker .....	[2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34 .....	18, 76
R. v. Willock .....	(2006), 210 C.C.C. (3d) 60 .....	223
Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co. ....	[1891] 1 Ch. 213 .....	620
Re Celtic Extraction Ltd. ....	[2000] 2 W.L.R. 991 .....	189
Re Ferguson and Imax Systems Corp. ....	(1983), 150 D.L.R. (3d) 718 .....	596
Re Keho Holdings Ltd. and Noble .....	(1987), 38 D.L.R. (4th) 368 .....	590
Re National Trust Co. and Bouckhuyt .....	(1987), 61 O.R. (2d) 640 .....	182
Re Rae .....	[1995] B.C.C. 102 .....	186
Reference re Agricultural Products Marketing Act .....	[1978] 2 S.C.R. 1198 .....	547
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23 .....	[2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56 .....	522
Reference re The Employment and Social Insurance Act .....	[1936] S.C.R. 427 .....	527
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co. ....	[1993] 1 S.C.R. 252 .....	472
Research Capital Corp. v. Yorkton Securities Inc. ....	(2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957 .....	99
Restauronics Services Ltd. v. Forster .....	(2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA .....	130
.....	.....	100
Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. ....	506 A.2d 173 (1986) .....	598
Rizzo v. Hanover Insurance Co. ....	(1993), 14 O.R. (3d) 98 .....	375
Ryan v. Victoria (City) .....	[1999] 1 S.C.R. 201 .....	440

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>S</b>		
Saint-Gobain PAM SA v. Fusion Provida Ltd. ....	[2005] EWCA Civ 177 (BAILII) .....	292
Saskatoon Auction Mart Ltd. v. Finesse Holsteins .....	(1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67 .....	189
SCI Systems Inc. v. Gornitzki Thompson & Little Co. ....	(1997), 147 D.L.R. (4th) 300 .....	595
Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer .....	[1959] A.C. 324 .....	589
Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Willowbrook Homes (1964) Ltd. ....	[1980] I.L.R. ¶ 1-1236 .....	478, 495
Sirois v. Lévesque-Gagné .....	[1996] Q.J. No. 2669 (QL) .....	425
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	102
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec) .....	[1988] 2 S.C.R. 1015 .....	583
St-Louis v. Goulet .....	[1954] B.R. 185 .....	419
St-Pierre v. Daigle .....	[2007] Q.J. No. 1275 (QL), 2007 QCCS 705 .....	434
St. Anthony Seafoods Limited Partnership v. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture) .....	(2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59 .....	176
St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re) .....	[1998] O.J. No. 3934 (QL) .....	619
Stech v. Davies .....	[1987] 5 W.W.R. 563 .....	589
Stelco Inc., Re .....	(2006), 18 C.B.R. (5th) 173 .....	620
Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd. ....	[1956] S.C.R. 936 .....	473, 491
Sugarman (in trust) v. Duca Community Credit Union Ltd. ....	(1999), 44 O.R. (3d) 257 .....	186
Swift v. Dairywise Farms Ltd. ....	[2000] 1 W.L.R. 1177 .....	189
Swinburne v. David Syme & Co. ....	[1909] V.L.R. 550 .....	6
Synthon B.V. v. SmithKline Beecham plc .....	[2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59 ...	274
<b>T</b>		
The Queen in Right of British Columbia v. Tener .....	[1985] 1 S.C.R. 533 .....	183
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 S.C.R. 205 .....	586
Théâtre du Bois de Coulonge inc. v. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc. ....	[1993] R.R.A. 41 .....	439
Themadel Foundation v. Third Canadian Investment Trust Ltd. ....	(1995), 23 O.R. (3d) 7 .....	597
Thompson v. Masson .....	[2000] R.J.D.T. 1548 .....	447
Tock v. St. John's Metropolitan Area Board .....	[1989] 2 S.C.R. 1181 .....	440
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79 .....	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63 .....	344, 363
Townsend, Re .....	(2002), 32 C.B.R. (4th) 318 .....	178
Triple Five Corp. v. Simcoe & Erie Group .....	(1994), 159 A.R. 1 .....	505
Trizec Corp., Re .....	(1994), 21 Alta. L.R. (3d) 435 .....	615
Tsui v. International Capital Corp. ....	[1993] 4 W.W.R. 613 .....	597
<b>U</b>		
Union commerciale Compagnie d'assurance v. Giguère .....	[1996] R.R.A. 286 .....	414
United States v. Forness .....	125 F.2d 928 (1942) .....	11
Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. ....	493 A.2d 946 (1985) .....	599
UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc. ....	(2002), 214 D.L.R. (4th) 496 .....	621

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>V</b>		
Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs) .....	[2008] 1 F.C.R. 641, 2007 FCA 247 .....	191
Vetrovec v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 811 .....	115, 154
<b>W</b>		
Wallace v. United Grain Growers Ltd. ....	[1997] 3 S.C.R. 701 .....	102
Ward (Bankrupt), Re .....	(2000), 229 N.B.R. (2d) 121 .....	188
Waryk v. Bank of Montreal .....	(1991), 85 D.L.R. (4th) 514 .....	183
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1999] 3 S.C.R. 134 .....	543
Westcan Bulk Transport Ltd. v. Stewart .....	(2005), 373 A.R. 236, 2005 ABQB 97 .....	103
Westfair Foods Ltd. v. Watt .....	(1991), 79 D.L.R. (4th) 48 .....	590
Whirlpool Corp. v. Camco Inc. ....	[2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67 .....	301
Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd. ....	[1985] R.P.C. 59 .....	293
Wobben v. Vestas-Celtic Wind Technology Ltd. ....	[2007] EWHC 2636 (BAILII) .....	283
Wright v. Donald S. Montgomery Holdings Ltd. ....	(1998), 39 B.L.R. (2d) 266 .....	590
Wright v. The Queen .....	[1963] S.C.R. 539 .....	362
<b>Y</b>		
YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown .....	[1989] 1 S.C.R. 1532 .....	535
<b>Z</b>		
Zurich Insurance Co. v. 686234 Ontario Ltd. ....	(2002), 62 O.R. (3d) 447 .....	472
Zwicker v. Stanbury .....	[1953] 2 S.C.R. 438 .....	583

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général) .....	[2008] 1 R.C.S. 131, 2008 CSC 7 .....	543
820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd. ....	(1991), 3 B.L.R. (2d) 113 .....	590

### A

ABB Inc. c. Domtar Inc. ....	[2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733 .....	442
Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à) .....	[2007] J.Q. n° 16158 (QL), 2007 QCCS 6830 .....	616
Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd. ....	(2001), 12 B.L.R. (3d) 275 .....	595
Air-Rimouski Ltée c. Gagnon .....	[1952] C.S. 149 .....	410
Alberta Treasury Branches c. SevenWay Capital Corp. ....	(1999), 50 B.L.R. (2d) 294 .....	597
Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada .....	(2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 .....	480, 498
Allen c. Gulf Oil Refining Ltd. ....	[1981] 1 All E.R. 353 .....	440
Alnor Services Ltd. c. Sawyer .....	(1990), 31 C.C.E.L. 34 .....	97
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd. ....	[1978] 2 R.C.S. 229 .....	448
Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc. ....	[2007] R.P.C. 20 (p. 487), [2007] EWCA Civ 5 .....	290
Angle c. Ministre du Revenu national .....	[1975] 2 R.C.S. 248 .....	341, 368
Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd. ....	[2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77 .....	304
Application of Tomlinson .....	363 F.2d 928 (1966) .....	289
Arseneault c. Société immobilière du Québec .....	[1997] J.Q. n° 4570 (QL) .....	434
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario .....	[1937] A.C. 355 .....	526

### B

B.C. Rail Ltd. c. American Home Assurance Co. ....	(1991), 79 D.L.R. (4th) 729 .....	478, 496
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ....	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	10
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture) .....	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31 .....	529
Bank of Montreal c. Bale .....	(1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 114 .....	182
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta .....	[2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22 .....	529
Barton Insurance Brokers Ltd. c. Irwin .....	(1999), 170 D.L.R. (4th) 69 .....	97
Bater c. Bater .....	[1950] 2 All E.R. 458 .....	53
Beloit Canada Ltée c. Valmet OY .....	[1986] A.C.F. n° 87 (QL) .....	277
Bennett, Re .....	(1988), 67 C.B.R. (N.S.) 314 .....	188
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission) .....	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44 .....	338
Bouchard c. Corp. Stone Consolidated .....	[1997] J.Q. n° 4574 (QL) .....	434
Boucher c. Stelco Inc. ....	[2005] 3 R.C.S. 279, 2005 CSC 64 .....	362
Bradbury c. English Sewing Cotton Co. ....	[1923] A.C. 744 .....	583
Bradford & Bingley Building Society c. Seddon .....	[1999] 1 W.L.R. 1482 .....	338
British and Foreign Marine Insurance Co. c. Gaunt .....	[1921] 2 A.C. 41 .....	492
British Columbia Packers Ltd. c. Sparrow .....	[1989] 4 C.N.L.R. 63 .....	183

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Brodeur c. Choinière .....	[1945] C.S. 334 .....	410
Buston c. Canada .....	[1993] A.C.I. n° 426 (QL) .....	183
<b>C</b>		
C.I.B.C. c. Marathon Realty Co. ....	[1987] 5 W.W.R. 236 .....	180
Canada Paper Co. c. Brown .....	(1922), 63 R.C.S. 243 .....	418
Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley .....	[1974] R.C.S. 592 .....	97
Canadian Imperial Bank of Commerce c. Hallahan .....	(1990), 69 D.L.R. (4th) 449 .....	182
Canadian Pacific Ltd. (Re) .....	(1990), 73 O.R. (2d) 212 .....	617
Canadian Pacific Railway Co. c. Roy .....	[1902] A.C. 220 .....	440
Carey Canadian Mines Ltd. c. Plante .....	[1975] C.A. 893 .....	439
Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd. ....	[1965] R.C.S. 594 .....	362
Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. ....	[1967] 1 A.C. 853 .....	341
Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc. ....	[1998] R.R.A. 334 .....	420
Ciba-Geigy AG c. Canada (Commissaire des brevets) .....	[1982] A.C.F. n° 425 (QL) .....	305
Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement) .....	[2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58 .....	432
Cinar Corp. c. Shareholders of Cinar Corp. ....	(2004), 4 C.B.R. (5th) 163 .....	617
Cinema Internet Networks Inc. (c.o.b. Cinemaworks) c. Porter .....	[2006] B.C.J. No. 3200 (QL), 2006 BCSC 1843 .....	100
Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de Comté des) .....	[2005] R.J.Q. 116 .....	434
Collavino Inc. c. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin .....	(1984), 5 C.C.L.I. 94 .....	478, 496
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) .....	[1997] 1 R.C.S. 12 .....	177
Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) c. Domfer Poudres métalliques ltée .....	[2006] R.R.A. 854 .....	425
Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning .....	[1964] R.C.S. 49 .....	274
Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc. ....	[1998] R.R.A. 707 .....	414
Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co. ....	[1982] 1 R.C.S. 164 .....	54, 473
Corbett c. La Reine .....	[1975] 2 R.C.S. 275 .....	259
Cornish c. Accident Insurance Co. ....	(1889), 23 Q.B.D. 453 .....	491
CRC-Evans Canada Ltd. c. Pettifer .....	(1997), 26 C.C.E.L. (2d) 294 .....	97
Credit Suisse Canada c. 1133 Yonge Street Holdings Ltd. ....	(1998), 41 O.R. (3d) 632 .....	180
Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand .....	[1990] R.J.Q. 359 .....	448
<b>D</b>		
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc. ....	[2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44 .....	363
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs .....	[2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34 .....	429
Deutsche Bank Canada c. Oxford Properties Group Inc. ....	(1998), 40 B.L.R. (2d) 302 .....	597
Dicaire c. Chambly (Ville) .....	[2000] J.Q. n° 884 (QL) .....	434
Diligenti c. RWMD Operations Kelowna Ltd. ....	(1976), 1 B.C.L.R. 36 .....	589

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario .....	(2001), 200 D.L.R. (4th) 289 .....	595
Driskell c. Dangerfield .....	[2008] 6 W.W.R. 615, 2008 MBCA 60 .....	162
Drysdale c. Dugas .....	(1896), 26 R.C.S. 20 .....	417
Dugas, Re .....	(2004), 50 C.B.R. (4th) 200, 2004 NBQB 200 .....	188
Duhamel c. La Reine .....	[1984] 2 R.C.S. 555 .....	345, 361
<b>E</b>		
E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application .....	[1982] F.S.R. 303 .....	281
Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd. ....	[1973] A.C. 360 .....	591
Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. ....	[1978] 2 R.C.S. 916 .....	98
Ernst & Young c. Stuart .....	[1993] 6 W.W.R. 245 .....	107
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. ....	[1980] 1 R.C.S. 888 .....	471, 491
<b>F</b>		
Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler .....	[1986] 1 All E.R. 617 .....	97
Faryna c. Chorny .....	[1952] 2 D.L.R. 354 .....	74
Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie .....	[2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30 .....	106
First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd. ....	(1988), 40 B.L.R. 28 .....	590
Foster (Re) .....	(1992), 89 D.L.R. (4th) 555 .....	186
Foundation Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co. ....	(1995), 25 O.R. (3d) 36 .....	471, 497
Foundation Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co. ....	[1997] O.J. No. 2332 (QL) .....	480
Free World Trust c. Électro Santé Inc. ....	[2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66 .....	277
<b>G</b>		
G. Slocombe & Associates Inc. c. Gold River Lodges Ltd. ....	(2001), 2 P.P.S.A.C. (3d) 324, 2001 BCSC 840 .....	189
GATX Corp. c. Hawker Siddeley Canada Inc. ....	(1996), 27 B.L.R. (2d) 251 .....	592
General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co. ....	[1972] R.P.C. 457 .....	278
Gibbons c. Medical Carriers Ltd. ....	(2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229 .....	596
Glennie c. McD. & C. Holdings Ltd. ....	[1935] R.C.S. 257 .....	10
Golden Images Management Ltd. c. Champers Enterprises Ltd. ....	[2001] B.C.J. No. 1308 (QL), 2001 BCSC 924 .....	100
Gourdeau c. Letellier de St-Just .....	[2002] R.J.Q. 1195 .....	426
Grdic c. La Reine .....	[1985] 1 R.C.S. 810 .....	325, 360
Gushue c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 798 .....	333, 368
<b>H</b>		
H. Lundbeck A/S c. Generics (UK) Ltd. ....	[2008] R.P.C. 19 (p. 437), [2008] EWCA Civ 311 .....	290
H.F. c. Canada (Attorney General) .....	[2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325 .....	48
H.L. c. Canada (Procureur général) .....	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25 .....	25, 48



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Hadley c. Baxendale .....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145 .....	87, 106
Halliburton Energy Services Inc. c. Smith International (North Sea) Ltd. ....	[2006] EWCA Civ 1715 (BAILII) .....	282
Hammersmith and City Railway Co. c. Brand .....	(1869), L.R. 4 H.L. 171 .....	440
Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co. ....	[1963] R.C.S. 154 .....	58
Harper c. La Reine .....	[1982] 1 R.C.S. 2 .....	26
Harper c. Minister for Sea Fisheries .....	(1989), 168 C.L.R. 314 .....	184
Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario) .....	(1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 .....	54
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth .....	[2007] 3 R.C.S. 129, 2007 CSC 41 .....	17
Hills c. Evans .....	(1862), 31 L.J. Ch. (N.S.) 457 .....	279
Hitchens (Hatfield) Ltd. c. Prudential Assurance Co. ....	[1991] 2 Lloyd's Rep. 580 .....	479
Hollick c. Toronto (Ville) .....	[2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68 .....	446
Homeco Investments Ltd. c. Canadian General Insurance Co. ....	[1984] O.J. No. 920 (QL) .....	477
Houle c. Banque Canadienne Nationale .....	[1990] 3 R.C.S. 122 .....	410
Housen c. Nikolaisen .....	[2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33 .....	63
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national .....	[1995] 3 R.C.S. 453 .....	179
<b>I</b>		
Imperial Sheet Metal Ltd. c. Landry .....	(2007), 315 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 328, 2007 NBCA 51 .....	98
In re B (Children) .....	[2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35 .....	55
In re H. (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof) .....	[1996] A.C. 563 .....	55
In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents .....	(1930), 47 R.P.C. 289 .....	273
In re O'Farrell .....	853 F.2d 894 (1988) .....	289
<b>J</b>		
Jenkins, Re .....	(1997), 32 C.B.R. (4th) 262 .....	178
Johns-Manville Corporation's Patent .....	[1967] R.P.C. 479 .....	290
Joliffe c. La Reine .....	[1986] 1 C.F. 511 .....	188
<b>K</b>		
Katz c. Reitz .....	[1973] C.A. 230 .....	419
Kelly c. Kelly .....	(1990), 92 A.L.R. 74 .....	184
Kerr c. Danier Leather Inc. ....	[2007] 3 R.C.S. 331, 2007 CSC 44 .....	585
Kienapple c. La Reine .....	[1975] 1 R.C.S. 729 .....	224, 260, 354
Kier Construction Ltd. c. Royal Insurance (U.K.) Ltd. ....	(1992), 30 Con. L.R. 45 .....	479
Krug c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 255 .....	260
KSR International Co. c. Teleflex Inc. ....	127 S. Ct. 1727 (2007) .....	289
Kusy's Electric Ltd. c. Sullivan .....	(2007), 305 Sask. R. 210, 2007 SKQB .....	397
		100
<b>L</b>		
La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener .....	[1985] 1 R.C.S. 533 .....	183
La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 R.C.S. 205 .....	586

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Laforest c. Ciments du St-Laurent .....	[1974] C.S. 289 .....	440
Lakeland Development Co. c. Anglo Gibraltar Insurance Group .....	(1993), 10 C.L.R. (2d) 17 .....	477
Lapierre c. Québec (Procureur général) .....	[1985] 1 R.C.S. 241 .....	420
Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction .....	[1931] R.C.S. 357 .....	548
Leith c. Rosen Fuels Ltd. ....	(1984), 5 C.C.E.L. 184 .....	103
Lessard c. Dupont Beaudoin .....	[1997] R.D.I. 45 .....	410
Lyall c. 147250 Canada Ltd. ....	(1993), 106 D.L.R. (4th) 304 .....	597
<b>M</b>		
Macdonald c. La Reine .....	[1977] 2 R.C.S. 665 .....	6
Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise .....	[2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68 .....	580
Main c. Delcan Group Inc. ....	(1999), 47 B.L.R. (2d) 200 .....	592
Manchester Corporation c. Farnworth .....	[1930] A.C. 171 .....	440
Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp. ....	(1998), 42 O.R. (3d) 177 .....	585
Matheson (D.W.) & Sons Contracting Ltd. c. Canada (Attorney General) .....	(2000), 187 N.S.R. (2d) 62, 2000 NSCA 44 .....	106
May & Baker Ltd. c. Boots Pure Drug Co. ....	(1950), 67 R.P.C. 23 .....	306
McIntosh c. Parent .....	[1924] 4 D.L.R. 420 .....	368
Mellon c. Federal Ins. Co. ....	14 F.2d 997 (1926) .....	505
Monarch Messenger Services Ltd. c. Houlding .....	(1984), 56 A.R. 147 .....	100
Monsanto Co. c. Commissaire des brevets .....	[1979] 2 R.C.S. 1108 .....	304
Morin c. Blais .....	[1977] 1 R.C.S. 570 .....	414
Muir c. Carter .....	(1889), 16 R.C.S. 473 .....	362
<b>N</b>		
Noël (Syndic) (Re) .....	[1994] J.Q. n <sup>o</sup> 978 (QL) .....	182
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera .....	[2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24 .....	491
<b>O</b>		
Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général) .....	[2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15 .....	548
Ouimette c. Canada (Procureur général) .....	[2002] R.J.Q. 1228 .....	439
<b>P</b>		
Pacifica Papers Inc. c. Johnstone .....	(2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069 .....	616
Palmer c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 759 .....	384
Parsons c. Standard Fire Insurance Co. ....	(1880), 5 R.C.S. 233 .....	472
Pennington c. McGovern .....	(1987), 45 S.A.S.R. 27 .....	184
Pense c. Northern Life Assurance Co. ....	(1907), 15 O.L.R. 131 .....	491
PetroKazakhstan Inc. c. Lukoil Overseas Kumkol B.V. ....	(2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789 .....	617

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Poole-Pritchard Canadian Ltd. c. Underwriting Members of Lloyds .....	(1969), 71 W.W.R. 684 .....	477
Pozzoli SPA c. BDMO SA.....	[2007] F.S.R. 37 (p. 872), [2007] EWCA Civ 588 .....	293
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1999] 3 R.C.S. 134 .....	543
<b>Q</b>		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand .....	[1996] 3 R.C.S. 211 .....	444
Queensland Government Railways c. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd. ....	[1969] 1 Lloyd's Rep. 214 .....	475, 490
<b>R</b>		
R (McCann) c. Crown Court at Manchester .....	[2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39 .....	54
R. c. Andrew .....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 301 .....	260
R. c. Arp .....	[1998] 3 R.C.S. 339 .....	346, 360
R. c. Aziz .....	[1995] 2 Cr. App. R. 478 .....	126
R. c. B. (L.) .....	(1997), 9 C.R. (5th) 38 .....	387
R. c. Baker .....	(2006), 209 C.C.C. (3d) 508 .....	223
R. c. Baskerville .....	[1916] 2 K.B. 658 .....	119
R. c. Beatty .....	[2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5 .....	242
R. c. Bradley .....	(2003), 223 Nfld. & P.E.I.R. 225, 2003 PESCTD 30 .....	209
R. c. Braich .....	[2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27 .....	15
R. c. Brown .....	(2000), 134 O.A.C. 151 .....	223
R. c. Burns .....	[1994] 1 R.C.S. 656 .....	22, 62
R. c. Chaplin .....	[1995] 1 R.C.S. 727 .....	162
R. c. Charlebois .....	[2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53 .....	146
R. c. Cheddesingh .....	[2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16 .....	311
R. c. Couture .....	(1988), 27 Q.A.C. 205 .....	263
R. c. Creighton .....	[1993] 3 R.C.S. 3 .....	241
R. c. Cullen .....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 459 .....	377
R. c. D. (L.E.) .....	[1989] 2 R.C.S. 111 .....	389
R. c. David .....	(2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412 .....	127, 152
R. c. Dinardo .....	[2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24 .....	17
R. c. Dixon .....	[1998] 1 R.C.S. 244 .....	147, 162
R. c. Dollan .....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 240 .....	211
R. c. Duncan .....	(1981), 73 Cr. App. R. 359 .....	116, 152
R. c. E. (A.) .....	(2000), 146 C.C.C. (3d) 449 .....	223
R. c. Fitze .....	(2000), 35 C.R. (5th) 114 .....	224
R. c. Fortier .....	(1998), 41 M.V.R. (3d) 221 .....	223
R. c. François .....	[1994] 2 R.C.S. 827 .....	259
R. c. G. (K.R.) .....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 268 .....	336, 377
R. c. Gagné .....	[1998] J.Q. n° 3240 (QL) .....	162

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Gagnon .....	[2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17 .....	15, 69
R. c. Gladue .....	[1999] 1 R.C.S. 688 .....	312
R. c. Gosset .....	[1993] 3 R.C.S. 76 .....	242
R. c. Gourgon .....	(1979), 19 C.R. (3d) 272 .....	210
R. c. Gratton .....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 462 .....	207
R. c. Gunning .....	[2005] 1 R.C.S. 627, 2005 CSC 27 .....	129
R. c. Handy .....	[2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56 ....	350, 386
R. c. Harbottle .....	[1993] 3 R.C.S. 306 .....	205
R. c. Harrison .....	(2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272 .....	126
R. c. Hein .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 381 .....	211
R. c. Hodgson .....	[1998] 2 R.C.S. 449 .....	128
R. c. Hogan .....	[1974] 1 Q.B. 398 .....	365
R. c. Hughes .....	[1942] R.C.S. 517 .....	128
R. c. Humphrys .....	[1976] R.T.R. 339 .....	345, 365
R. c. Inhabitants of Audly .....	(1699), 2 Salk. 526, 91 E.R. 448 .....	6
R. c. J.H.S. ....	[2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30 .....	73
R. c. J.R.B. ....	[2002] N.J. No. 296 (QL) .....	224
R. c. Jack .....	(1992), 70 C.C.C. (3d) 67 .....	162
R. c. Johnson .....	(2002), 166 C.C.C. (3d) 44 .....	211
R. c. Johnson .....	2007 CarswellOnt 7765 .....	224
R. c. Khan .....	[2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86 .....	146
R. c. Kimberley .....	(2001), 157 C.C.C. (3d) 129 .....	208
R. c. Kingsley .....	[1995] J.Q. n <sup>o</sup> 1325 (QL) .....	208
R. c. Kirk .....	(2004), 188 C.C.C. (3d) 329 .....	387
R. c. Kirkness .....	[1990] 3 R.C.S. 74 .....	209
R. c. L. (J) .....	(2006), 204 C.C.C. (3d) 324 .....	223
R. c. L.M. ....	[2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31 .....	311
R. c. Leblanc .....	(2001), 162 C.C.C. (3d) 74 .....	126
R. c. Lifchus .....	[1997] 3 R.C.S. 320 .....	58
R. c. Luxton .....	[1990] 2 R.C.S. 711 .....	205
R. c. Martineau .....	[1990] 2 R.C.S. 633 .....	206
R. c. McShannock .....	(1980), 55 C.C.C. (2d) 53 .....	234
R. c. Morin .....	[1988] 2 R.C.S. 345 .....	131, 349, 374
R. c. Morrissey .....	(1995), 22 O.R. (3d) 514 .....	12
R. c. Mullings .....	2005 CarswellOnt 3022 .....	207
R. c. Naglik .....	[1993] 3 R.C.S. 122 .....	222, 242
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	53
R. c. Oldford .....	(1999), 139 C.C.C. (3d) 288 .....	387
R. c. Ollis .....	[1900] 2 Q.B. 758 .....	345, 379
R. c. Palin .....	(1999), 41 M.V.R. (3d) 11 .....	223
R. c. Paré .....	[1987] 2 R.C.S. 618 .....	205
R. c. Perciballi .....	(2001), 54 O.R. (3d) 346 .....	122
R. c. Perciballi.....	[2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51 .....	115
R. c. Pitre .....	(1991), 2 B.C.A.C. 186 .....	211
R. c. Pittiman .....	[2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9 .....	227, 234
R. c. Prince .....	[1986] 2 R.C.S. 480 .....	260
R. c. Provo .....	[1989] 2 R.C.S. 3 .....	224, 261
R. c. R.E.M. ....	[2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51 .....	34, 77

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. R.W.B. ....	(1993), 24 B.C.A.C. 1 .....	63
R. c. Regan .....	(1999), 131 C.C.C. (3d) 286 .....	351
R. c. Riddle .....	[1980] 1 R.C.S. 380 .....	362
R. c. Rojas .....	[2008] 3 R.C.S. 111, 2008 CSC 56 .....	160
R. c. Rulli .....	(1999), 134 C.C.C. (3d) 465 .....	336
R. c. Russell .....	[2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53 .....	205
R. c. Ryznar .....	[1986] 6 W.W.R. 210 .....	126
R. c. S. (P.L.) .....	[1991] 1 R.C.S. 909 .....	146
R. c. Samuels .....	(2005), 196 C.C.C. (3d) 403 .....	126
R. c. Sandhu .....	2005 CarswellOnt 8306 .....	209
R. c. Sharp .....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 428 .....	223
R. c. Sharp .....	[1988] 1 W.L.R. 7 .....	126
R. c. Sheppard .....	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26 .....	10, 76
R. c. Simon .....	[2001] J.Q. n° 1328 (QL) .....	208
R. c. Simpson .....	[1988] 1 R.C.S. 3 .....	128
R. c. Skinner .....	[1998] 1 R.C.S. 298 .....	148
R. c. Stevens .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 518 .....	205
R. c. Stinchcombe .....	[1991] 3 R.C.S. 326 .....	159
R. c. Strong .....	(1990), 60 C.C.C. (3d) 516 .....	208
R. c. Switzer .....	(1987), 32 C.C.C. (3d) 303 .....	260
R. c. T. (L.A.) .....	(1993), 14 O.R. (3d) 378 .....	162
R. c. Taillefer .....	[2003] 3 R.C.S. 307, 2003 CSC 70 .....	147, 162
R. c. Tremblay .....	[1997] J.Q. n° 1816 (QL) .....	207
R. c. Trochym .....	[2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6 .....	146
R. c. Tutton .....	[1989] 1 R.C.S. 1392 .....	223
R. c. Van Rassel .....	[1990] 1 R.C.S. 225 .....	363
R. c. Verney .....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 363 .....	336, 377
R. c. W. (D.) .....	[1991] 1 R.C.S. 742 .....	17, 51
R. c. Walker .....	[2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34 .....	18, 76
R. c. Willock .....	(2006), 210 C.C.C. (3d) 60 .....	223
Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co. ....	[1891] 1 Ch. 213 .....	620
Re Celtic Extraction Ltd. ....	[2000] 2 W.L.R. 991 .....	189
Re Ferguson and Imax Systems Corp. ....	(1983), 150 D.L.R. (3d) 718 .....	596
Re Keho Holdings Ltd. and Noble .....	(1987), 38 D.L.R. (4th) 368 .....	590
Re National Trust Co. and Bouckhuyt .....	(1987), 61 O.R. (2d) 640 .....	182
Re Rae .....	[1995] B.C.C. 102 .....	186
Reference re The Employment and Social Insurance Act .....	[1936] R.C.S. 427 .....	527
Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co. ....	[1993] 1 R.C.S. 252 .....	472
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23 .....	[2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56 .....	522
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles .....	[1978] 2 R.C.S. 1198 .....	547
Research Capital Corp. c. Yorkton Securities Inc. ....	(2002), 329 A.R. 190, 2002 ABQB 957 .....	99
Restauronics Services Ltd. c. Forster .....	(2004), 239 D.L.R. (4th) 98, 2004 BCCA 130 .....	100
Revlon, Inc. c. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. ....	506 A.2d 173 (1986) .....	599
Rizzo c. Hanover Insurance Co. ....	(1993), 14 O.R. (3d) 98 .....	375
Ryan c. Victoria (Ville) .....	[1999] 1 R.C.S. 201 .....	440

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>S</b>		
Saint-Gobain PAM SA c. Fusion Provida Ltd. ....	[2005] EWCA Civ 177 (BAILII) .....	292
Saskatoon Auction Mart Ltd. c. Finesse Holsteins .....	(1992), 4 P.P.S.A.C. (2d) 67 .....	189
SCI Systems Inc. c. Gornitzki Thompson & Little Co. ....	(1997), 147 D.L.R. (4th) 300 .....	595
Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. c. Meyer .....	[1959] A.C. 324 .....	589
Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Willowbrook Homes (1964) Ltd. ....	[1980] I.L.R. ¶ 1-1236 .....	478, 495
Sirois c. Lévesque-Gagné .....	[1996] J.Q. n° 2669 (QL) .....	425
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	102
Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec) .....	[1988] 2 R.C.S. 1015 .....	583
St-Louis c. Goulet .....	[1954] B.R. 185 .....	419
St-Pierre c. Daigle .....	[2007] J.Q. n° 1275 (QL), 2007 QCCS .....	705
	.....	434
St. Anthony Seafoods Limited Partnership c. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture) .....	(2004), 245 D.L.R. (4th) 597, 2004 NLCA 59 .....	176
St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re) .....	[1998] O.J. No. 3934 (QL) .....	619
Stech c. Davies .....	[1987] 5 W.W.R. 563 .....	589
Stelco Inc., Re .....	(2006), 18 C.B.R. (5th) 173 .....	620
Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd. ....	[1956] R.C.S. 936 .....	472, 491
Succession Eurig (Re) .....	[1998] 2 R.C.S. 565 .....	547
Sugarman (in trust) c. Duca Community Credit Union Ltd. ....	(1999), 44 O.R. (3d) 257 .....	186
Swift c. Dairywise Farms Ltd. ....	[2000] 1 W.L.R. 1177 .....	189
Swinburne c. David Syme & Co. ....	[1909] V.L.R. 550 .....	6
Synthon B.V. c. SmithKline Beecham plc.....	[2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59 ...	274
<b>T</b>		
Théâtre du Bois de Coulonge inc. c. Société nationale des québécois et des québécoises de la Capitale inc. ....	[1993] R.R.A. 41 .....	439
Themadel Foundation c. Third Canadian Investment Trust Ltd. ....	(1995), 23 O.R. (3d) 7 .....	597
Thompson c. Masson .....	[2000] R.J.D.T. 1548 .....	447
Toock c. St. John's Metropolitan Area Board .....	[1989] 2 R.C.S. 1181 .....	440
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 .....	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63 .....	344, 363
Townsend, Re .....	(2002), 32 C.B.R. (4th) 318 .....	178
Triple Five Corp. c. Simcoe & Erie Group .....	(1994), 159 A.R. 1 .....	505
Trizec Corp., Re .....	(1994), 21 Alta. L.R. (3d) 435 .....	615
Tsui c. International Capital Corp. ....	[1993] 4 W.W.R. 613 .....	597
<b>U</b>		
Union commerciale Compagnie d'assurance c. Giguère .....	[1996] R.R.A. 286 .....	414
United States c. Forness .....	125 F.2d 928 (1942) .....	11
Unocal Corp. c. Mesa Petroleum Co. ....	493 A.2d 946 (1985) .....	599
UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc. ....	(2002), 214 D.L.R. (4th) 496 .....	621

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>V</b>		
Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères) .....	[2008] 1 R.C.F. 641, 2007 CAF 247 .....	191
Vetrovec c. La Reine .....	[1982] 1 R.C.S. 811 .....	115, 154
<b>W</b>		
Wallace c. United Grain Growers Ltd. ....	[1997] 3 R.C.S. 701 .....	102
Ward (Bankrupt), Re .....	(2000), 229 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 121 .....	188
Waryk c. Bank of Montreal .....	(1991), 85 D.L.R. (4th) 514 .....	183
Westcan Bulk Transport Ltd. c. Stewart .....	(2005), 373 A.R. 236, 2005 ABQB 97 .....	103
Westfair Foods Ltd. c. Watt .....	(1991), 79 D.L.R. (4th) 48 .....	590
Whirlpool Corp. c. Camco Inc. ....	[2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67 .....	301
Windsurfing International Inc. c. Tabur Marine (Great Britain) Ltd. ....	[1985] R.P.C. 59 .....	293
Wobben c. Vestas-Celtic Wind Technology Ltd. ....	[2007] EWHC 2636 (BAILII) .....	283
Wright c. Donald S. Montgomery Holdings Ltd. ....	(1998), 39 B.L.R. (2d) 266 .....	590
Wright c. The Queen .....	[1963] R.C.S. 539 .....	362
<b>Y</b>		
YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown .....	[1989] 1 R.C.S. 1532 .....	535
<b>Z</b>		
Zurich Insurance Co. c. 686234 Ontario Ltd. ....	(2002), 62 O.R. (3d) 447 .....	472
Zwicker c. Stanbury .....	[1953] 2 R.C.S. 438 .....	583

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>B</b>		<b>E</b>	
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		<i>Employment Insurance Act</i> , S.C. 1996, c. 23	
s. 2 “property” .....	166	s. 24 .....	511
<b>C</b>		s. 25 .....	511
<i>Canada Business Corporations Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-44		ss. 56 to 65.2 .....	511
s. 122 .....	560	ss. 66 to 66.3 .....	511
s. 192 .....	560	s. 66.1 .....	511
s. 241 .....	560	s. 66.3 .....	511
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		s. 72 .....	511
art. 2896 .....	392	s. 73 .....	511
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 75 .....	511
s. 53 .....	511	s. 77 .....	511
s. 91(2A) .....	511	s. 109(c) .....	511
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		s. 135(2) .....	511
s. 231(5) .....	195	<b>P</b>	
s. 279(2) .....	195	<i>Personal Property Security Act</i> , S.N.S. 1995-96, c. 13	
s. 718.1 .....	309	s. 2(w) .....	166
s. 787(1) .....	309	s. 2(ad) .....	166





## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		<i>Loi sur l'assurance-emploi</i> , L.C. 1996, ch. 23	
art. 2896 .....	392	art. 24 .....	511
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 25 .....	511
art. 231(5) .....	195	art. 56 à 65.2 .....	511
art. 279(2) .....	195	art. 66 à 66.3 .....	511
art. 718.1 .....	309	art. 66.1 .....	511
art. 787(1) .....	309	art. 66.3 .....	511
<b>L</b>			
<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> , L.R.C. 1985, ch. C-44		art. 72 .....	511
art. 122 .....	560	art. 73 .....	511
art. 192 .....	560	art. 75 .....	511
art. 241 .....	560	art. 77 .....	511
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 109c) .....	511
art. 53 .....	511	art. 135(2) .....	511
art. 91(2A) .....	511	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> , L.R.C. 1985, ch. B-3	
		art. 2 « bien » .....	166
		<b>P</b>	
		<i>Personal Property Security Act</i> , S.N.S. 1995- 96, ch. 13	
		art. 2w) .....	166
		art. 2ad) .....	166



## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Ball, Stacey Reginald. <i>Canadian Employment Law</i> , vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated July 2008). .....	103
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , vol. I, 7 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. ....	409
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 6 <sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. ....	409
Baudouin, Louis. <i>Le droit civil de la Province de Québec : Modèle vivant de Droit comparé</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1953. ....	418
Boilard, Jean-Guy. <i>Guide to Criminal Evidence</i> , vol. 1. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48). ....	373
Boilard, Jean-Guy. <i>Manuel de preuve pénale</i> , vol. 1. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n <sup>o</sup> 48). ....	373
Broom, Herbert. <i>Constitutional Law Viewed in Relation to Common Law, and Exemplified by Cases</i> , 2nd ed. London: Maxwell, 1885. ....	11
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2008, release 1). ....	476
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	529
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 136, 2 <sup>e</sup> sess., 36 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>er</sup> novembre 1999. ....	545
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 <sup>re</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 2 mars 2001. ....	545
Canada. Consommation et Corporations Canada. <i>Exposé détaillé d'une Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes</i> . Ottawa : Consommation et Corporations Canada, 1977. ....	611
Canada. Consumer and Corporate Affairs Canada. <i>Detailed background paper for an Act to amend the Canada Business Corporations Act</i> . Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977. ....	611
Canada. Fisheries and Oceans. <i>Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada, 1996</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996. ....	181

Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 136, 2nd Sess., 36th Parl., November 1, 1999. ....	545
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., March 2, 2001. ....	545
Canada. Industrie Canada. Corporations Canada. <i>Politique à l'égard des arrangements pris en vertu de l'article 192 de la LCSA : Énoncé de politique 15.1</i> . Ottawa : Industrie Canada, 7 novembre 2003 (en ligne : <a href="http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-fr/cs01073f.html">www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-fr/cs01073f.html</a> ). ....	609
Canada. Industry Canada. Corporations Canada. <i>Policy concerning Arrangements Under Section 192 of the CBCA: Policy Statement 15.1</i> . Ottawa: Industry Canada, November 7, 2003 (online: <a href="http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-en/cs01073e.html">www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-en/cs01073e.html</a> ). ....	609
Canada. Pêches et Océans. <i>Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'est du Canada, 1996</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1996. ....	181
Carbonnier, Jean. <i>Droit civil</i> , vol. II. Paris : Quadrige/PUF, 2004. ....	431
Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. <i>Remedies: The Law of Damages</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008. ....	106
Cohen, Ronald I. "Nuisance: A Proprietary Delict" (1968), 14 <i>McGill L.J.</i> 124. ....	416
Crépeau, Paul-André. <i>L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie</i> . Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989. ....	409
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007. ....	387
Delaney-Beausoleil, Kathleen. « Livre IX : Le recours collectif », dans D. Ferland et B. Émery, dir., <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 2, 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 875. ....	434
Delisle, J. R. "Three Recent Decisions of the Supreme Court of Canada Affecting the Law of Similar Fact Evidence" (1992), 16 <i>Prov. Judges J./J.J. prov.</i> 13. ....	388
Denning, Sir Alfred. <i>The Road to Justice</i> . London: Stevens & Sons, 1955. ....	10
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. <i>Proposals for a New Business Corporations Law for Canada</i> , vol. I. Ottawa: Information Canada, 1971. ....	595
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. <i>Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes</i> , vol. I. Ottawa : Information Canada, 1971. ....	595
Echlin, Randall Scott, and Christine M. Thomlinson. <i>For Better or For Worse: A Practical Guide to Canadian Employment Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 2003. ....	100
England, Geoffrey. <i>Employment Law in Canada</i> , vol. 2, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated May 2007, release 11). ....	91
Friedland, Martin L. <i>Double Jeopardy</i> . Oxford: Clarendon Press, 1969. ....	368
Flour, Jacques, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. <i>Les obligations</i> , vol. 2, <i>Le fait juridique</i> , 10 <sup>e</sup> éd. par Jean-Luc Aubert et Éric Savaux. Paris : Armand Colin, 2003. ....	411
Ghestin, Jacques, et Gilles Goubeaux. <i>Traité de droit civil — Introduction générale</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Paris : L.G.D.J., 1990. ....	410

Gorman, Wayne. "Multiple Count Indictments and the Impact of the Accused Being Acquitted on a Count Subsequently Used as Similar Fact Evidence" (1994), 30 C.R. (4th) 222. ....	373
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 2). ....	547
Honoré, A. M. "Ownership", in A. G. Guest, ed., <i>Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work</i> . London: Oxford University Press, 1961. ....	180
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives</i> , 2 <sup>e</sup> éd. rev. et augm. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002. ....	542
Jobin, Pierre-Gabriel. « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984), 44 <i>R. du B.</i> 222. ....	414
Johnson, Tom. "Security Interests in Discretionary Licences Under the <i>Ontario Personal Property Security Act</i> " (1993), 8 <i>B.F.L.R.</i> 123. ....	187
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996. ....	431
Koehnen, Markus. <i>Oppression and Related Remedies</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2004. ....	589
Koughan, James. <i>The Collapse of the Tacoma Narrows Bridge, Evaluation of Competing Theories of its Demise, and the Effects of the Disaster of Succeeding Bridge Designs</i> (1996) (online: <a href="http://web.archive.org/web/20010813084722/http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper_jk.html">http://web.archive.org/web/20010813084722/http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper_jk.html</a> ). ....	482
Laflamme, Lucie. « Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation <i>propter rem</i> », dans S. Normand, dir., <i>Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial</i> . Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, 229. ....	432
Lafond, Pierre-Claude. <i>Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006. ....	447
Lafond, Pierre-Claude. <i>Précis de droit des biens</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2007. ....	411
Lamontagne, Denys-Claude. « Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes », dans <i>La Réforme du Code civil</i> , t. 1. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 513. ....	411
Lamontagne, Denys-Claude. "Special Rules on the Ownership of Immovables and Servitudes", in <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 1-A. Translated by J. Daniel Phelan. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. ....	411
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004. ....	363
Laskin, Bora. "A Judge and His Constituencies" (1976), 7 <i>Man. L.J.</i> 1. ....	9
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006. ....	430
Liston, Mary. "Alert, alive and sensitive": <i>Baker</i> , the Duty to Give Reasons, and the Ethos of Justification in Canadian Public Law", in David Dyzenhaus, ed., <i>The Unity of Public Law</i> . Portland, Oregon: Hart, 2004, 113. ....	10
Macmillan, Lord. "The Writing of Judgments" (1948), 26 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 491. ....	11

Magnet, Joseph Eliot. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, <i>Federalism / Aboriginal Peoples</i> , 9th ed. Edmonton: Juriliber, 2007. ....	547
Mahoney, Richard. "Acquittals as Similar Fact Evidence: Another View" (2003), 47 <i>Crim. L.Q.</i> 265. ....	348
Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. <i>Les obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris : Defrénois, 2005. ....	411
Malinvaud, Philippe. <i>Droit des obligations</i> , 8 <sup>e</sup> éd. Paris : Litec, 2003. ....	431
Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. <i>Les obligations</i> , t. 1, <i>Les sources</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris : Sirey, 1988. ....	411
Masse, Claude. "Civil Liability", in <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 2-B, <i>Obligations III, V, VI</i> . Translated by J. Daniel Phelan. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. ....	424
Masse, Claude. « La responsabilité civile », dans <i>La Réforme du Code civil</i> , t. 2, <i>Obligations, contrats nommés</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 235. ....	424
Mayrand, Albert. "Abuse of Rights in France and Quebec" (1974), 34 <i>La. L. Rev.</i> 993. ....	410
Mayrand, Albert. « L'abus des droits en France et au Québec » (1974), 9 <i>R.J.T.</i> 321. ....	410
Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud et André Tunc. <i>Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle</i> , t. 1, 6 <sup>e</sup> éd. Paris : Montchrestien, 1965. ....	411
Megarry, Robert, and H. W. R. Wade. <i>The Law of Real Property</i> , 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1975. ....	183
Mirfield, Peter. "Shedding a Tear for Issue Estoppel", [1980] <i>Crim. L.R.</i> 336. ....	369
Mossman, Mary Jane, and William F. Flanagan, <i>Property Law: Cases and Commentary</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2004. ....	183
Nadeau, André, et Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1971. ....	410
Nicholls, Christopher C. <i>Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control</i> . Toronto: Irwin Law, 2007. ....	612
Ouellette, Monique. "Book One: Persons", in <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 1-A. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. ....	410
Ouellette, Monique. « Livre premier : Des personnes », dans <i>La Réforme du Code civil</i> , t. 1, <i>Personnes, successions, biens</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 11. ....	410
<i>Oxford English Dictionary Online</i> , "faulty", "improper", "state of the art" ( <a href="http://dictionary.oed.com">http://dictionary.oed.com</a> ). ....	483, 493
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 4th ed. Concord, Ont.: Irwin Law, 2005. ....	373
Parent, Hugues. <i>Traité de droit criminel</i> , t. 2, 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2007. ....	243
Pineau, Jean, et Monique Ouellette. <i>Théorie de la responsabilité civile</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1980. ...	409
Popovici, Adrian. « La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q » (1997), 99 <i>R. du N.</i> 214. ....	427

Quebec. Civil Code Revision Office. Committee on the Law of Obligations. <i>Report on Obligations</i> . Montréal: Civil Code Revision Office, 1975. ....	422
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. I, <i>Draft Civil Code</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978. ....	423
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. II, t. 2, <i>Commentaries</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978. ....	423
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , t. I et II. Québec : Publications du Québec, 1993. ....	409
Québec. Office de révision du Code civil. Comité du droit des obligations. <i>Rapport sur les obligations</i> . Montréal : Office de révision du Code civil, 1975. ....	422
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. I, <i>Projet de Code civil</i> . Québec : Éditeur officiel, 1978. ....	423
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. II, t. 2, <i>Commentaires</i> . Québec : Éditeur officiel, 1978. ....	423
Rosenberg, Marc. « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Colloque national sur le droit criminel, <i>Criminal Evidence</i> , vol. 1. Vancouver : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 1994, art. 8.1. ....	387
Rosenberg, Marc. “Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct”, in National Criminal Law Program, <i>Criminal Evidence</i> , vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, s. 8.1. ....	387
Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. “Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence</i> . Toronto: Irwin Law, 2004, 455. ....	52
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ....	445
Shapira, G. “Minority Shareholders’ Protection — Recent Developments” (1982), 10 <i>N.Z. Univ. L. Rev.</i> 134. ....	596
Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ....	59, 364
Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. <i>Obligations</i> , vol. 1, <i>Responsabilité délictuelle</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Paris : Litec, 1996. ....	411
Stewart, Hamish. “Issue Estoppel and Similar Facts” (2008), 53 <i>Crim. L.Q.</i> 382. ....	344
Stuesser, Lee. “Admitting Acquittals as Similar Fact Evidence” (2002), 45 <i>Crim. L.Q.</i> 488. ....	373
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ....	178
Taggart, Michael. “Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases” (1983), 33 <i>U.T.L.J.</i> 1. ....	11
Telfer, Thomas G. W. “Statutory Licences and the Search for Property: The End of the Imbroglio?” (2007), 45 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 224. ....	189



Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997. ....	287
Veasey, E. Norman, with Christine T. Di Guglielmo. "What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments" (2005), 153 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 1399. ....	599
Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain. <i>Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1998. ....	413
Withey, P. A. "Fatigue Failure of the de Havilland Comet I", <i>Engineering Failure Analysis</i> , vol. 4, No. 2, June 1997, p. 147. ....	481
Wright, Keith E. "Similar Fact Multiple Count Indictments — A Reply" (1994), 32 C.R. (4th) 301. ....	348
Ziegel, Jacob S. "Regulated Licences and the OPPSA: No End in Sight to the Judicial Imbrolio" (1998), 30 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 284. ....	187
Ziegel, Jacob S., and David L. Denomme. <i>The Ontario Personal Property Security Act: Commentary and Analysis</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994. ....	182
Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. <i>Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials</i> , 3rd ed., vol. III, <i>Secured Transactions in Personal Property, Suretyships and Insolvency</i> by Jacob S. Ziegel and R. C. C. Cuming. Toronto: Emond Montgomery, 1995. ....	179
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996. ....	183

**Lee Michael Caissey** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. CAISSEY**

**Neutral citation: 2008 SCC 65.**

File No.: 32436.

2008: November 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Search warrant — Validity — Reliability of first-time informant — Information about criminal particulars uncorroborated — Reliability of informant's information sufficient in context of other factors to justify issuance of search warrant.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Picard and Martin J.J.A.), [2008] 4 W.W.R. 100, 84 Alta. L.R. (4th) 226, 422 A.R. 208, 415 W.A.C. 208, 227 C.C.C. (3d) 322, [2007] A.J. No. 1342 (QL), 2007 CarswellAlta 1640, 2007 ABCA 380, affirming the accused's conviction for possession of marijuana. Appeal dismissed.

*Daryl J. Royer and Akram Attia*, for the appellant.

*Ronald C. Reimer and Greg Rice*, for the respondent.

*Michael Bernstein*, for the intervener.

**Lee Michael Caissey** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CAISSEY**

**Référence neutre : 2008 CSC 65.**

N° du greffe : 32436.

2008 : 20 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Fiabilité d'un informateur n'ayant jamais fourni de renseignements auparavant — Non-corroboracion de renseignements relatifs au crime — Renseignements obtenus de l'informateur suffisamment fiables dans le contexte d'autres facteurs pour justifier la délivrance d'un mandat de perquisition.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Picard et Martin), [2008] 4 W.W.R. 100, 84 Alta. L.R. (4th) 226, 422 A.R. 208, 415 W.A.C. 208, 227 C.C.C. (3d) 322, [2007] A.J. No. 1342 (QL), 2007 CarswellAlta 1640, 2007 ABCA 380, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de possession de marijuana prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Daryl J. Royer et Akram Attia*, pour l'appellant.

*Ronald C. Reimer et Greg Rice*, pour l'intimée.

*Michael Bernstein*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right on a question of law.

[2] The dissenting judge advanced the view that only corroboration of some criminal particular of the offence offered the necessary assurance for the issuance of the warrant. This is the question of law that brings the appeal before us. On this issue, we agree with the test adopted by the majority.

[3] Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un pourvoi interjeté de plein droit sur une question de droit.

[2] Le juge dissident s'est dit d'avis que seule la corroboration de certains renseignements relatifs au crime offrait la garantie nécessaire pour justifier la délivrance du mandat. C'est la question de droit qui a donné lieu au présent pourvoi. À cet égard, nous souscrivons à l'analyse adoptée par les juges majoritaires.

[3] En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Canadian National Railway Company,  
Grand Trunk Western Railroad  
Incorporated and St. Clair Tunnel  
Company** *Appellants*

v.

**Royal and Sun Alliance Insurance Company  
of Canada, Axa Assurances Inc., Continental  
Casualty Company of Canada, Reliance  
Insurance Company, Aviva Canada Inc.  
and St. Paul Fire and Marine Insurance  
Company** *Respondents*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.  
ROYAL AND SUN ALLIANCE INSURANCE CO.  
OF CANADA

Neutral citation: 2008 SCC 66.

File No.: 32062.

2008: May 14; 2008: November 21.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Insurance — “All risks” insurance — Exclusion clauses — Scope of “faulty or improper design” exclusion — Test applicable to exclusion — Construction of largest customized tunnel boring machine — Railway company subscribing builders’ risk policy — Policy excluding from coverage costs of making good “faulty or improper design” — Differential deflection foreseen, but design accommodated expected degree of differential deflection — Tunnel boring machine failed due to excess differential deflection between components of machine — Whether “faulty or improper design” exclusion to coverage applicable — Whether excess differential deflection was foreseeable.*

In the early 1990s, CNR established an elaborate and sophisticated process to design and construct the largest customized tunnel boring machine (“TBM”) of its kind in the world for use in the construction of a tunnel under a river. CNR had insured the project under a builders’ risk policy covering all risks of direct physical loss or

**Compagnie des chemins de fer nationaux  
du Canada, Grand Trunk Western  
Railroad Incorporated et St. Clair  
Tunnel Company** *Appelantes*

c.

**Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés  
d’assurances, Axa Assurances Inc.,  
Compagnie d’assurance Continental Casualty  
du Canada, Reliance Insurance Company,  
Aviva Canada Inc. et St. Paul Fire and  
Marine Insurance Company** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER  
NATIONAUX DU CANADA c. ROYAL ET SUN ALLIANCE  
DU CANADA, SOCIÉTÉS D’ASSURANCES

Référence neutre : 2008 CSC 66.

N° du greffe : 32062.

2008 : 14 mai; 2008 : 21 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Assurance — Assurance « tous risques » — Clauses d’exclusion — Portée de l’exclusion relative à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Critère applicable à l’égard de cette exclusion — Plus gros tunnelier sur mesure jamais construit — Souscription par la société de chemin de fer à une police d’assurance des constructeurs — Exclusion par la police des frais engagés pour remédier à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Flexion différentielle prévue, mais la conception était adaptée au degré prévu de flexion différentielle — Échec du tunnelier en raison d’une flexion différentielle excessive de composantes de l’appareil — La clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » s’applique-t-elle? — La flexion différentielle excessive était-elle prévisible?*

Au début des années 1990, le CN a établi une procédure détaillée et complexe pour la conception et la construction du plus gros tunnelier sur mesure en son genre au monde, en vue de la construction d’un tunnel sous une rivière. Le CN avait souscrit à une police d’assurance des constructeurs qui l’assurait contre tous les

damage to all real and personal property of every kind and quality including but not limited to the TBM, plus any consequent economic loss occasioned by delay in the opening of the tunnel. The cost of making good faulty or improper design was excluded.

The design of a suitable TBM was a major challenge, partly because structural steel deflects (bends) under pressure. While differential deflection (adjacent components moving towards or away from each other) is acceptable within stated tolerances, excess differential deflection (deflection beyond acceptable tolerances) could lead to failure. This TBM had to withstand 6,000 metric tonnes of pressure from the soil and water above as it progressed under the river. In addition, the main bearing had to be protected from contaminants. To cope with the design challenge, an experienced tunnel equipment manufacturer was selected to design, engineer, and construct the TBM. A technical committee composed of expert tunneling contractors and consultants was formed to advise on the conceptual design parameters, and the technical committee's work was guided by a steering committee which provided general guidance. A technical review committee also monitored, reviewed and advised CNR on the project as a whole.

As designed, the TBM was 32 feet (9.5 metres) in diameter and its body was 278 feet (83 metres) long. The cuttinghead rotates on roller bearings while the main bearing generates a hydraulic thrust which drives the cutting tool through the earth. To shield the main bearing from damage, a system of 26 independent seals lubricated by the constant injection of pressurized grease was designed to prevent excavated material from getting into the main bearing and to stop the grease from leaking out. To get to the main bearing, contaminants had to get through all 26 seals. The design tolerances for the seals were precise and demanding, requiring a gap of six millimetres, plus or minus three millimetres, between the rotating cuttinghead and the stationary bulkhead. The best engineering advice indicated that there would be no excess differential deflection and that the configuration of the seals to provide a margin of safety approaching redundancy.

risques de pertes ou de dommages matériels directs à l'égard de tous les biens réels et personnels de quelque nature et qualité notamment le tunnelier, ainsi que toute perte financière indirecte imputable à un retard dans l'ouverture du tunnel. Les frais engagés pour remédier à une conception défectueuse ou inadéquate étaient exclus.

La conception d'un tunnelier répondant aux attentes représentait un véritable défi, notamment parce que l'acier de construction fléchit (c.-à-d. plie) sous la pression. Bien qu'il soit acceptable qu'il y ait une flexion différentielle (que des composantes adjacentes se rapprochent ou s'éloignent l'une de l'autre) dans les limites des tolérances admises, une flexion différentielle excessive (qui va au-delà des tolérances admises) pourrait entraîner une défaillance. Le tunnelier en cause devait résister à une pression de 6 000 tonnes métriques exercée par le poids de la terre et de l'eau qui se trouvaient au-dessus de lui à mesure qu'il avançait sous la rivière. De plus, il fallait empêcher l'« infiltration de débris » dans le roulement principal. Pour relever le défi de conception, une société possédant une vaste expérience dans la construction de tunneliers a été sélectionnée pour concevoir et construire le tunnelier. Un comité technique composé d'entrepreneurs et d'experts-conseils spécialisés en matière de forage de tunnels a été créé pour donner des conseils sur les paramètres de conception. Le travail de ce comité était chapeauté par un comité de direction, chargé des grandes orientations. Un comité d'examen technique et de surveillance conseillait le CN à propos du projet dans son ensemble.

Le tunnelier avait une tête de coupe de 32 pieds (9,5 mètres) de diamètre et un corps de 278 pieds (83 mètres) de longueur. La tête de coupe tournait grâce à des roulements à rouleaux pendant que le roulement principal engendrait une poussée hydraulique qui propulsait l'outil de coupe contre le front de taille. Pour protéger le roulement contre les dommages, les concepteurs avaient prévu un système de 26 joints d'étanchéité distincts lubrifiés par l'injection constante de graisse sous pression dont la fonction était d'empêcher l'« infiltration de débris » dans le roulement principal et la fuite des lubrifiants. Pour atteindre le roulement principal, les déblais devaient traverser les 26 joints d'étanchéité. Les tolérances de conception des joints étaient précises et exigeantes. Un jeu de six millimètres (plus ou moins trois millimètres) devait être maintenu entre la tête de coupe rotative et le bouclier fixe. Selon les meilleurs ingénieurs-conseils, il n'y aurait aucune flexion différentielle excessive et l'agencement des joints d'étanchéité offrait une marge de sécurité proche de la redondance.

After completion of 14 percent of the tunnel, contamination was detected. Inspection revealed that some seals had been worn and destroyed due to excess differential deflection of the cuttinghead. Operations were halted, the main bearing was cleaned, and modifications were made. The project was then completed without further entry of dirt, but the 229-day delay greatly increased costs. The experts were unable to explain how dirt penetrated the 26 seals while leaving some seals intact.

The insurers denied coverage on the basis of the “faulty or improper design” exclusion. The trial judge held the insurers liable. He found that, despite its failure, the innovative design accommodated all foreseeable risks however unlikely or remote and was not faulty or improper according to the state of the art at the time the design was finalized. The majority of the Court of Appeal set aside that decision, finding that the TBM’s design had been faulty within the meaning of the exclusion provision since the foreseeability standard also mandated that the relevant design succeed in withstanding all foreseeable risks.

*Held* (Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ.: Where, as here, the risk is broadly defined (“metal deflects under stress”) and the design addresses that risk with state of the art diligence and expertise, an insurer is not entitled to rely on the “faulty or improper design” exclusion just because existing engineering knowledge and practice lacked a proper appreciation of the design problem. Failure is not the same thing as fault or impropriety. In the interpretation of insurance policies coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly. The result should not be an unrealistic interpretation that would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. The narrower interpretation of the exclusion best accords with the intentions of the parties based on a plain meaning of the words used in the policy. [5] [30] [32] [56]

At the time of contracting, all parties realized that this was to be the largest earth-balance TBM ever built.

Après le creusement de 14 p. 100 de la longueur prévue du tunnel, des déblais ont été détectés. L’inspection a révélé que certains joints d’étanchéité avaient été usés et détruits en raison de la flexion différentielle excessive de la tête de coupe. Les travaux ont été interrompus, le roulement principal a été nettoyé et des modifications ont été apportées. On a ensuite repris les travaux sans constater aucune autre pénétration de déblais, mais le retard de 229 jours a considérablement augmenté le coût du projet. Les experts ne sont pas arrivés à expliquer la façon dont les déblais sont parvenus à pénétrer dans les 26 joints d’étanchéité tout en laissant certains d’entre eux intacts.

Les assureurs ont refusé d’honorer la police, invoquant la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate ». Le juge de première instance a jugé les assureurs responsables. Il a conclu que, en dépit de sa défaillance, la conception innovante était adaptée à tous les risques prévisibles, aussi improbables et éloignés soient-ils, et qu’elle n’était ni défectueuse ni inadéquate au regard de l’état de la technique au moment où elle avait été achevée. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé cette décision, concluant que la conception du tunnelier était bel et bien défectueuse au sens de la clause d’exclusion puisque la norme de prévisibilité exigeait aussi que la conception pertinente résiste effectivement à tous les risques prévisibles.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella : Dans les cas où, comme en l’espèce, le risque est défini en termes généraux (« flexion du métal sous la pression ») et où la conception pare à ce risque avec une diligence et une expertise répondant à l’état de la technique, un assureur n’est pas en droit d’invoquer l’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » uniquement parce que les connaissances et la pratique en ingénierie du moment ne permettraient pas d’apprécier correctement le problème de conception. Une défaillance n’est pas assimilable à une faute ou à une irrégularité. Les dispositions des polices d’assurance doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d’exclusion une interprétation restrictive. Cela ne doit pas entraîner un résultat irréaliste qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l’assurance a été contractée. L’interprétation plus restrictive de l’exclusion est davantage compatible avec l’intention des parties compte tenu du sens ordinaire des mots utilisés dans la police. [5] [30] [32] [56]

À la conclusion du contrat, toutes les parties savaient qu’il s’agissait du plus gros tunnelier à pression de terre

Leading experts were enlisted to provide a state of the art machine, but, despite all efforts, there was an inevitable residual risk with the innovative design. The CNR purchased the “all risks” policy in recognition of that risk. The policy did not exclude all costs attributable to “the design”, but only costs attributable to an “faulty or improper design”. Although the TBM failed, the insurers did not meet the onus of bringing the loss within the exclusion. [5]

The “faulty or improper design” exclusion relates to faulty design, not designer fault. It implies a comparative standard against which the impugned design falls short. Such a standard can require no more than that the design comply with the state of the art. Under that standard, the loss may have been caused by the design, but the exclusion does not apply unless the design is faulty or improper. As there is inevitably a gap between the current state of engineering art and omniscience, a standard of perfection in relation to all foreseeable risks is too high, but the industry standard is too low. A design will have fallen below the standard reasonably required in the circumstances where the materialized risk was both foreseeable and avoidable by use of a design that matched state of the art standards. [31] [35] [41] [51] [53-54] [65]

While differential deflection was a known risk in the design of the TBM, it had been properly explored in the design phase, as found by the trial judge. Based on the existing state of the art, excess differential deflection was not foreseeable, even as a remote or unlikely risk, with this design in these circumstances. Contrary to the finding of the majority of the Court of Appeal, failure to withstand does not discharge the onus of establishing fault — the insurer cannot rely on the benefit of hindsight to discharge its onus of proof. The CNR was entitled to insure against the possibility that the design might fail even though not faulty or improper according to the state of the art. The design failed, but, because it exhausted the state of the art, the insurers did not meet the onus of bringing the loss within the exclusion. [5] [48] [58] [61]

jamais construit. On a fait appel à d'éminents experts pour obtenir une machine à la fine pointe de la technologie, mais, malgré tous les efforts déployés, il subsistait un risque résiduel inévitable rattaché à la conception innovante. Reconnaissant l'existence de ce risque, le CN a contracté la police d'assurance « tous risques ». La police n'excluait pas tous les coûts attribuables à « la conception », mais seulement ceux imputables à une « conception défectueuse ou inadéquate ». Même si le tunnelier a failli à la tâche, les assureurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de prouver que la perte tombait sous le coup de la clause d'exclusion. [5]

L'exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » concerne la conception défectueuse et non la faute du concepteur. Elle suppose l'existence d'une norme comparative à laquelle la conception en cause ne répond pas. Une telle norme ne peut exiger rien de plus que la preuve de la conformité de la conception à l'état de la technique. Selon cette norme, la perte peut avoir été causée par la conception, mais l'exclusion ne s'applique pas, à moins que la conception soit défectueuse ou inadéquate. Comme il y a inévitablement un écart entre l'état actuel de la technique et l'omniscience, la norme de la perfection quant à tous les risques prévisibles est trop élevée. La norme de l'industrie n'est cependant pas assez élevée. Une conception n'aura pas satisfait à la norme raisonnablement exigible dans les circonstances lorsque le risque qui s'est matérialisé était à la fois prévisible et évitable grâce à l'utilisation d'une conception conforme aux normes de l'état de la technique. [31] [35] [41] [51] [53-54] [65]

Comme l'a conclu le juge de première instance, même si la flexion différentielle constituait un risque connu dans la conception du tunnelier, ce risque avait été correctement étudié durant la conception. Selon l'état de la technique, il était impossible de prévoir que cette conception, dans ces circonstances, présentait un risque de flexion différentielle excessive, aussi éloigné ou improbable soit-il. Contrairement à ce que concluent les juges majoritaires de la Cour d'appel, le fait que le tunnelier n'ait pas résisté ne libère pas l'assureur de son fardeau d'établir le caractère défectueux. L'assureur ne peut pas se dégager de son fardeau de preuve en se fondant uniquement sur l'avantage du regard rétrospectif. Le CN était en droit de s'assurer contre la possibilité que la conception aboutisse à une défaillance, même si elle n'était pas défectueuse ou inadéquate selon l'état de la technique. La conception n'a pas produit le résultat escompté, mais, comme elle exploitait au maximum l'état de la technique, les assureurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de prouver que la perte tombait sous le coup de la clause d'exclusion. [5] [48] [58] [61]

While the words of the exclusion may require interpretation, they are not ambiguous, and the policy was a manuscript policy negotiated between two sophisticated parties. The doctrine of *contra proferentem* did not apply. [33]

*Per* Deschamps, Charron and Rothstein JJ. (dissenting): The exclusion providing for faulty or improper design applies. The “faulty or improper design” exclusion attaches to the thing designed, not the work of the designers. Whatever standard their work meets or does not meet, a design is faulty or improper if it does not work for the purpose for which it was intended. While a design cannot be expected to withstand “rare and unforeseeable conditions”, it must provide for and withstand all foreseeable risks, including extreme examples of those foreseeable risks. In this case, the insurers proved there was a design problem: differential deflection was foreseeable, but the design was unable to cope with the degree of differential deflection that occurred under normal conditions. This type of risk was excluded from coverage under the “faulty or improper design” exclusion. As there is no coverage under Section I of the policy for faulty or improper design, there can be no coverage under Section II for resultant damage or economic loss. [86-87] [100] [103] [106] [108] [126-28] [130]

The term “faulty or improper design” does not imply the introduction of a “state of the art” standard against which an impugned design is to be compared. The relevant distinction is between a design that is defective and a design that is free from defect. Introducing a comparative standard essentially turns a claim that must have its foundation in contractual terms into a claim in tort or something akin to a tort that is entirely foreign to the contract. It shifts the focus from the adequacy of the design of the TBM for its intended purpose, having regard to all foreseeable risks, to the adequacy of the work done by the design engineers, a focus not suggested by the words of the exclusion. There is no foundation for the inference that a “state of the art” standard was the parties’ common intention. [70] [111-113] [115]

Since the term “faulty or improper design” is not ambiguous, it is unnecessary to apply the *contra proferentem* doctrine, which only applies when other rules

S’il est vrai que le libellé de l’exclusion peut avoir besoin d’être interprété, il n’est pas ambigu. En outre, il s’agissait d’une police sur mesure négociée entre des parties bien averties. Le principe *contra proferentem* ne s’appliquait pas. [33]

*Les* juges Deschamps, Charron et Rothstein (dissidents) : L’exclusion relative à la conception défectueuse ou inadéquate s’applique. Elle s’attache à la chose qui a été conçue, et non au travail des ingénieurs concepteurs. Quelle que soit la norme à laquelle leur travail répond ou ne répond pas, une conception est défectueuse ou inadéquate si elle ne permet pas d’utiliser le bien pour l’usage auquel il était destiné. Bien qu’on ne puisse s’attendre à ce qu’une conception puisse résister à des « conditions rares et imprévisibles », elle doit prévoir et résister à tous les risques prévisibles, notamment aux exemples extrêmes de ces risques prévisibles. En l’espèce, les assureurs ont prouvé l’existence d’un problème de conception. La flexion différentielle était prévisible, mais la conception a été incapable de surmonter le degré de flexion différentiel survenu dans des conditions normales. Ce type de risque était visé par la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate ». Comme la partie I de la police ne couvre pas la conception défectueuse ou inadéquate, les dommages et pertes financières en résultant ne peuvent être couverts par la partie II. [86-87] [100] [103] [106] [108] [126-128] [130]

L’expression « conception défectueuse ou inadéquate » n’implique pas l’introduction d’une norme de « l’état de la technique » à laquelle devrait être comparée la conception attaquée. La distinction pertinente est celle qui peut être faite entre une conception défectueuse et une qui ne l’est pas. L’introduction d’une norme comparative a essentiellement pour effet de transformer une action dont le fondement doit être contractuel en une action fondée sur la responsabilité délictuelle ou sur quelque chose d’apparenté qui est tout à fait étranger au contrat. Cela met en outre l’accent sur caractère adéquat du travail effectué par les ingénieurs concepteurs plutôt que sur le caractère adéquat de la conception du tunnelier par rapport à sa destination, compte tenu de tous les risques prévisibles, alors que rien dans la formulation de la clause d’exclusion ne donne à penser que faille changer ainsi l’accent. La décision d’inférer du contrat que les parties avaient l’intention commune d’adopter une norme de l’état de la technique n’est pas fondée. [70] [111-113] [115]

Comme l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » n’est pas ambiguë, il est inutile d’appliquer la règle *contra proferentem* qui ne s’applique que dans



of construction fail to enable a court to ascertain the meaning of the words in question. [74] [76]

### Cases Cited

By Binnie J.

**Not followed:** *Queensland Government Railways v. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 214; **considered:** *Foundation Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36, aff'd [1997] O.J. No. 2332 (QL); **referred to:** *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Zurich Insurance Co. v. 686234 Ontario Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 447; *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Poole-Pritchard Canadian Ltd. v. Underwriting Members of Lloyds* (1969), 71 W.W.R. 684; *Homeco Investments Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1984] O.J. No. 920 (QL); *Lakeland Development Co. v. Anglo Gibraltar Insurance Group* (1993), 10 C.L.R. (2d) 17; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236; *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; *B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729; *Kier Construction Ltd. v. Royal Insurance (U.K.) Ltd.* (1992), 30 Con. L.R. 45; *Hitchens (Hatfield) Ltd. v. Prudential Assurance Co.*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 580; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107.

By Rothstein J. (dissenting)

*Queensland Government Railways v. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 214; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, aff'd (1908), 42 S.C.R. 242; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24; *British and Foreign Marine Insurance Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236; *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; *B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729; *Foundation*

les cas où les autres règles d'interprétation ne permettent pas au tribunal d'établir le sens des mots en cause. [74] [76]

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêt non suivi:** *Queensland Government Railways c. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 214; **arrêt examiné :** *Foundation Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36, conf. par [1997] O.J. No. 2332 (QL); **arrêts mentionnés :** *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Zurich Insurance Co. c. 686234 Ontario Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 447; *Parsons c. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 233; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Poole-Pritchard Canadian Ltd. c. Underwriting Members of Lloyds* (1969), 71 W.W.R. 684; *Homeco Investments Ltd. c. Canadian General Insurance Co.*, [1984] O.J. No. 920 (QL); *Lakeland Development Co. c. Anglo Gibraltar Insurance Group* (1993), 10 C.L.R. (2d) 17; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236; *Collavino Inc. c. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; *B.C. Rail Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729; *Kier Construction Ltd. c. Royal Insurance (U.K.) Ltd.* (1992), 30 Con. L.R. 45; *Hitchens (Hatfield) Ltd. c. Prudential Assurance Co.*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 580; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

*Queensland Government Railways c. Manufacturers' Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 214; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Pense c. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, conf. par (1908), 42 R.C.S. 242; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24; *British and Foreign Marine Insurance Co. c. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236; *Collavino Inc. c. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; *B.C. Rail Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729; *Foundation*

*Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Triple Five Corp. v. Simcoe & Erie Group* (1994), 159 A.R. 1; *Mellon v. Federal Ins. Co.*, 14 F.2d 997 (1926).

#### Authors Cited

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2008, release 1).

Koughan, James. *The Collapse of the Tacoma Narrows Bridge, Evaluation of Competing Theories of its Demise, and the Effects of the Disaster of Succeeding Bridge Designs* (1996) (online: [http://web.archive.org/web/20010813084722/%20http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper\\_jk.html](http://web.archive.org/web/20010813084722/%20http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper_jk.html)).

*Oxford English Dictionary Online*, “faulty”, “improper”, “state of the art” (<http://dictionary.oed.com>).

Withey, P. A. “Fatigue Failure of the de Havilland Comet I”, *Engineering Failure Analysis*, vol. 4, No. 2, June 1997, p. 147.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Cronk and Lang J.J.A.) (2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 222 O.A.C. 129, 85 O.R. (3d) 186, 59 C.L.R. (3d) 169, [2007] I.L.R. ¶1-4591, [2007] O.J. No. 1077 (QL), 2007 CarswellOnt 1706, 2007 ONCA 209, setting aside a judgment of Ground J. (2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, [2004] O.T.C. 851, [2004] O.J. No. 4086 (QL). Appeal allowed, Deschamps, Charron and Rothstein J.J. dissenting.

*Guy Pratte, Richard H. Shaban and Sharon C. Vogel*, for the appellants.

*Earl A. Cherniak, Q.C., David Liblong and Kirk F. Stevens*, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella J.J. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal requires the Court to interpret an “all risks” policy of insurance negotiated by the appellants (collectively referred to as the “CNR”) with the respondent insurers in respect of the construction of a railway tunnel under the St. Clair River between Sarnia, Ontario, and Port Huron, Michigan, in the autumn of 1993. The CNR

*Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Triple Five Corp. c. Simcoe & Erie Group* (1994), 159 A.R. 1; *Mellon c. Federal Ins. Co.*, 14 F.2d 997 (1926).

#### Doctrine citée

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2008, release 1).

Koughan, James. *The Collapse of the Tacoma Narrows Bridge, Evaluation of Competing Theories of its Demise, and the Effects of the Disaster of Succeeding Bridge Designs* (1996) (online: [http://web.archive.org/web/20010813084722/%20http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper\\_jk.html](http://web.archive.org/web/20010813084722/%20http://www.me.utexas.edu/~uer/papers/paper_jk.html)).

*Oxford English Dictionary Online*, « faulty », « improper », « state of the art » (<http://dictionary.oed.com>).

Withey, P. A. « Fatigue Failure of the de Havilland Comet I », *Engineering Failure Analysis*, vol. 4, No. 2, June 1997, p. 147.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Cronk et Lang) (2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 222 O.A.C. 129, 85 O.R. (3d) 186, 59 C.L.R. (3d) 169, [2007] I.L.R. ¶1-4591, [2007] O.J. No. 1077 (QL), 2007 CarswellOnt 1706, 2007 ONCA 209, qui a infirmé une décision du juge Ground (2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, [2004] O.T.C. 851, [2004] O.J. No. 4086 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents.

*Guy Pratte, Richard H. Shaban et Sharon C. Vogel*, pour les appelantes.

*Earl A. Cherniak, c.r., David Liblong et Kirk F. Stevens*, pour les intimées.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel et Abella rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à interpréter une police d’assurance « tous risques » négociée par les appelantes (collectivement appelés le « CN ») avec les assureurs intimés à l’égard de la construction, à l’automne 1993, d’un tunnel ferroviaire sous la rivière St. Clair, entre Sarnia, en Ontario, et Port Huron, au Michigan. Le

paid a premium of \$890,000. The tunnel boring machine (“TBM”), a massive piece of machinery with a cuttinghead 32 feet (9.5 meters) in diameter and a body 278 feet (83 meters) long, was halted when dirt penetrated its cuttinghead and threatened the integrity of the main bearing that drove the machine forward. The project was delayed by 229 days and its costs thereby greatly increased. Repairs were done and eventually the tunnel boring was completed on December 8, 1994.

[2] The CNR had negotiated a builders’ risk policy with the insurers that insured them against “ALL RISKS of direct physical loss or damage . . . to . . . [a]ll real and personal property of every kind and quality including but not limited to the [TBM]” but excluding both “the cost of making good . . . faulty or improper design” and “inherent vice”.

[3] The design engineers anticipated that the TBM would have to withstand 6,000 metric tonnes of pressure from the weight of the soil and water above as it progressed under the river. The TBM was designed to accommodate those pressures. The trial judge found that despite its failure, the innovative design did “accommodate” within the then limits of the state of engineering knowledge all foreseeable risks encountered in the digging conditions in the tunnel ((2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, at para. 76). He acknowledged that the design proved in the result to be defective, but found that it was not “improper” or “faulty” according to the state of the art at the time the design was finalized. He concluded that the design not only addressed all *reasonably* foreseeable risks but all foreseeable risks however unlikely or remote. (He did not use the expression “state of the art” but that is how I interpret his reasons, as will be discussed.) He therefore held the insurers liable to the CNR for \$29,582,638.90 including pre-judgment interest, plus \$1,150,837.35 in costs.

CN a payé une prime de 890 000 \$. Le tunnelier, pièce d’équipement imposante avec une tête de coupe de 32 pieds (9,5 mètres) de diamètre et un corps de 278 pieds (83 mètres) de longueur, a été arrêté quand des déblais se sont infiltrés dans la tête de coupe et ont menacé l’intégrité du roulement principal qui faisait avancer la machine. Le projet a été retardé de 229 jours et, de ce fait, son coût a considérablement augmenté. Des réparations ont été effectuées et le forage du tunnel a finalement été mené à terme le 8 décembre 1994.

[2] Le CN avait négocié avec les assureurs une police d’assurance des constructeurs qui l’assurait contre [TRADUCTION] « TOUS LES RISQUES de pertes ou de dommages matériels directs [. . .] à l’égard de [. . .] [t]ous les biens réels et personnels de quelque nature et qualité notamment le tunnelier », mais excluait à la fois « les frais engagés pour remédier [. . .] à une conception défectueuse ou inadéquate » et « le vice inhérent ».

[3] Les ingénieurs concepteurs prévoyaient que le tunnelier devrait résister à une pression de 6 000 tonnes métriques exercée par le poids de la terre et de l’eau qui se trouveraient au-dessus de lui à mesure qu’il avancerait sous la rivière. Le tunnelier a été conçu pour être adapté à cette pression. Le juge de première instance a conclu que, en dépit de sa défaillance, la conception innovante du tunnelier était [TRADUCTION] « adaptée », selon les connaissances en ingénierie de l’époque, à tous les risques prévisibles que posait le forage du tunnel ((2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, par. 76). Il a reconnu qu’au bout du compte la conception s’était avérée déficiente, mais a estimé qu’elle n’était ni [TRADUCTION] « défectueuse » ni « inadéquate » au regard de l’état de la technique au moment où elle avait été achevée. Il a conclu que la conception paraît non seulement à tous les risques *raisonnablement* prévisibles, mais aussi à tous les risques prévisibles, aussi éloignés ou improbables soient-ils. (Il n’a pas utilisé l’expression « état de la technique », mais comme je l’expliquerai ultérieurement, c’est ainsi que j’interprète ses motifs.) Il a donc condamné les assureurs à verser au CN la somme de 29 582 638,90 \$, y compris l’intérêt avant jugement, plus des dépens de 1 150 837,35 \$.

[4] The Ontario Court of Appeal, by majority, allowed the appeal ((2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209). In its view, a design error may, but need not, depend upon designer negligence. A design must “take into account”, ‘accommodate’, ‘provide for’ and ‘withstand’ all foreseeable risks” (para. 62 (emphasis added)) however unlikely or remote. If, in these circumstances, there was a failure attributable to “design”, the exclusion applies. This conclusion, it seems to me, reads the qualifying words “faulty or improper” out of the exclusion, and greatly expands its scope.

[5] In my view, the “all risks” policy afforded the CNR greater protection than that which the majority in the Court of Appeal was prepared to allow. At the time of contracting, all parties realized that this was to be the largest earth-balance TBM ever built. Leading experts were enlisted to provide what was described as a “state of the art” machine (Exhibit 6, A.R., at p. 744). The “all risks” policy was written to cover physical damage to an innovative piece of equipment almost the length of a football field operating on a scale with which the state of the art had no previous experience. The policy did not exclude all loss attributable to “the design”, but only loss attributable to a “faulty or improper design”. The design exhausted the state of the art but left a residual risk. Failure is not the same thing as fault or impropriety. In my view, the insurers did not meet the onus of bringing the loss within the exclusion. I would allow the appeal.

## I. Facts

[6] In the early 1990s, the CNR established an elaborate and sophisticated process to design and construct a customized TBM. A technical committee composed of expert tunnelling contractors and consultants was formed to advise on the conceptual

[4] La Cour d’appel de l’Ontario, à la majorité, a accueilli l’appel ((2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209). À son avis, une erreur de conception peut dépendre de la négligence du concepteur, mais ce n’est pas nécessairement le cas. Une conception doit [TRADUCTION] « “prendre en compte”, “être adapté à”, “prévoir” et “résister à” tous les risques prévisibles » (par. 62 (je souligne)) aussi éloignés ou improbables soient-ils. Si, dans ces circonstances, une défaillance était attribuable à la « conception », la clause d’exclusion s’appliquerait. À mon avis, cette conclusion fait fi des adjectifs « défectueuse ou inadéquate » qui figurent dans la clause d’exclusion et en étend considérablement la portée.

[5] À mon avis, le CN bénéficiait d’une meilleure protection aux termes de la police « tous risques » que celle que les juges majoritaires de la Cour d’appel étaient disposés à lui reconnaître. À la conclusion du contrat, toutes les parties savaient qu’il s’agissait du plus gros tunnelier à pression de terre jamais construit. On a fait appel à d’éminents experts pour obtenir ce qui a été décrit comme une machine [TRADUCTION] « à la fine pointe de la technologie » (pièce 6, d.a., p. 744). La police « tous risques » était rédigée de façon à couvrir les dommages matériels causés à une machine innovante presque aussi longue qu’un terrain de football, dont les performances avaient jusque-là été hors d’atteinte. La police n’excluait pas toutes les pertes attribuables à « la conception », mais seulement celles imputables à une « conception défectueuse ou inadéquate ». La conception exploitait au maximum l’état de la technique, mais laissait subsister un risque résiduel. Une défaillance n’est pas assimilable à une faute ou à une irrégularité. Selon moi, les assureurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de prouver que la perte tombait sous le coup de la clause d’exclusion. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

## I. Les faits

[6] Au début des années 1990, le CN a établi une procédure détaillée et complexe pour la conception et la construction d’un tunnelier sur mesure. Un comité technique composé d’entrepreneurs et d’experts-conseils spécialisés en matière de forage

design parameters. Its work was guided by a steering committee which provided general guidance. A technical review committee monitored, reviewed and advised the CNR on the project as a whole. The design of a suitable TBM was a major challenge.

#### A. *The Tunnel Boring Machine*

[7] The TBM is cylindrical in shape. At its forward end it cuts the hole in such a way as to prevent subsidence or heaving on the surface above while, at its rear end, it evacuates soil and other detritus from the tunnel and installs liner segments. The cuttinghead is of a “spider spoke” configuration. It houses a variety of cutting tools. When the TBM is in operation, the cuttinghead rotates while the forward shell remains stationary through the use of roller bearings.

[8] The main bearing generates a hydraulic thrust which drives the cutting tool through the earth. To shield it from damage from soil and other excavated material, the TBM employed an extensive and unique sealing system, the purpose of which was to prevent “contaminants” from getting into the main bearing and to stop the pressurized lubricants from leaking out. In the case of this TBM, the system consisted of 26 separate seals which were lubricated by the constant injection of pressurized grease. The 26 seals created a gauntlet: to get to the main bearing, dirt would have to get through all 26 seals. The best engineering advisors considered the configuration of the seals on this TBM to provide a margin of safety approaching redundancy. Each of the 26 seals operated independently of the others.

[9] The design tolerances were precise and demanding. To be effective, a gap of six (plus or minus three) millimetres had to be maintained between the rotating cuttinghead and the stationary bulkhead. If a larger gap (around 9 millimetres) opened up under operating conditions the opening

de tunnels a été créé pour donner des conseils sur les paramètres de conception. Le travail de ce comité était chapeauté par un comité de direction, chargé des grandes orientations. Un comité d'examen technique et de surveillance conseillait le CN à propos du projet dans son ensemble. La conception d'un tunnelier répondant aux attentes représentait un véritable défi.

#### A. *Le tunnelier*

[7] Le tunnelier a une forme cylindrique. L'avant de la machine fore le tunnel de manière telle que la surface au-dessus ne peut ni s'affaisser ni se soulever, tandis que l'arrière évacue les déblais et pose les voussoirs. La tête de coupe ressemble à une étoile. C'est elle qui porte divers outils de coupe. Lorsque le tunnelier est en marche, la tête de coupe tourne pendant que le bouclier avant demeure immobile, grâce à des roulements à rouleaux.

[8] Le roulement principal engendre une poussée hydraulique qui propulse l'outil de coupe contre le front de taille. Pour protéger le roulement contre les dommages que pourrait causer le sol et d'autres matières excavées, les concepteurs ont prévu un système d'étanchéité unique et de haute technicité, dont la fonction est d'empêcher l'« infiltration de débris » dans le roulement principal et la fuite des lubrifiants sous pression. Dans le cas du présent tunnelier, le système était constitué de 26 joints d'étanchéité distincts, lubrifiés par l'injection constante de graisse sous pression. Les 26 joints formaient un manchon : pour atteindre le roulement principal, les déblais devaient traverser les 26 joints. Selon les meilleurs ingénieurs-conseils, l'agencement des joints d'étanchéité du tunnelier offrait une marge de sécurité proche de la redondance. Chacun des 26 joints fonctionnait indépendamment des autres.

[9] Les tolérances de conception étaient précises et exigeantes. Ainsi, un jeu de six (plus ou moins trois) millimètres devait être maintenu entre la tête de coupe rotative et le bouclier fixe. Un jeu plus grand (environ 9 millimètres) qui serait survenu durant l'utilisation aurait permis aux débris

would allow dirt to flow in and grease to flow out. Too small a gap (below 3 millimetres) could crush the seals. The deformed seals would be rendered ineffective as the gap fluctuated as the TBM continued to operate. The seal gap tolerance was minuscule in relation to the size of the cuttinghead (3 millimetres to 9,500 millimetres).

#### B. *The TBM Builder*

[10] Lovat Tunnel Equipment Inc., an experienced tunnel equipment manufacturer was selected by the CNR to construct the TBM. Lovat became responsible for the detailed design and engineering of the machine which was bigger by about 25 percent than the biggest TBM Lovat had constructed in the past. Indeed, at the time, it was the largest TBM of its kind in the world.

[11] Lovat retained Wardrop Engineering Inc. to conduct an analysis of the extent to which the steel components would deflect under the anticipated operating pressures, including the outer shell, the cuttinghead, the cuttinghead flange, the bearing assembly (including the seals) and the fixed bulkhead. The design presented unique problems because, although Lovat had designed and built 124 tunnel boring machines, each one was different and designed for a specific application.

[12] Wardrop's computer analyses simulated and predicted how the elements of the TBM would react under anticipated load and stress conditions, including whether and to what extent critical components of the machine would deflect under assumed conditions and the impact any such deflection would have on its operating capacity.

[13] For over 300 years engineers have known about Hooke's Law which says that structural steel deflects (i.e. bends) under load or pressure.

de pénétrer et au lubrifiant de s'échapper. Un jeu trop petit (moins de 3 millimètres) pouvait entraîner l'écrasement des joints d'étanchéité. Les joints ainsi déformés seraient devenus inefficaces : ils n'auraient pu rattraper les fluctuations du jeu à mesure de l'avancement du tunnelier. Cette tolérance était minuscule par rapport à la dimension de la tête de coupe (3 millimètres par rapport à 9 500 millimètres).

#### B. *Le constructeur du tunnelier*

[10] Lovat Tunnel Equipment Inc., une société possédant une vaste expérience dans la construction de tunneliers, a été sélectionnée par le CN pour construire le tunnelier. Lovat était responsable de la conception détaillée et de la construction de la machine qui était environ 25 p. 100 plus grosse que le plus gros tunnelier construit jusque-là par Lovat. De fait, il s'agissait à l'époque du plus gros tunnelier de son genre au monde.

[11] Lovat a retenu les services de Wardrop Engineering Inc. pour déterminer dans quelle mesure les pièces en acier — y compris la jupe, la tête de coupe, la bride de la tête de coupe, les roulements (y compris les joints d'étanchéité) et le bouclier fixe — fléchiraient sous les pressions de service prévues. La conception posait des problèmes tout à fait particuliers parce que, malgré toute l'expérience acquise par Lovat lors de la conception et de la construction de 124 tunneliers, toutes ces machines étaient des modèles uniques, chacune conçue pour une application précise.

[12] Les analyses et simulations informatiques de Wardrop permettaient de prévoir, d'une part, comment les éléments du tunnelier allaient réagir aux charges et contraintes attendues, notamment si, et dans quelle mesure, les composantes critiques de la machine allaient fléchir dans les conditions présumées et, d'autre part, les effets qu'allaient entraîner ces flexions sur la capacité de fonctionnement de la machine.

[13] Depuis plus de 300 ans, les ingénieurs connaissent la loi de Hooke selon laquelle l'acier de construction fléchit (c.-à-d. plie) sous la charge

Differential deflection will occur when two adjacent components (i.e. the moving cuttinghead and the static bulkhead) move towards or away from each other. This too is expected and, within the stated tolerances, is quite acceptable. The term *excess* differential deflection describes the movement away or towards one another of different structures beyond acceptable tolerances, leading to failure. (This proved to be the cause of the TBM problem.)

[14] After thorough analysis Wardrop provided an opinion that the TBM as designed was “capable of resisting the loads provided”. The components of the TBM would “deflect” under various loads, but would not break or deform. Wardrop did not model the anticipated relative deflection of *all* components *as assembled* because Wardrop and Lovat both anticipated, based on the available expertise, that such an analysis would show increased rigidity and thus reduced deflection. Wardrop wrote:

We anticipate the results of the more detailed analysis would reflect a reduced deflection of the bearing plate area because of the increased stiffness from the thrust bearing, cutting head, and bearing plate interface.

(Wardrop Report, at p. 4)

[15] In addition, Lovat and Wardrop performed an “overlay exercise” (overlying calculations rather than images), which combined the deflection calculations for the various components to see whether the components would deflect differentially to an unacceptable level. They were satisfied from the results of this further analysis that there would be no excess differential deflection. The trial judge concluded in substance (although he did not use the term) that the TBM had been designed in accordance with the state of the art.

### C. *The Breakdown of the TBM*

[16] The TBM began boring the tunnel in November 1993. Approximately two months later,

ou la pression. Une flexion différentielle se produit lorsque deux composantes adjacentes (c.-à-d. la tête de coupe mobile et le bouclier fixe) se rapprochent ou s'éloignent l'une de l'autre. Cela aussi est prévu et acceptable, dans les limites des tolérances admises. La flexion différentielle est dite *excessive* lorsque le rapprochement ou l'éloignement de structures va au-delà des tolérances admises entraînant ainsi une défaillance. (Ce genre de défaillance s'est avérée être à l'origine du problème du tunnelier.)

[14] Au terme d'une analyse approfondie, Wardrop a émis l'avis que le tunnelier, tel qu'il avait été conçu, était [TRADUCTION] « capable de résister aux charges appliquées ». Les composantes du tunnelier [TRADUCTION] « fléchiraient » sous diverses charges, mais sans se rompre ni se déformer. Wardrop n'a pas modélisé la flexion relative prévue de toutes les composantes *assemblées* parce qu'elle estimait, tout comme Lovat, que, à la lumière de l'expertise disponible, une telle analyse montrerait une plus grande rigidité et, partant, une flexion réduite. Wardrop a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous pensons que l'analyse plus détaillée indiquerait une flexion réduite de la plaque d'appui, du fait de la rigidité accrue du palier de poussée, de la tête de coupe et de l'interface de la plaque d'appui.

(Rapport Wardrop, p. 4)

[15] En outre, Lovat et Wardrop ont fait un « exercice de superposition » (superposant des calculs plutôt que des images), qui combinait les calculs de flexion des diverses composantes, pour voir si celles-ci allaient afficher une flexion différentielle inacceptable. Les résultats de cette analyse complémentaire ont convaincu Lovat et Wardrop qu'il n'y aurait aucune flexion différentielle excessive. Même s'il ne l'a pas exprimé en ces termes, le juge de première instance a conclu en substance que le tunnelier avait été conçu conformément à l'état de la technique.

### C. *La défaillance du tunnelier*

[16] Le tunnelier a commencé à percer le tunnel en novembre 1993. Quelque deux mois plus tard,

after digging about 14 percent of the route, but before reaching the river, the engineers discovered that dirt had entered the main bearing chambers. Operations were halted. A vertical shaft was dug from the surface down to the level of the TBM. The TBM was driven into the middle of the space thereby created. Repairs were done. In addition to cleaning out the main bearing, Lovat made modifications to strengthen the TBM, including changing the configuration of the seals and adding a bronze “wear ring” to the bulkhead. The cost of the modifications was \$742,685.87. After that, the machine completed the project without further entry of dirt.

#### D. *Battle of the Experts*

[17] The CNR’s expert, Dr. Leslie G. Hampson, characterized the excess differential deflection in the seal area as unforeseeable, unanticipated, outside previous experience, and evident only with the benefit of hindsight. The precise mechanism of failure had not been established. The external conditions had not been proven to be more severe than anticipated. Although differential deflection was inevitable and foreseeable, the risk of *excess* differential deflection sufficient to crush some of the seals and permit entry of soil was not. Dr. Hampson offered a couple of examples of previous engineering failures to prove his point about the limits of the state of engineering expertise at any particular moment in time.

Well-known examples of failures when moving technology forward include: Comet 1 aircraft whose structure failed by fatigue cracks starting from windows and the Tacoma Narrows bridge which failed because of massive structural oscillations driven by wind forces. Aircraft and bridge design took steps forward with such insights gained — but the failures had first to be experienced.

(Hampson’s Second Report, at p. 6)

[18] The insurers’ expert, Dr. Norbert K. Becker, disagreed. In his view, Lovat’s engineers knew or ought to have known that the machine’s sealing system was vulnerable to failure because of the

après le creusement d’environ 14 p. 100 de la longueur prévue, mais avant que la rivière soit atteinte, les ingénieurs ont découvert que des déblais avaient atteint les chambres du roulement principal. Les travaux ont été interrompus. Un puits vertical a été creusé de la surface au niveau du tunnelier qui a été amené à la base de ce puits et réparé. Lovat a nettoyé le roulement principal et a apporté des modifications destinées à renforcer le tunnelier. Ainsi, la configuration des joints d’étanchéité a été changée et une « bague d’usure » en bronze a été ajoutée au bouclier. Ces modifications ont coûté 742 685,87 \$. On a ensuite repris les travaux sans constater aucune autre pénétration de déblais.

#### D. *La bataille des experts*

[17] Pour l’expert du CN, Leslie G. Hampson, la flexion différentielle excessive du système d’étanchéité était imprévisible, inattendue, incompatible avec l’expérience antérieure, et ne pouvait être constatée que rétrospectivement. Le mécanisme précis de la défaillance n’avait d’ailleurs pas été établi. Les conditions externes n’étaient pas plus hostiles que prévu. Une certaine flexion différentielle était inévitable et prévisible, mais tel n’était pas le cas d’une flexion différentielle *excessive*, suffisante pour écraser certains des joints d’étanchéité et laisser pénétrer des déblais. À l’appui de son opinion quant à l’existence des limites de l’état de l’expertise technique à quelque moment que ce soit, M. Hampson a donné quelques exemples de défaillances techniques antérieures :

[TRADUCTION] On compte de célèbres exemples d’échecs sur le chemin des progrès technologiques tels les fissures de fatigue qui prenaient naissance aux hublots dans la structure de l’avion Comet 1 et l’effondrement du pont au-dessus de Tacoma Narrows découlant de fortes oscillations dues au vent. Les concepteurs d’avions et de ponts ont énormément appris de ces accidents — mais il fallait d’abord que surviennent ces échecs.

(Deuxième rapport de M. Hampson, p. 6)

[18] L’expert de l’assureur, M. Norbert K. Becker, n’était pas d’accord. Selon lui, les ingénieurs de Lovat savaient ou auraient dû savoir que le système d’étanchéité de la machine était vulnérable,



“enormous loads” to be transmitted through the cuttinghead. The risk of seal failure from excess differential deflection could have been avoided by modifications to the sealing system at the outset (as was done when the TBM was repaired). He concluded that the structural engineering of the machine failed to accommodate readily foreseeable risks. The TBM design was in his view faulty and improper.

[19] After hearing extensive and conflicting evidence, the trial judge accepted the opinion of Dr. Hampson, and provided extensive reasons for his preference, including Dr. Hampson’s greater expertise in the matters at issue.

[20] The CNR’s claim against Lovat under the warranty was resolved by arbitration and settlement (trial reasons, at para. 169).

## II. Relevant Provisions of the Insurance Contract

### [20a] SECTION I - BUILDER’S RISK INSURANCE

#### 1. INSURING AGREEMENT:

This Policy, subject to the limitations, exclusions, terms and conditions hereinafter mentioned, insures, in respect to occurrences happening during the period of this Policy against ALL RISKS of direct physical loss or damage, including general average and salvage charges to:

- (a) All real and personal property of every kind and quality including but not limited to the [TBM] . . . ;

. . . .

#### 3. EXCLUSIONS: This Policy does not insure:

. . . .

#### (d) the cost of making good

- (i) faulty or improper material;

en raison des [TRADUCTION] « énormes sollicitations » qui allaient lui être transmises par la tête de coupe. Le risque de défaillance du système d’étanchéité attribuable à une flexion différentielle excessive aurait pu être éliminé si le système en question avait été modifié dès le départ (ainsi qu’il l’a été au moment de la réparation du tunnelier). L’expert a conclu que la conception structurale de la machine n’était pas adaptée aux risques aisément prévisibles. Selon M. Becker, la conception du tunnelier était défectueuse et inadéquate.

[19] Après avoir entendu une preuve substantielle et contradictoire, le juge de première instance a retenu l’opinion de M. Hampson et donné des motifs détaillés pour justifier sa préférence, invoquant notamment la plus grande expertise de M. Hampson relativement aux questions en cause.

[20] La demande d’indemnisation présentée à Lovat par le CN en vertu de la garantie a été réglée par la voie de l’arbitrage (motifs de première instance, par. 169).

## II. Clauses pertinentes du contrat d’assurance

### [20a] [TRADUCTION] PARTIE I - ASSURANCE DES CONSTRUCTEURS

#### 1. NATURE ET ÉTENDUE DE L’ASSURANCE :

La présente police, sous réserve des restrictions, exclusions et conditions stipulées ci-après, couvre, à l’égard des événements qui surviennent pendant la durée de la présente police, TOUS LES RISQUES de pertes ou de dommages matériels directs, y compris les frais d’avarie commune et de sauvetage, à l’égard de :

- a) tous les biens réels et personnels de quelque nature et qualité, notamment le [tunnelier] . . . ;

. . . .

#### 3. EXCLUSIONS : La présente police ne couvre pas :

. . . .

#### d) les frais engagés pour remédier

- (i) à des matériaux défectueux ou inadéquats;

- (ii) faulty or improper construction or workmanship;
- (iii) faulty or improper design

provided, however, to the extent otherwise insured and not otherwise excluded under this Policy, resultant loss or damage under any Section of this Policy shall be insured . . . :

- (e) wear, tear, inherent vice, normal upkeep and normal making good; but this exclusion shall not apply to resulting loss not otherwise excluded by this Policy;

. . . .

#### SECTION II - DELAYED OPENING

##### 1. INSURING AGREEMENT:

This Section of this Policy insures against the loss directly resulting from delay beyond the scheduled start-up in the use and/or occupancy of the construction operations caused by loss or damage by a peril insured against under Section I of this Policy to any property used or to be used in, a part of or incidental to, the construction operations . . . .

(Emphasis added.)

#### III. Judicial History

- A. *Ontario Superior Court of Justice* (2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1

[21] After a careful review of the jurisprudence, Ground J. concluded that “the law of Ontario is that the standard to be applied to determine whether a design was faulty or improper is that insured property must be designed so that it accommodates all foreseeable risks, even though such risks may be unlikely and remote” (para. 54). It was clear that the detailed design, engineering and structural integrity of the machine “were the sole responsibility of Lovat and that, with respect to deflection of components of the TBM, all detailed analyses and calculations were done by Wardrop on behalf of Lovat or by Lovat using the results of Wardrop’s

- (ii) à une construction ou à une exécution défectueuse ou inadéquate;
- (iii) à une conception défectueuse ou inadéquate

l’assurance devant néanmoins produire ses effets en ce qui concerne les sinistres entraînés par voie de conséquence s’ils sont couverts par ailleurs et ne sont pas autrement exclus . . . :

- e) l’usure normale, le vice inhérent, l’entretien normal et la remise en bon état normale; mais la présente exclusion ne s’applique pas à la perte qui en résulte et n’est pas autrement exclue par la présente police;

. . . .

#### PARTIE II - RETARD DANS L’OUVERTURE

##### 1. NATURE ET ÉTENDUE DE L’ASSURANCE :

La présente partie de la police couvre la perte résultant directement d’un retard, par rapport à la date prévue, dans le début de l’utilisation et/ou de l’occupation des installations à construire, dû à une perte ou à un dommage causé à tout bien utilisé ou devant être utilisé dans le cadre des travaux de construction ou de façon accessoire à ces travaux, imputable à un risque couvert en vertu de la partie I de la présente police . . .

(Je souligne.)

#### III. Décisions des juridictions inférieures

- A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario* (2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1

[21] Après avoir examiné attentivement la jurisprudence, le juge Ground a conclu que [TRADUCTION] « selon le droit en vigueur en Ontario, la norme applicable pour déterminer si une conception était défectueuse ou inadéquate est la suivante : le bien assuré doit être conçu pour être adapté à tous les risques prévisibles, aussi improbables et éloignés soient-ils » (par. 54). Il était clair que [TRADUCTION] « Lovat avait l’entière responsabilité » de la conception détaillée et de l’intégrité structurale de la machine « et que, en ce qui concerne la flexion des composantes du tunnelier, toutes les analyses détaillées et les calculs ont été

finite element analyses” (para. 69). There was no evidence that the 124 tunnel boring machines previously built by Lovat had experienced similar failure, although many had used similar sealing systems.

[22] The trial judge did not agree with the insurers that, because the machine had failed in November 1993 and had then been modified successfully to preclude another such occurrence, the risk ought to have been foreseen and the problems solved at the outset. He found that,

[w]hen all of the evidence is consistent that none of the experts or other persons involved, who had substantial experience in the design and manufacture of TBMs and with tunneling projects, expressed no concern with respect to differential deflection adversely affecting the sealing system and when the design of the TBM and the analyses of the various components did not indicate the possibility of the failure which occurred, it seems to me to be making an unjustified logical leap to conclude that because a failure did occur and was remedied, it should have been foreseen initially. [para. 75]

B. *Ontario Court of Appeal* (2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209

(1) Majority (Rosenberg and Cronk JJ.A.)

[23] Rosenberg and Cronk JJ.A. allowed the appeal, finding that the design of the TBM had indeed been faulty within the meaning of the exclusion provision. They agreed that the onus was on the insurers to bring the loss within the policy exclusion. They substantially accepted the trial judge’s formulation of the legal test but not his application of it to the facts:

In our view, the trial judge’s formulation of the foreseeability standard properly recognized that satisfaction of this standard requires proof that all foreseeable risks have been identified and addressed in the design in question. Mere recognition of a foreseeable risk is

faits par Wardrop au nom de Lovat, ou par Lovat à l’aide des résultats obtenus par Wardrop dans le cadre de son analyse par éléments finis » (par. 69). Il n’existait aucune preuve d’une défaillance similaire des 124 tunneliers déjà construits par Lovat, bien qu’un grand nombre ait été doté de systèmes d’étanchéité similaires.

[22] Le juge de première instance n’était pas d’accord avec les assureurs qui prétendaient que, vu la défaillance de la machine en novembre 1993 et la modification par laquelle on a réussi à empêcher que cela se reproduise, le risque aurait dû être prévu et les problèmes réglés dès le départ. Il a conclu ainsi :

[TRADUCTION] L’ensemble de la preuve concorde pour établir que les experts ou les autres personnes concernées, qui avaient une expérience considérable dans la conception et la fabrication de tunneliers et les projets de forage de tunnels, n’ont exprimé aucune crainte quant à la possibilité que la flexion différentielle nuise au système d’étanchéité. En outre, la conception du tunnelier et les analyses des diverses composantes n’ont pas révélé la possibilité de la défaillance survenue. Il me semble dès lors injustifié sur le plan de la logique de conclure que, parce qu’une défaillance est réellement survenue et qu’elle a été corrigée, il aurait fallu la prévoir dès le départ. [par. 75]

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209

(1) La position majoritaire (les juges Rosenberg et Cronk)

[23] Les juges Rosenberg et Cronk ont accueilli l’appel, concluant que la conception du tunnelier était bel et bien défectueuse au sens de la clause d’exclusion. Ils ont convenu qu’il incombait aux assureurs d’établir que la perte était visée par la clause d’exclusion de la police. Ils ont accepté pour l’essentiel le critère juridique formulé par le juge de première instance, mais non la façon dont il a été appliqué aux faits :

[TRADUCTION] À notre avis, la formulation de la norme de prévisibilité retenue par le juge de première instance reconnaissait à bon droit que, pour satisfaire à cette norme, il faut prouver que tous les risques prévisibles ont été cernés et qu’il y a été paré dans la conception

insufficient. “Accounting” for a foreseeable risk contemplates both that the risk is identified and that provision or allowance is made in the impugned design to meet the identified risk. On the foreseeability standard, anything less will not establish a fault-free and proper design. Nor, in our opinion, does designing against a foreseeable risk convert the risk into an unforeseeable one. It simply means that the applicable design provided for the risk, that is, the risk was identified and addressed in the design with a view to forestalling its occurrence, thus meeting the foreseeability standard. In this context, we agree that the foreseeability standard mandates that the relevant design “take into account”, “accommodate”, “provide for” and “withstand” all foreseeable risks. [Emphasis added; para. 62.]

(A crucial difference between their view and the trial judge’s formulation seems to be that whereas he held that “the TBM must be *designed* to withstand all foreseeable risks” (para. 174 (emphasis added)), the majority judgment of the Court of Appeal held that the design must in fact, with the benefit of hindsight, be shown to have *succeeded* in withstanding all foreseeable risks.) The Court of Appeal majority noted that the trial judge found little difference between the experts’ opinions on why the TBM failed. The controversial issue was whether or not the risk of *excess* differential deflection was foreseeable at the time the TBM was designed. The trial judge’s findings on foreseeability were tainted by reversible error in four respects, in their view. Firstly, in accepting Dr. Hampson’s expert opinion that *excess* differential deflection was not foreseeable, the trial judge failed to consider Lovat’s admission that he *had* known in advance that if the seal flanges of the TBM deflected at a different rate than the fixed bulkhead, differential deflection affecting the critical seal gap would occur. “[A]ccording to Rick Lovat, this type of risk was both known to and investigated by Lovat or its agents” (para. 89).

en cause. La simple reconnaissance d’un risque prévisible ne suffit pas. La « prise en compte » d’un risque prévisible signifie que le risque a été cerné et que des mesures sont prises dans la conception pour parer au risque en question. Suivant la norme de prévisibilité, l’absence de défektivité et le caractère adéquat de la conception ne sauraient sans cela être établis. À notre avis, le fait d’élaborer des mesures pour parer à un risque prévisible ne rend pas non plus ce risque imprévisible. Cela signifie simplement que la conception applicable a prévu le risque, c’est-à-dire que le risque a été cerné et qu’il y a été paré dans la conception en vue d’en prévenir la réalisation, et que la norme de prévisibilité est ainsi respectée. Dans ce contexte, nous convenons que la norme de prévisibilité exige que la conception pertinente « prenne en compte », « soit adaptée à », « prévienne » et « résiste à » tous les risques prévisibles. [Je souligne; par. 62.]

(Une différence fondamentale entre leur opinion et la formulation de celle du juge de première instance semble résider dans le fait qu’il a conclu que [TRADUCTION] « le tunnelier doit être *conçu* pour résister à tous les risques prévisibles » (par. 174 (je souligne)), tandis que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont jugé qu’il faut prouver, avec le recul, que la conception a *effectivement* résisté à tous les risques prévisibles.) Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont souligné que le juge de première instance n’avait guère vu de différence entre les opinions des experts sur l’origine de la défaillance du tunnelier. La question controversée était celle de savoir si le risque de flexion différentielle *excessive* était prévisible ou non au moment de la conception du tunnelier. Selon les juges Rosenberg et Cronk, les conclusions du juge de première instance à propos de la prévisibilité étaient entachées d’une erreur justifiant l’infirmité à quatre égards. Premièrement, en acceptant l’opinion d’expert de M. Hampson selon laquelle la flexion différentielle *excessive* n’était pas prévisible, le juge de première instance a omis de tenir compte de l’aveu de M. Lovat, qui a déclaré *avoir* su à l’avance que si les brides d’étanchéité du tunnelier et le bouclier fixe ne fléchissaient pas dans la même mesure, il y aurait une flexion différentielle dans l’espace critique permettant aux joints d’étanchéité de fonctionner. [TRADUCTION] « [S]elon Rick Lovat, ce type de risque était connu de Lovat ou de ses mandataires qui les avaient étudiés » (par. 89).

[24] Secondly, the trial judge relied upon the fact that the blue ribbon technical committee convened by the CNR had accepted Wardrop's analyses and Lovat's design. But the trial judge's own findings showed that the design committee had asked very few questions about the sealing system or its potential for differential deflection.

[25] Thirdly, the trial judge failed to distinguish between the foreseeability of the risk of failure that occurred and the foreseeability of the precise *mechanism* by which that risk might manifest itself in physical damage to the machine. The trial judge conflated the foreseeability of the *type* of risk and the *magnitude* of that risk. The machine's failure was not attributable to a cause external to the TBM but to the design itself.

[26] Fourthly, to allow recovery in a case where a known risk materialized would convert the insurance policy into a warranty. The insurance policy here was not intended to be a warranty that the machine would fulfill its purpose or a warranty to cover entrepreneurial design risk.

[27] As to the CNR's alternate submission that even if the exclusion for faulty or improper design applied, the CNR could still recover for resultant loss or damage, the trial judge was correct that "the delayed opening insurance under Section II provides coverage for consequential economic loss only to the extent that the economic loss results from insured loss or damage to insured property" (para. 138). There being no recovery under Section I there could be no recovery under Section II for related losses. The trial judgment was set aside and the action was dismissed.

(2) Dissent (Lang J.A.)

[28] Lang J.A. held that even if she accepted that factual errors were made by the trial judge as

[24] Deuxièmement, le juge de première instance s'est fondé sur le fait que le comité technique formé d'experts constitué par le CN avait accepté l'analyse de Wardrop et la conception de Lovat. Or, il ressortait des conclusions du juge lui-même que le comité de conception avait posé bien peu de questions à propos du système d'étanchéité ou du risque de flexion différentielle.

[25] Troisièmement, le juge de première instance n'a pas fait de distinction entre la prévisibilité du risque de la défaillance survenue et la prévisibilité du *mécanisme* précis par lequel ce risque pouvait se manifester par un dommage matériel à la machine. Il a amalgamé la prévisibilité du *type* de risque et l'*ampleur* de ce risque. La défaillance de la machine n'était pas imputable à une cause extérieure au tunnelier, mais à la conception elle-même.

[26] Quatrièmement, accorder une indemnisation dans une affaire où un risque connu s'est matérialisé équivaudrait à faire de la police d'assurance une garantie. La police d'assurance, en l'espèce, n'était pas censée être une garantie que la machine répondrait à l'usage auquel on la destinait ou une garantie contre le risque d'erreur de conception.

[27] En ce qui concerne l'argument subsidiaire du CN selon lequel, même si la clause d'exclusion relative à la conception défectueuse ou inadéquate s'appliquait, il pouvait tout de même être indemnisé pour la perte ou le dommage entraîné par voie de conséquence, le juge de première instance avait conclu à juste titre que [TRADUCTION] « l'assurance contre un retard dans l'ouverture prévue dans la partie II couvre la perte financière indirecte seulement dans la mesure où la perte financière découle d'une perte ou d'un dommage assuré subi par le bien assuré » (par. 138). Comme aucune indemnisation n'était possible en vertu de partie I, il ne pouvait y avoir une indemnisation en vertu de la partie II pour des pertes connexes. La décision de première instance a été annulée et l'action a été rejetée.

(2) La dissidence (la juge Lang)

[28] La juge Lang a conclu que, même dans le cas où elle reconnaît l'existence des erreurs de fait

asserted by her colleagues, the exception would still not apply in this case. The governing standard for foreseeability set out in *Foundation Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36 (Gen. Div.), required the design to take all foreseeable risks into account. This was done. Unlike the *Foundation* test, however, the majority here required that the design *succeed* in accommodating all foreseeable risks. In her view, the majority's test was objectionable because

if a design is required to succeed in accommodating all foreseeable risks, as my colleagues say it must, then the design is required to meet a standard of perfection with respect to those risks. [para. 194]

The insurers had called no evidence from an expert with credentials equal to the CNR's expert, Dr. Hampson, to show that the key Wardrop analysis was based on faulty data or that a different overlay analysis would have revealed that the design was at risk of excess differential deflection (para. 200). There was no evidence accepted by the trial judge that any other designer would have undertaken more or different tests.

[29] Lang J.A. rejected any distinction between unforeseeable *internal* causes of loss and unforeseeable *external* causes. She would have dismissed the appeal and cross-appeal, apart from adjusting to March 31, 1995, the date upon which prejudgment interest was to commence, with costs to the CNR.

#### IV. Analysis

[30] Some general principles governing the interpretation of insurance policies were set out by Estey J. in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 901:

Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts,

reprochées au juge de première instance par ses collègues, l'exception ne s'appliquerait pas en l'espèce. Selon la norme relative à la prévisibilité formulée dans *Foundation Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36 (Div. gén.), la conception devait prendre en compte tous les risques prévisibles. Cela a été fait. Mais contrairement au critère énoncé dans *Foundation*, celui énoncé par les juges majoritaires en l'espèce exige que la conception soit *effectivement* adaptée à tous les risques prévisibles. Selon la juge Lang, le critère établi par les juges majoritaires était contestable parce que

[TRADUCTION] si une conception doit effectivement être adaptée à tous les risques prévisibles, comme le disent mes collègues, cela veut dire que la conception doit répondre à une norme de perfection pour ce qui est de ces risques. [par. 194]

Les assureurs n'avaient fait témoigner aucun expert ayant des titres de compétence équivalents à ceux de l'expert du CN, M. Hampson, pour tenter d'établir que l'analyse clé de Wardrop était fondée sur des données erronées ou qu'une analyse de superposition différente aurait révélé que la conception risquait de causer une flexion différentielle excessive (par. 200). Il n'existait aucune preuve acceptée par le juge de première instance selon laquelle tout autre concepteur aurait effectué des tests supplémentaires ou différents.

[29] La juge Lang a rejeté toute distinction entre les causes *internes* imprévisibles de la perte et les causes *externes* imprévisibles. Elle aurait rejeté l'appel et l'appel incident, mais aurait néanmoins fixé au 31 mars 1995 la date à laquelle l'intérêt avant jugement commençait à courir, avec dépens au CN.

#### IV. Analyse

[30] Certains principes généraux régissant l'interprétation des polices d'assurance ont été énoncés par le juge Estey dans *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 901 :

Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à

the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted.

See also *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at pp. 268-69, *per* McLachlin J., and *Zurich Insurance Co. v. 686234 Ontario Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 447 (C.A.), at p. 458.

[31] What was insured here was “physical loss or damage” to property of “every kind and quality including but not limited to the [TBM]” plus any consequent economic loss occasioned by delay in the opening of the tunnel. The TBM suffered physical damage and the consequent delay occasioned substantial economic loss. The insurers are therefore liable under the policy unless they can show that the physical damage was caused by “faulty or improper design” or inherent vice. In other words, the loss may have been caused by the design, but unless the design is shown by the insurers to be “faulty or improper”, the exclusion does not apply to relieve the insurers of liability. Substantially the same difficulty confronted the insurers in establishing the “inherent vice” exception.

[32] The key question that divided the Court of Appeal majority and the trial judge was how to define the scope of the “faulty or improper design” exclusion within the context of an “all risks” insurance policy which must be read as a whole: *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233, at p. 238; *Consolidated-Bathurst*, at p. 899. In *Reid Crowther & Partners*, McLachlin J. observed that “coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly” (p. 269).

l’interprétation des contrats, les règles normales d’interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l’ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l’intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l’assurance a été contractée.

Voir également *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 268-269, la juge McLachlin, et *Zurich Insurance Co. c. 686234 Ontario Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 447 (C.A.), p. 458.

[31] Ce qui était assuré, en l’espèce, étaient les risques de « pertes ou de dommages matériels » à l’égard des biens de [TRADUCTION] « quelque nature et qualité, notamment le [tunnelier] » ainsi que toute perte financière indirecte imputable à un retard dans l’ouverture du tunnel. Le tunnelier a subi un dommage matériel et le retard qui en a résulté a entraîné des pertes financières importantes. Les assureurs sont donc tenus à l’indemnisation prévue par la police à moins qu’ils ne parviennent à établir que le dommage matériel est le résultat d’une [TRADUCTION] « conception défectueuse ou inadéquate » ou d’un vice inhérent. Autrement dit, la perte peut avoir été causée par la conception mais, à moins que les assureurs ne prouvent que celle-ci était « défectueuse ou inadéquate », l’exclusion ne dégage pas les assureurs de leur obligation d’indemnisation. Les assureurs faisaient face dans une large mesure à la même difficulté pour établir qu’il fallait appliquer l’exception liée au « vice inhérent ».

[32] La principale question qui a opposé les juges majoritaires de la Cour d’appel et le juge de première instance était celle de savoir comment devrait être déterminée l’étendue de l’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » dans le cadre d’une police d’assurance « tous risques » qui doit être interprétée dans son ensemble : *Parsons c. Standard Five Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 223, p. 238; *Consolidated Bathurst*, p. 899. Dans *Reid Crowther & Partners*, la juge McLachlin a noté que « les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d’exclusion une interprétation restrictive » (p. 269).

[33] The CNR contends that the terms of the policy should also be read *contra proferentem*. However, while the language of the exception was fairly standard for an “all risks” policy, the entire policy had been negotiated between sophisticated parties. It was a “manuscript policy” rather than a policy of adhesion. The expression “faulty or improper design” requires interpretation but I do not think it is ambiguous. The *contra proferentem* principle applies, if at all, only “when all other rules of construction fail”: *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 953. In this case other rules of construction are adequate.

[34] The insurers had the onus of bringing the loss within the language of the exception: *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164. They claim to have done so. The design allowed dirt to penetrate the cuttinghead. There was no evidence that unforeseen operating conditions “external” to the TBM had been encountered in the tunnel. The TBM design “accommodated” and “took into account” foreseeable risks, but in the end failed “to withstand” them. The Court of Appeal majority concluded that the failure to “withstand” foreseeable (and foreseen) risks amounted to *prima facie* proof of a “faulty or improper design”. Critical to the Court of Appeal majority’s conclusion was the trial judge’s finding that the cause of physical damage to the TBM “was excess differential deflection between components of the TBM which the TBM could not accommodate and which resulted in damage to the sealing system permitting soil and other foreign material to enter the main bearing area of the TBM” (para. 66).

[35] However, the trial judge also adopted, at para. 75, the conclusion of Dr. Hampson, who wrote:

[It] is not realistic to suggest that all potential problems can and always should be identified nor that the

[33] Le CN fait valoir que les clauses de la police doivent aussi être interprétées selon le principe *contra proferentem*. Or, s’il est vrai que le libellé de l’exception est assez courant pour une police « tous risques », il demeure que la police dans son ensemble avait été négociée entre des parties bien averties. Il s’agissait d’une « police sur mesure » plutôt que d’une police type. L’expression « conception défectueuse ou inadéquate » nécessite une interprétation, mais je ne crois pas qu’elle soit ambiguë. Le principe *contra proferentem* s’applique uniquement, le cas échéant, [TRADUCTION] « lorsque toutes les autres règles d’interprétation ne permettent pas de trouver la solution » : *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, p. 953. Or, en l’espèce, d’autres règles d’interprétation sont adéquates.

[34] Il incombait aux assureurs de prouver que la perte tombait sous le coup de l’exception : *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164. Ils disent l’avoir fait. La conception a permis la pénétration de déblais dans la tête de coupe. Rien dans la preuve n’indiquait la présence, dans le tunnel, de conditions imprévues « extérieures » au tunnelier. La conception du tunnelier était « adaptée » aux risques prévisibles et les a « pris en compte », mais en fin de compte elle n’y a pas « résisté ». Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’incapacité à « résister » aux risques prévisibles (et prévus) constituait la preuve *prima facie* d’une « conception défectueuse ou inadéquate ». La conclusion du juge de première instance selon laquelle la cause du dommage matériel subi par le tunnelier [TRADUCTION] « était la flexion différentielle excessive de composantes du tunnelier, à laquelle le tunnelier ne pouvait résister et qui a endommagé le système d’étanchéité, ce qui a permis à des déblais et à d’autres matières étrangères de pénétrer dans le roulement principal » (par. 66) a été un élément crucial de la conclusion des juges majoritaires en Cour d’appel.

[35] Toutefois, au par. 75 de ses motifs, le juge de première instance a aussi adopté la conclusion de M. Hampson, qui a écrit :

[TRADUCTION] [Il] n’est pas réaliste de penser que tous les problèmes potentiels peuvent et devraient toujours



issues spotlighted by hindsight should always have been picked-out. Dr. Becker [the defence expert] offers no evidence that the engineering approach from Lovat was not rigorous apart from the somewhat tautological contention that because a failure occurred they should have avoided it.

être cernés, ou que les problèmes mis en évidence rétrospectivement auraient dans tous les cas dû être décelés. M. Becker [l'expert de la défense] ne présente aucune preuve donnant à penser que l'approche technique de Lovat n'était pas rigoureuse, mis à part l'argument quelque peu tautologique selon lequel, parce que la défaillance s'est produite, elle aurait dû être évitée.

There are undoubtedly failures due to incompetence, ignorance, complacency, blind faith, mistakes and incorrect information. But there are also failures of components that could not have been foreseen and would not be focused on from the basis of information that was available at the time — it is my contention that the St Clair TBM is in this category. The value of hindsight after a problem cannot be over-emphasised — but this is far removed from foreseeability [*sic*] in the real world. [Emphasis added; Hampson's Third Report, at p. 5.]

Il y a certainement des défaillances causées par l'incompétence, l'ignorance, l'inconscience, la confiance aveugle, les erreurs et les renseignements inexacts. Cependant, il y a aussi des défaillances de composantes qui ne pouvaient pas être prévues et sur lesquelles on ne se serait pas focalisé eu égard à l'information disponible au moment considéré. Selon moi, le tunnelier St Clair appartient à cette catégorie. On ne saurait trop insister sur la valeur du regard posé rétrospectivement sur un problème — mais cela est bien différent de la prévisibilité dans le monde réel. [Je souligne; troisième rapport de M. Hampson, p. 5.]

I interpret these passages as saying that at any given time *risks* may be foreseeable but that in addressing those risks in an innovative project there is inevitably a gap between the then current state of the engineering art and omniscience, i.e. a state of perfect knowledge and technique. This gap conceals risks within risks that are not foreseeable on “the basis of information that was available at the time . . . in the real world”. As Lang J.A. pointed out, quite reasonably I believe, a design is not “faulty or improper” simply because it falls short of perfection in relation to all foreseeable risks (para. 194).

Selon mon interprétation, cela signifie qu'à tout moment il est possible de prévoir des *risques*, mais que lorsqu'il s'agit de parer à ces risques pour un projet innovateur, il y a inévitablement un écart entre l'état de la technique au jour de leur examen et l'omniscience, c'est-à-dire un état de connaissance et de technique parfaites. Cet écart dissimule des risques parmi d'autres risques qui ne sont pas prévisibles [TRADUCTION] « eu égard à l'information disponible au moment considéré [. . .] dans le monde réel ». Comme l'a souligné le juge Lang avec beaucoup de bon sens à mon avis, une conception n'est pas « défectueuse ou inadéquate » du simple fait qu'elle n'atteint pas la perfection quant à tous les risques prévisibles (par. 194).

[36] The Court of Appeal majority faulted the trial judge for conflating the foreseeability of a *type* of risk with foreseeability of the particular *mechanism* by which the risk eventually manifested itself in physical damage to the TBM. It is true that the experts were unable to explain the “mechanism”, i.e. how did the dirt manage to penetrate a gauntlet of 26 seals (what they called, not without irony, the “Maginot Line”) while leaving some of the seals intact. But lack of proof of a precise mechanism, on my reading of the trial judge's reasons, was not

[36] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reproché au juge de première instance d'avoir confondu la prévisibilité d'un *type* de risque et la prévisibilité du *mécanisme* particulier par lequel le risque s'est finalement réalisé sous la forme d'un dommage matériel subi par le tunnelier. Il est vrai que les experts ne sont pas arrivés à expliquer le « mécanisme », c'est-à-dire la façon dont les déblais sont parvenus à pénétrer dans un manchon de 26 joints d'étanchéité (qu'ils ont appelé, non sans ironie, la « ligne Maginot ») tout en

critical to his conclusions. His reasons (which the Court of Appeal itself said showed an “impressive command of the trial record” (para. 92)) demonstrated quite clearly that he realized perfectly well that the key issue was whether *excess* differential deflection was a foreseeable risk. The design team knew that failure to maintain the 3 millimeter tolerance could precipitate TBM failure. Much of the trial reasons were devoted to explaining how Lovat and Wardrop approached and dealt with that risk.

[37] The Court of Appeal majority dealt with “foreseeable risk” on a high level of generality. Engineers know that metal will bend under stress and such a risk is therefore foreseeable. The trial judge, on the other hand, took a more contextual approach, concluding that in the context of *this* particular project, given the state of the art, *risk* of failure on *this* job in the circumstances encountered was simply not a *risk* foreseeable (or foreseen) by the experts, even as a remote or unlikely possibility. His concern was with foreseeability of risk, as it should have been, not the particular mechanism of failure.

#### A. *The Queensland Principle*

[38] The argument was made that any time a loss is shown to be occasioned by the design, such failure is *prima facie* proof that the design was faulty or improper because the product, as designed, turned out to be unfit for the intended purpose. The exception is for a “faulty design” not “faulty designer”, as noted by the High Court of Australia in *Queensland Government Railways v. Manufacturers’ Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 214. In that case three concrete piers of a railway bridge under construction were swept away by a flood. The insurance policy excluded “loss or damage arising from faulty design”. An arbitrator found the cause

laissant certains des joints intacts. Cependant, l’absence de preuve d’un mécanisme précis, selon mon interprétation des motifs du juge de première instance, ne constituait pas un élément essentiel de ses conclusions. Ses motifs (qui témoignaient aux dires mêmes de la Cour d’appel d’une [TRADUCTION] « maîtrise impressionnante du dossier de première instance » (par. 92)) indiquaient clairement qu’il savait parfaitement que la question clé était celle de savoir si la flexion différentielle *excessive* était un risque prévisible. L’équipe de concepteurs savait que l’incapacité de maintenir la tolérance de 3 millimètres pouvait provoquer la défaillance soudaine du tunnelier. Les motifs du juge de première instance visaient en grande partie à expliquer comment Lovat et Wardrop avaient abordé ce risque et en avaient tenu compte.

[37] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont traité la question du « risque prévisible » de manière très générale. Les ingénieurs savent que le métal fléchit sous l’effet de la pression; un tel risque est donc prévisible. Cependant, le juge de première instance a adopté une approche plus contextuelle, et a conclu que dans le contexte de *ce* projet bien précis, compte tenu de l’état de la technique, le *risque* de défaillance dans le contexte de *ce* mandat, dans les circonstances, n’était tout simplement pas un *risque* prévisible (ou prévu) par les experts, même en tant que risque éloigné ou improbable. Il a, à juste titre, axé son analyse sur la prévisibilité du risque, et non sur le mécanisme particulier de la défaillance.

#### A. *Le principe formulé dans l’arrêt Queensland*

[38] On a fait valoir que chaque fois qu’il est prouvé qu’une perte est imputable à la conception, la défaillance constitue une preuve *prima facie* que la conception était défectueuse ou inadéquate parce que le produit, tel qu’il a été conçu, s’est avéré impropre à l’usage auquel on le destinait. Ainsi que la Haute Cour de l’Australie l’a fait observer dans *Queensland Government Railways c. Manufacturers’ Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 214, l’exception concerne la [TRADUCTION] « conception défectueuse », non « le concepteur fautif ». Dans cette affaire, trois piliers de béton d’un pont ferroviaire en construction avaient été emportés par la crue des

of the collapse to be the inability of the piers to withstand the transverse forces of the river current to which they became subject. He also found that it was reasonable for the designing engineer to rely on the fact that a previous bridge in that location had stood for 50 years, and that the design was in accordance with the then state of the art. On these facts, the High Court unanimously (5-0) reversed the arbitrator's award and upheld the exception. Barwick C.J., for himself and three other justices, stated:

To design something that will not work simply because at the time of its designing insufficient is known about the problems involved and their solution to achieve a successful outcome is a common enough instance of faulty design. [p. 217]

Barwick C.J. did not rest his decision on the foreseeability of the risk of a flood “higher than any previously recorded” (p. 215), although Windeyer J., in a concurring judgment, considered such a flood to be a foreseeable risk (p. 219). Instead, Barwick C.J.'s target was the “state of the engineering art” issue. He wrote:

The learned arbitrator came to the conclusion that work done at the University of Queensland in investigating the cause of the collapse of the piers “operated as an enlargement of engineering knowledge” and that, when the bridge was designed,

... engineering knowledge and practice lacked a proper appreciation of the extent of the powerful forces which bridge piers may be required to withstand. [p. 216]

[39] In commenting on the *Queensland* case, Professor Craig Brown in *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), vol. 2, states as follows:

In the *Queensland* case, the court also noted that “faulty” can mean either “caused by the inadequate conduct of someone” or “defective, no matter whether

eaux. La police d'assurance excluait [TRADUCTION] « les pertes ou les dommages résultant d'une conception défectueuse ». Un arbitre a attribué l'effondrement à l'incapacité des piliers à résister aux forces transversales du courant de la rivière auxquelles ils ont été exposés. L'arbitre a aussi conclu qu'il était raisonnable pour l'ingénieur concepteur de se fonder sur le fait qu'un pont déjà construit à cet endroit avait tenu bon pendant 50 ans, et que la conception était conforme à l'état de la technique de l'époque. Ces faits ont amené la Haute Cour à infirmer à l'unanimité (5-0) la sentence arbitrale et à confirmer l'application de l'exception. Le juge en chef Barwick, en son propre nom et au nom de trois autres juges, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Concevoir une chose qui ne fonctionnera pas pour la simple raison qu'au moment de la conception, on n'en sait pas assez au sujet des problèmes en jeu et des solutions qui permettraient d'atteindre le résultat souhaité, constitue un exemple assez fréquent de conception défectueuse. [p. 217]

Le juge en chef Barwick n'a pas fondé sa décision sur la prévisibilité du risque d'une crue des eaux [TRADUCTION] « plus haute que toute autre jamais enregistrée » (p. 215) bien que le juge Windeyer, dans une opinion concordante, ait considéré une telle crue comme un risque prévisible (p. 219). Le juge en chef Barwick s'est plutôt centré sur la question de [TRADUCTION] « l'état de la technique ». Il a écrit :

[TRADUCTION] L'arbitre est arrivé à la conclusion que les travaux effectués à l'Université du Queensland dans le cadre de l'enquête sur l'effondrement des piliers « avaient entraîné un élargissement des connaissances en ingénierie » et que, à l'époque où le pont a été conçu,

... les connaissances et la pratique en ingénierie ne permettaient pas d'apprécier correctement l'ampleur des forces puissantes auxquelles les piliers d'un pont peuvent devoir résister. [p. 216]

[39] Le professeur Craig Brown a écrit ceci au sujet de l'arrêt *Queensland* dans *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2 :

[TRADUCTION] Dans *Queensland*, le tribunal a également souligné que le mot « défectueux » peut vouloir dire soit « causé par les actions inadéquates d'une

the defect is caused by someone's inadequate conduct or not". The court applied the latter definition. It has therefore been argued in other cases that where an insurable loss results, a *prima facie* inference is raised that the faulty workmanship or design exclusion applies. In other words, it is argued that if the design failed, it must be faulty. This would, however, effectively reverse the onus of proving that the exclusion applies, in the absence of any policy wording to that effect. Further, it would impose absolute liability on the contractor or designer and would significantly negate the coverage provided. There cannot be absolute liability because the exclusion is comparative. This requires a comparison to a standard and a finding that the design was below that standard. [pp. 20-32 and 20-33]

In effect, the *Queensland* court said that the fact of failure not only speaks for itself but, once it is attributed to the design, it discharges the insurers' onus of proof.

[40] Respectfully, I do not agree with *Queensland* that a design can be said to be "faulty" if it conforms to the state of the art, as was found by the trial judge to be the case here. (Although the trial judge did not use the term "state of the art", I believe that was the effect of the extracts of Dr. Hampson's opinion, previously mentioned, which he adopted.)

[41] Canadian courts traditionally equated "faulty design" with designer negligence: *Poole-Pritchard Canadian Ltd. v. Underwriting Members of Lloyds* (1969), 71 W.W.R. 684 (Alta. S.C.); *Homeco Investments Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1984] O.J. No. 920 (QL) (H.C.J.); *Lakeland Development Co. v. Anglo Gibraltar Insurance Group* (1993), 10 C.L.R. (2d) 17 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). I agree, of course, with *Queensland* that the exception relates to faulty design, not designer fault, although the two concepts may be difficult on occasion to disentangle as every design must have

personne » soit « défectueux, peu importe que le défaut soit ou non causé par les actions inadéquates d'une personne ». Le tribunal a appliqué la seconde définition. Ainsi, il a été plaidé dans d'autres affaires que lorsqu'un sinistre assurable survient, il y a une inférence *prima facie* que l'exclusion relative à une exécution ou une conception défectueuse s'applique. En d'autres mots, que si la conception n'a pas produit le résultat escompté, elle était forcément défectueuse. On se trouverait cependant ainsi à inverser le fardeau de la preuve quant à l'application de l'exclusion, alors que la police ne contient aucune clause à cet effet. On se trouverait en outre à imposer une responsabilité absolue à l'entrepreneur ou au concepteur et à supprimer dans une large mesure la couverture prévue. Or, il ne peut y avoir de responsabilité absolue parce que l'exclusion est de nature comparative, c'est-à-dire qu'elle suppose une comparaison avec une norme et une conclusion selon laquelle la conception ne satisfaisait pas à cette norme. [p. 20-32 et 20-33]

En fait, dans *Queensland*, le tribunal a affirmé que la défaillance non seulement parle par elle-même, mais également, dès lors qu'il est démontré qu'elle est attribuable à la conception, décharge l'assureur de son fardeau de preuve.

[40] En toute déférence, je ne partage pas l'opinion exprimée dans *Queensland* selon laquelle une conception peut être qualifiée de « défectueuse » alors qu'elle est conforme à l'état de la technique, ainsi que l'a estimé le juge de première instance en l'espèce. (Bien que le juge de première instance n'ait pas utilisé l'expression « état de la technique », je pense que c'est ce qui ressort des extraits de l'opinion de M. Hampson, mentionnés plus haut, qui ont été retenus par le juge de première instance.)

[41] Les tribunaux canadiens ont traditionnellement assimilé la « conception défectueuse » à la négligence du concepteur: *Poole-Pritchard Canadian Ltd. c. Underwriting Members of Lloyds* (1969), 71 W.W.R. 684 (C.S. Alb.); *Homeco Investments Ltd. c. Canadian General Insurance Co.*, [1984] O.J. No. 920 (QL) (H.C.J.); *Lakeland Development Co. c. Anglo Gibraltar Insurance Group* (1993), 10 C.L.R. (2d) 17 (C. Ont. (Div. gén.)). Bien sûr, je conviens que l'exception, comme il a été dit dans *Queensland*, vise la conception défectueuse et non la faute du concepteur — bien qu'il

a designer. Nevertheless the focus must remain on the design itself.

[42] *Queensland* was cited by the Alberta Court of Appeal in *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236. In that case, walls on a construction site had been braced in accordance with industry standards. Nevertheless, they collapsed under the stress of a windstorm. Windstorms were a foreseeable risk. Coverage was excluded because, despite the fact the design was shown to be in accordance with industry practice, such practice could not absolve the contractor from fault because “a contractor might decide to run the risk of not using any bracing at all. He could hardly expect in such a case that the ‘design’ or ‘workmanship’ would not be considered ‘faulty or improper’” (p. 882). What was done in *Willowbrook Homes* was certainly not state of the art.

[43] *Queensland* was also cited in *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (Ont. H.C.J.). In that case, a trestle bridge failed to withstand normal ice flows. Not only were the ice flows foreseeable but the design had been rejected by consulting engineers prior to construction because, *inter alia*, “[i]nvestigation of piles for ice pressure is required” (p. 96). Despite the engineer’s warning, the recommended investigation had not been carried out and the plans had not been modified. The insurer succeeded.

[44] *Queensland* was again cited in *B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729 (B.C.C.A.). An embankment supporting a section of railway track collapsed. The collapse stemmed from a wrong assumption made by the designer about the nature of the underlying

puisse parfois être difficile de démêler les deux concepts étant donné que pour chaque conception, il doit nécessairement y avoir un concepteur. En dépit de cette difficulté, la conception doit être au centre de l’analyse.

[42] L’arrêt *Queensland* a été cité par la Cour d’appel de l’Alberta dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236. Dans cette affaire, des murs sur un chantier de construction qui avaient été étayés en conformité avec les normes de l’industrie se sont néanmoins effondrés sous la pression causée par une tempête de vent. Les tempêtes de vent étaient un risque prévisible. La protection était exclue parce que, même si, selon la preuve, la conception était conforme à la pratique de l’industrie, une telle pratique ne pouvait pas exonérer l’entrepreneur de sa faute car [TRADUCTION] « un entrepreneur pourrait décider de courir le risque de ne faire aucun étayage. Il pourrait difficilement s’attendre, dans un tel cas, à ce que la “conception” ou l’“exécution” ne soit pas considérée comme “défectueuse ou inadéquate” » (p. 882). Ce qui avait été fait dans *Willowbrook Homes* ne correspondait certainement pas à l’état de la technique.

[43] *Queensland* a aussi été cité dans *Collavino Inc. c. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (H.C.J. Ont.). Dans cette affaire, un pont sur chevalets n’avait pas résisté au passage normal des glaces. Non seulement ce passage des glaces était-il prévisible, mais la conception avait été rejetée par les ingénieurs-conseils avant la construction, notamment parce qu’[TRADUCTION] « [i]l est nécessaire de procéder à un examen des piliers en fonction de la pression des glaces » (p. 96). En dépit de l’avertissement des ingénieurs, l’examen recommandé n’avait pas été effectué et les plans n’avaient pas été modifiés. L’assureur a eu gain de cause.

[44] *Queensland* a été cité une fois de plus dans *B.C. Rail Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729 (C.A.C.-B.). Un remblai supportant une section d’une voie ferrée s’était affaissé par suite d’une supposition erronée faite par le concepteur à propos des conditions du sol

soil conditions. The court found that, as a result of the engineer's erroneous assumption (which he failed to investigate by "soil tests, drill core tests, seismic tests or water level tests before proceeding with the design" (p. 738)), the design was faulty and the exclusion applied.

[45] Although *Queensland* was cited in the above cases they are all equally explicable on the basis of a negligence standard. In the present case there was no evidence of negligence. On the contrary, Lovat and Wardrop had performed according to the state of the art.

[46] *Queensland* has also been cited in the English courts; see *Kier Construction Ltd. v. Royal Insurance (UK) Ltd.* (1992), 30 Con. L.R. 45 (Q.B.), and *Hitchens (Hatfield) Ltd. v. Prudential Assurance Co.*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 580 (C.A.), but the discussion in those cases does not shed much light on the particular questions at issue here.

[47] The insurers in this case do not take a pure *Queensland* approach. They acknowledge that the failure must not only occur but occur under conditions that were foreseeable, even though considered unlikely or remote. However, in their view, where the TBM failed (as it did here) under conditions that were foreseeable, failure *plus* foreseeability of the risk that resulted in the physical damage to the thing insured is enough to show that the design was *prima facie* "faulty". It is not necessary for the insurers to show exactly how the failure occurred, or to demonstrate negligence on the part of the design team. The exception, they repeat, relates to a faulty design not a faulty designer.

[48] The insurers make a beguiling argument but I do not think it should prevail. The CNR was entitled to insure against the possibility that a design might fail even though not improper or

sous-jacent. La cour a conclu qu'en raison de cette supposition erronée (que le concepteur n'avait pas vérifiée par [TRADUCTION] « des analyses de sol, des carottes de forage, des tests sismiques ou de niveaux d'eau avant d'entreprendre la réalisation de la conception » (p. 738)), la conception était défectueuse et l'exclusion s'appliquait.

[45] Bien que l'arrêt *Queensland* ait été cité dans les décisions dont je viens de faire état, celles-ci peuvent toutes aussi bien s'expliquer sur la base d'une norme de négligence. Dans la présente espèce, il n'y avait aucune preuve de négligence. Au contraire, les travaux de Lovat et Wardrop étaient conformes à l'état de la technique.

[46] L'arrêt *Queensland* a également été cité par les tribunaux anglais (voir *Kier Construction Ltd. c. Royal Insurance (UK) Ltd.* (1992), 30 Con. L.R. 45 (Q.B.), et *Hitchens (Hatfield) Ltd. c. Prudential Assurance Co.*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 580 (C.A.)), mais les analyses qu'on trouve dans ces décisions ne sont guère éclairantes au regard des questions particulières qu'il faut trancher dans la présente cause.

[47] En l'espèce, les assureurs ne s'en tiennent pas strictement à l'approche adoptée dans *Queensland*. Ils reconnaissent qu'il ne suffit pas que la défaillance survienne et qu'il faut qu'elle survienne dans des conditions qui étaient prévisibles, aussi éloignées ou improbables fussent-elles. Toutefois, ils estiment que dans un cas où le tunnelier tombe en panne (comme en l'espèce) dans des conditions prévisibles, la conjonction de la défaillance *et* de la prévisibilité du risque qui a causé le dommage matériel au bien assuré suffirait pour prouver que la conception était *prima facie* « défectueuse ». Ils estiment ne pas avoir à établir précisément comment la défaillance s'est produite, ni à prouver la négligence de l'équipe de conception. L'exception, répètent-ils, vise la conception défectueuse et non la faute du concepteur.

[48] L'argument des assureurs est séduisant, mais j'estime qu'il ne devrait pas être retenu. Le CN était en droit de s'assurer contre la possibilité qu'une conception aboutisse à une défaillance, même si

faulty according to the state of the art. The insurers cannot rely simply on the benefit of hindsight to discharge their onus of proof.

### B. *The Foundation Standard*

[49] In *Foundation*, the insurer invoked the “faulty design” exemption when a cofferdam (a watertight enclosure from which water is pumped to expose a river bed) collapsed in the course of constructing piers for a bridge. The cause of the collapse was a localized “blow-in”, or sudden collapse in the underlying river bed, caused by the unexpected mixing of gasses with soils containing a high proportion of swelling clays. The collapse could have been avoided by driving the pilings deeper but the need for this extra measure was not foreseen because the combined presence of gas and the particular soil conditions (slickensides) was unpredictable and undiscovered by pre-construction testing of the subsoil. The trial judge, Wilson J., concluded that it was unlikely that further tests such as a further borehole at each cofferdam “would have identified the potential problem” (p. 46). She cited but declined to apply *Queensland*. Instead, she emphasized the need for foreseeability of the precise risk and the need to measure the design against a known standard or comparator. The Ontario Court of Appeal, in a brief endorsement, dismissed the insurers’ appeal ([1997] O.J. No. 2332 (QL)). The cause of the collapse was known. The insurer had failed to show a “faulty design”.

[50] *Foundation* was applied by Lang J. (as she then was) in *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.). In that case, a hydroelectric dam experienced structural failure when undermined by subsoil conditions that ought to have been (but were not) taken into account in the design. The trial judge found that the dam’s design had been based on wrong assumptions

elle n’était pas inadéquate ou défectueuse selon l’état de la technique. Les assureurs ne peuvent pas se dégager de leur fardeau de preuve en se fondant uniquement sur l’avantage du regard rétrospectif.

### B. *La norme établie par l’arrêt Foundation*

[49] Dans l’arrêt *Foundation*, l’assureur avait invoqué l’exclusion relative à la « conception défectueuse » après qu’un batardeau (une digue provisoire permettant la mise à sec par pompage du lit d’un cours d’eau) se fut effondré pendant la construction des piles d’un pont. L’effondrement avait été provoqué par un affaissement localisé et soudain dans le lit sous-jacent de la rivière, imputable à un mélange inattendu de gaz et de déblais contenant une proportion élevée d’argile gonflante. On aurait pu éviter l’effondrement en enfonçant les pieux davantage, mais cette précaution supplémentaire n’avait pas semblé nécessaire, car la présence combinée de gaz et de certaines conditions du sol (surfaces de glissement) était imprévisible et n’avait pas été découverte lors des analyses du sous-sol avant la construction. En première instance, la juge Wilson a conclu qu’il était peu probable que d’autres tests, consistant par exemple à faire un autre trou de forage dans chaque batardeau, [TRADUCTION] « auraient permis de déceler le problème potentiel » (p. 46). Elle a cité *Queensland*, mais a refusé de l’appliquer. Elle a plutôt insisté sur la nécessité que le risque précis soit prévisible et que la conception soit confrontée à une norme ou un élément de comparaison connus. Dans un bref jugement manuscrit, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté le pourvoi de l’assureur ([1997] O.J. No. 2332 (QL)). La cause de l’effondrement était connue. L’assureur n’avait pas réussi à prouver l’existence d’une « conception défectueuse ».

[50] L’arrêt *Foundation* a été appliqué par la juge Lang (alors juge de première instance) dans *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.). Dans cette affaire, un barrage hydro-électrique avait subi une défaillance structurale après avoir été ébranlé par des conditions du sous-sol qui auraient dû être prises en compte (mais ne l’avaient pas été) dans la conception. La juge de

about underlying soil conditions that had not been adequately investigated. The risk was clearly foreseeable, the design was faulty and the insurer succeeded.

### C. *The Standard Is the State of the Art*

[51] The concept of a “faulty or improper design” implies a comparative standard against which the impugned design falls short, as stated by Wilson J. in *Foundation* and Lang J.A., dissenting in the court below. I agree with Lang J.A. that a design is not faulty or improper simply because it does not meet a standard of perfection in relation to all foreseeable risks.

[52] The insurers take the view that a design that fails in circumstances of foreseeable risk would *per se* trigger the exemption. Thus, to take the examples given by Dr. Hampson (and noted by the trial judge), the insurers would say that the design of the de Havilland Comet I, the first commercial airliner to be powered by jet engines, was “faulty or improper” because of design failure revealed by a series of crashes in foreseeable flight conditions within a few years of its introduction in 1952. The cause turned out to be the failure of the design to accommodate stress-induced metal fatigue that the state of engineering art simply did not anticipate. It was only later that “[t]he use of fracture mechanics methods not used in 1954 . . . enabled the analysis of these fatigue cracks to be made” (P. A. Withey, “Fatigue Failure of the de Havilland Comet I”, *Engineering Failure Analysis*, vol. 4, No. 2, June 1997, p. 147).

[53] Dr. Hampson’s second example was the failure of the first Tacoma Narrows Bridge, a mile-long suspension bridge in the state of Washington,

première instance a conclu que la conception du barrage était fondée sur des hypothèses erronées quant aux conditions du sol sous-jacent, hypothèses qui n’avaient pas été vérifiées convenablement. Le risque était manifestement prévisible, la conception était défectueuse et l’assureur a eu gain de cause.

### C. *La norme est celle de l’état de la technique*

[51] La notion de « conception défectueuse ou inadéquate » suppose l’existence d’une norme comparative à laquelle la conception en cause ne répond pas, comme l’ont dit la juge Wilson dans *Foundation* et la juge Lang, dissidente en cour d’appel dans la présente affaire. Je suis d’accord avec cette dernière pour dire qu’une conception n’est pas défectueuse ou inadéquate du simple fait qu’elle ne répond pas à une norme de perfection quant à tous les risques prévisibles.

[52] Les assureurs soutiennent qu’une conception qui ne fonctionne pas lorsque survient un risque prévisible entraînerait *en soi* l’application de l’exemption. Ainsi, pour reprendre les exemples donnés par M. Hampson (et cités par le juge de première instance), les assureurs diraient que la conception du de Havilland Comet I, le premier avion commercial propulsé par des turboréacteurs, était « défectueuse ou inadéquate » en raison du défaut qu’elle recélait et qui fut mis au jour par une série d’écrasements survenus dans des conditions de vol prévisibles au cours des quelques années qui ont suivi sa mise en marché en 1952. Il s’est avéré que la défaillance découlait du fait que la conception n’était pas adaptée à la fatigue du métal provoquée par la tension, un facteur qu’il n’était tout simplement pas possible de prévoir compte tenu de l’état des connaissances en ingénierie. Ce n’est qu’ultérieurement que [TRADUCTION] « [l]e recours aux méthodes de la mécanique de la rupture, inutilisées en 1954, [. . .] a permis d’analyser ces fissures dues à la fatigue » (P. A. Withey, « Fatigue Failure of the de Havilland Comet I », *Engineering Failure Analysis*, vol. 4, n<sup>o</sup> 2, juin 1997, p. 147).

[53] Comme deuxième exemple, M. Hampson a cité le cas de la défaillance du pont de Tacoma Narrows. Ce pont suspendu d’un mille de long situé



which collapsed four months after its opening in 1940 because of wind-induced vibrations or oscillations in the structure that produced a catastrophic effect not foreseen by the then state of the art: J. Koughan, *The Collapse of the Tacoma Narrows Bridge, Evaluation of Competing Theories of its Demise, and the Effects of the Disaster of Succeeding Bridge Designs* (1996). Obviously wind conditions are a foreseeable risk in the design of suspension bridges. The insurers' interpretation of the policy exception, I take it, is that despite the fact that "engineering knowledge and practice lacked a proper appreciation of the extent of the powerful forces" encountered by both the Comet aircraft and the Tacoma suspension bridge, proof of such failure in conditions of foreseeable risk should enure to the benefit of the insurance company. In my opinion, this approach does not construe the all-risks coverage "broadly and exclusion clauses narrowly": *Reid Crowther & Partners*, at p. 269. Given the then state of the respective engineering arts, these pioneering designs were not "improper" as that term would be understood in what Estey J. called "the commercial atmosphere in which the insurance was contracted". The insurers' interpretation would produce, I believe, an "unrealistic result" (*Consolidated-Bathurst*, at p. 901). In my view, the words "faulty or improper" require the insurers to go beyond simply showing a failure in circumstances of foreseeable risk. The words "faulty or improper", and in particular the word "improper", require the insurers to establish that the design fell below a "realistic" standard. Such a standard can require no more than that the design comply with the state of the art. A standard of perfection in relation to all foreseeable risks, in my view, was not required by the words used by the parties. It was for the insurers to demonstrate that the exclusion applies.

dans l'état de Washington s'est effondré quatre mois après son ouverture en 1940 par suite de vibrations ou d'oscillations dans la structure provoquées par le vent. La catastrophe n'était pas prévisible compte tenu de l'état de la technique d'alors : J. Koughan, *The Collapse of the Tacoma Narrows Bridge, Evaluation of Competing Theories of its Demise, and the Effects of the Disaster of Succeeding Bridge Designs* (1996). Évidemment, les conditions éoliennes constituent un risque prévisible dans le contexte de la conception de ponts suspendus. Je comprends donc que selon l'interprétation des assureurs de l'exception stipulée dans la police, même si [TRADUCTION] « les connaissances et la pratique en ingénierie ne permettaient pas d'apprécier correctement l'ampleur des forces puissantes » qui se sont exercées sur l'avion Comet et sur le pont suspendu de Tacoma, la preuve d'une telle défaillance dans des conditions de risque prévisible devrait profiter à la compagnie d'assurance. À mon avis, cette approche ne donne pas à la couverture tous risques une interprétation « large, et [aux] clauses d'exclusion une interprétation restrictive » : *Reid Crowther & Partners*, p. 269. Compte tenu de l'état de la technique d'ingénierie propre à chacune de ces réalisations, ces conceptions innovantes n'étaient pas « inadéquates » au sens où on l'entendrait dans ce que le juge Estey a appelé « le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée ». J'estime que l'interprétation des assureurs produirait un « résultat irréaliste » (*Consolidated Bathurst*, p. 901). Je suis d'avis que la présence des mots « défectueuse ou inadéquate » signifie que les assureurs ne peuvent se contenter de prouver une défaillance survenue dans les circonstances de la réalisation d'un risque prévisible. Les mots « défectueuse ou inadéquate », et plus particulièrement le mot « inadéquate », exigent que les assureurs prouvent que la conception ne satisfaisait pas à une norme « réaliste ». Une telle norme ne peut exiger rien de plus que la preuve de la conformité de la conception à l'état de la technique. À mon avis, le respect d'une norme de perfection quant à tous les risques prévisibles n'était pas requis compte tenu du libellé utilisé par les parties et il incombait aux assureurs d'établir que l'exclusion s'appliquait.

[54] The “industry” standard is too low, for the reasons mentioned in *Willowbrook Homes*. Contractors and designers sometimes cut corners to save costs. Vancouver’s epidemic of “leaky condos” illustrates the problem of tying the “all risks” policy exception to an “industry” standard.

[55] *Queensland* pointed out, and my colleague emphasizes, that what is in issue is a faulty or improper “design”, not an “at fault” designer. This is true so far as it goes, but it hardly clinches the insurers’ argument. It is quite possible to evaluate the design (as distinguished from the designer) as to whether it met the standard of an ordinary, reasonable, cautious and prudent design, having regard to what could be expected in the circumstances. However, a design that survives a negligence test is not, on that account, of a calibre sufficient to deny the insurers the benefit of the exception. The insurers are entitled to the benefit of the exemption unless the design met the very highest of standards of the day and failure occurred simply because engineering knowledge was inadequate to the task at hand. The *Oxford English Dictionary Online* defines “state of the art” as

the current stage of development of a practical or technological subject; freq. (esp. in *attrib.* use) implying the use of the latest techniques in a product or activity.

[56] I do not believe that where, as here, the risk is broadly defined (“metal deflects under stress”), and the design addresses that risk with state of the art diligence and expertise (as here), the insurers are entitled to the exclusion just because, with the benefit of hindsight, it turns out that “engineering knowledge and practice lacked a proper appreciation” (to quote *Queensland* again) of the design problem. A narrower interpretation of the exclusion, it seems to me, best accords with the intentions of the parties based on the plain meaning of the words used, namely “faulty or improper”. If the

[54] Pour les motifs exposés dans *Willowbrook Homes*, la norme de l’« industrie » n’est pas assez élevée. Les entrepreneurs et les concepteurs essaient parfois de prendre des raccourcis pour réduire les coûts. Le cas des nombreuses maisons en copropriété de Vancouver qui « prenaient l’eau » illustre bien la difficulté de lier l’exception de la police « tous risques » à une norme de l’« industrie ».

[55] *Queensland* a souligné — et mon collègue insiste sur ce point — que la question porte sur une « conception » défectueuse ou inadéquate et non sur un concepteur « fautif ». Cela est vrai jusqu’à un certain point, mais ne scelle manifestement pas l’argument des assureurs. Il est parfaitement possible d’évaluer la conception (comme entité distincte du concepteur) en se demandant si elle satisfait à la norme d’une conception ordinaire, raisonnable et prudente, compte tenu de ce à quoi on pouvait s’attendre dans les circonstances. Cependant, une conception qui survit au critère de la négligence n’est pas pour autant d’une qualité suffisante pour empêcher les assureurs de bénéficier de l’exception. Ces derniers ont le droit d’invoquer l’exemption à moins que la conception n’ait satisfait aux normes les plus élevées du moment et que la défaillance n’ait été due qu’au fait que les connaissances en ingénierie étaient insuffisantes pour arriver au résultat souhaité. Le *Oxford English Dictionary Online* définit comme suit l’expression « état de la technique » (« *state of the art* ») :

[TRADUCTION] [L]’état actuel de développement d’un domaine pratique ou technique; implique souvent (particulièrement en attribut) l’utilisation des techniques les plus récentes pour un produit ou une activité.

[56] Dans les cas où, comme en l’espèce, le risque est défini en termes généraux (« flexion du métal sous la pression ») et où la conception pare à ce risque avec une diligence et une expertise répondant à l’état de la technique, je ne crois pas que les assureurs soient en droit d’invoquer l’exclusion seulement parce qu’il s’avère, avec le recul, que [TRADUCTION] « les connaissances et la pratique en ingénierie ne permettaient pas d’apprécier correctement » (pour citer à nouveau *Queensland*) le problème de conception. À mon avis, une interprétation plus restrictive de l’exclusion est davantage

insurers wished to negotiate an exclusion of costs associated with simple “design failure” or “design failure in conditions of foreseeable risk”, it was open to them to have tried to do so but that is not the wording of the policy and *this* exclusion clause should not, in my opinion, be given that effect.

[57] In the result, the argument turned on the expert evidence regarding the state of the art. The trial judge preferred the evidence of the CNR expert, Dr. Hampson, that it “is not realistic to suggest that all potential problems can and always should be identified nor that the issues spotlighted by hindsight should always have been picked-out” (Hampson’s Third Report, at p. 5). More must be shown to classify a design as “faulty or improper”.

#### D. *Application of the Standard to the Facts*

[58] The trial judge found that the investigation and accommodation of the risk had been conducted in accordance with the state of the art. He accepted the view of the CNR expert that additional computer modelling and analysis would not have disclosed the risk. He noted that “[n]either of the experts can explain why all of the seals failed although all of the seals were not damaged” (para. 67). Nevertheless, the majority of the Court of Appeal stated that “the foreseeability standard mandates that the relevant design . . . ‘withstand’ all foreseeable risks” (para. 62). In my view, however, failure “to withstand” does not discharge the onus of establishing a “faulty or improper design”. The CNR purchased the “all risks” policy in recognition of the fact that, despite all efforts to achieve a successful design in accordance with the state of the art in a new and challenging situation, there was an inevitable element of risk with an innovative design that it wished to insure against. It thus

compatible avec l’intention des parties compte tenu du sens ordinaire des mots utilisés, à savoir « défectueuse ou inadéquate ». Si les assureurs souhaitaient négocier une exclusion des coûts associés à une simple « défaillance de la conception » ou « défaillance de la conception dans des conditions de risques prévisibles », ils avaient le droit de tenter une telle négociation, mais ces expressions ne se retrouvent pas dans le libellé de la police et j’estime qu’il faut se garder de donner un tel effet à la clause d’exclusion figurant dans la police en cause en l’espèce.

[57] Par conséquent, le raisonnement reposait sur les témoignages des experts quant à l’état de la technique. Le juge du procès a préféré celui de M. Hampson, l’expert du CN, selon lequel [TRADUCTION] « il n’est pas réaliste de penser que tous les problèmes potentiels peuvent et devraient toujours être cernés, ou que les problèmes mis en évidence rétrospectivement auraient dans tous les cas dû être décelés » (Troisième rapport de M. Hampson, p. 5). Il faut prouver davantage pour qu’une conception se classe parmi celles qui sont « défectueuses et inadéquates ».

#### D. *Application de la norme aux faits de l’espèce*

[58] Selon le juge de première instance, l’analyse et la prise en compte du risque avaient été effectuées conformément à l’état de la technique. Il a accepté l’opinion de l’expert du CN selon laquelle une modélisation informatique et une analyse additionnelles n’auraient pas permis de déceler le risque. Il a noté que [TRADUCTION] « [n]i l’un ni l’autre des experts ne peut expliquer pourquoi tous les joints d’étanchéité ont failli à leur tâche alors qu’ils n’ont pas tous été endommagés » (par. 67). Quoi qu’il en soit, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont affirmé que [TRADUCTION] « la norme de prévisibilité exige que la conception pertinente [. . .] “résiste” à tous les risques prévisibles » (par. 62). Toutefois, à mon avis, le fait que le tunnelier n’ait pas « résisté » ne libère pas les assureurs de leur fardeau d’établir l’existence d’une « conception défectueuse ou inadéquate ». Le CN a acheté la police « tous risques » en cause parce qu’il reconnaissait que malgré tous les efforts déployés pour

purchased “all risks” insurance. I accept the view of the trial judge and Lang J.A., dissenting, that the loss fell within the coverage and was not excluded in the circumstances of this case.

[59] The insurers themselves acknowledged in their factum (at para. 58) that while a loss must arise out of a fortuitous event, “the fortuity principle has subsumed the requirement that a risk must be ‘external’ to the property [insured]”. Accordingly, the absence of unforeseeable “external” conditions does not establish that the design was “faulty or improper”. The “internal” elements of the design will always operate in “external” conditions. They are inextricably linked. All of the cases referred to above involved the “internal” failure of a design to accommodate “external” conditions, some of which were unforeseeable and some of which were foreseeable.

#### E. *Alleged Errors of the Trial Judge*

[60] The Court of Appeal majority accepted “the insurers’ contention that the trial judge’s foreseeability findings are tainted by reversible error” (para. 81) in four respects, as previously mentioned. It is therefore necessary to address the four “errors”.

[61] Firstly, the majority faulted the trial judge for failing, in his reasons for judgment, “to consider Rick Lovat’s evidence on the foreseeability of the failure risk” (para. 82). In fact, the trial judge specifically noted the evidence that “Lovat knew that the structure of this TBM had to be rigid enough to maintain a proper separation of the fixed and rotating elements being sealed” (para. 22; Becker’s Second Report, at p. 11) and that “Lovat had properly tested (stand-alone) the essential machine

arriver à une conception réussie et conforme à l’état de la technique dans une situation nouvelle et difficile, il existait un facteur de risque inévitable rattaché à une conception innovante contre lequel il désirait s’assurer. Il a donc contracté une assurance « tous risques ». J’accepte le point de vue exprimé par le juge de première instance et la juge Lang, dissidente, selon lequel la perte était couverte et n’était pas exclue dans les circonstances de l’espèce.

[59] Les assureurs ont eux-mêmes reconnu dans leur mémoire (par. 58) que, s’il est vrai qu’une perte doit découler d’un cas fortuit, [TRADUCTION] « le principe de la fortuité est subsumé sous l’exigence que le risque soit “extérieur” au bien [assuré] ». Par conséquent, l’absence de conditions « externes » imprévisibles ne permet pas d’établir le caractère « défectueux ou inadéquat » de la conception. Les éléments « internes » de la conception sont toujours appelés à fonctionner dans des conditions « externes », avec lesquelles ils sont inextricablement liés. Toutes les décisions précitées concernaient la défaillance « interne » d’une conception par rapport à des facteurs « externes », dont certains étaient imprévisibles et d’autres prévisibles.

#### E. *Erreurs reprochées au juge de première instance*

[60] Comme je l’ai déjà mentionné, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accepté [TRADUCTION] « l’affirmation des assureurs selon laquelle les conclusions du juge de première instance à propos de la prévisibilité sont entachées d’erreurs justifiant l’infirmité » (par. 81) à quatre égards. Il est donc nécessaire de se pencher sur ces quatre « erreurs ».

[61] Premièrement, les juges majoritaires ont reproché au juge de première instance d’avoir omis, dans les motifs de son jugement, [TRADUCTION] « de prendre en considération le témoignage de Rick Lovat sur la prévisibilité du risque de défaillance » (par. 82). Or, le juge de première instance a expressément fait état du témoignage selon lequel [TRADUCTION] « M. Lovat savait que la structure du tunnelier en cause en l’espèce devait être assez rigide pour maintenir l’écart approprié entre les

element involved in the failure — the seals” (para. 21; Hampson’s Second Report, at p. 6). Much of the evidence at trial was directed to exploring whether or not the design testing had adequately evaluated whether and in what circumstances differential deflection would or would not become “excess”, i.e. would fail to maintain the permitted 3 millimetre tolerance. I believe the trial judge well understood the significance of Lovat’s evidence. The trial judge’s point, I believe, was that while differential deflection was a known risk in the design of a TBM sealing system, the risk had been properly explored in the design phase, and, based on the existing state of the art, it was not foreseeable that *excess* differential deflection was even a remote or unlikely risk with *this* design in *these* circumstances. The trial judge rejected the expert evidence called by the insurers to the contrary effect (para. 75).

[62] Secondly, the trial judge is said to have overstated the support of the technical committees for the assessment by Lovat and Wardrop of the risk of differential deflection (paras. 97-98). What the trial judge said was simply that

[a]t no time was the question of excess differential deflection rendering the sealing system dysfunctional raised as an issue by any of the committees as requiring further inspection or analysis. The finite element analyses conducted by Wardrop to determine the extent of differential deflection and the review of those analyses by Lovat appear to have been accepted by the committees as addressing any concerns with respect to differential deflection. [para. 75]

This observation was based on the evidence of Rick Lovat, who was vice-president of Lovat at the time, that the technical committee, the technical review committee, and the consulting engineers Hatch-Mott MacDonald (“Hatch”) reviewed the sealing

éléments fixes et les éléments rotatifs protégés par le système d’étanchéité » (par. 22; deuxième rapport de M. Becker, p. 11) et « Lovat avait correctement testé (de manière indépendante) les éléments essentiels de la machine à l’origine de la défaillance — les joints d’étanchéité » (par. 21; deuxième rapport de M. Hampson, p. 6). Une bonne partie de la preuve présentée lors du procès visait à déterminer si les tests auxquels la conception a été soumise avaient permis d’évaluer adéquatement si et dans quelles circonstances une flexion différentielle deviendrait « excessive », c.-à-d. que la conception serait incapable de maintenir la tolérance permise de 3 millimètres. J’estime que le juge de première instance a bien compris la signification du témoignage de M. Lovat et qu’il était d’avis que, si la flexion différentielle constituait un risque connu dans la conception du système d’étanchéité du tunnelier, ce risque avait été correctement étudié durant la conception et que, selon l’état de la technique à l’époque, il était impossible de prévoir que *cette* conception, dans *ces* circonstances, présentait un risque de flexion différentielle *excessive*, aussi éloigné ou improbable soit-il. Il a rejeté le témoignage contraire de l’expert cité par les assureurs (par. 75).

[62] Deuxièmement, le juge de première instance aurait exagéré l’appui donné par les comités d’examen technique à l’évaluation du risque de flexion différentielle effectuée par Lovat et Wardrop (par. 97-98). Le juge de première instance a simplement affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Aucun des comités n’a soulevé, comme une question nécessitant une inspection ou une analyse plus poussée, la possibilité qu’une flexion différentielle excessive rende le système d’étanchéité dysfonctionnel. Les comités semblent avoir considéré que les analyses par éléments finis effectuées par Wardrop dans le but de déterminer l’ampleur de la flexion différentielle et l’examen de ces analyses mené par Lovat répondaient à toute éventuelle crainte au sujet de la flexion différentielle. [par. 75]

Cette remarque était fondée sur le témoignage de Rick Lovat, vice-président de Lovat à l’époque, selon lequel le comité technique, le comité d’examen technique et les ingénieurs-conseils Hatch-Mott MacDonald (« Hatch ») avaient examiné

system drawings of the TBM and raised no concerns. Hatch also reviewed Wardrop's Report.

[63] It is true that the technical committees did not get involved in detailed design issues, as the trial judge acknowledged. Nevertheless, the technical committees had overall involvement in the design of the project. The fact that the committees did not identify excess differential deflection in the cuttinghead assembly as a particular problem justifying their involvement seems to reinforce rather than undermine the trial judge's point that such a risk in the circumstances of *this* project was not foreseeable. His more general point, to reiterate, comes later in the paragraph cited by the Court of Appeal majority:

When all of the evidence is consistent that none of the experts or other persons involved, who had substantial experience in the design and manufacture of TBMs and with tunneling projects, expressed no concern with respect to differential deflection adversely affecting the sealing system and when the design of the TBM and the analyses of the various components did not indicate the possibility of the failure which occurred, it seems to me to be making an unjustified logical leap to conclude that because a failure did occur and was remedied, it should have been foreseen initially.

The trial judge's point, as I understand it, was reminiscent of Sherlock Holmes: the significance of the evidence was that the watchdogs did *not* bark.

[64] Thirdly, the Court of Appeal majority stated, at para. 102, that the trial judge failed

to distinguish between the foreseeability of the type of risk of failure that occurred here and the foreseeability of the mechanism by which such risk might materialize. This error went to the heart of the trial judge's foreseeability analysis.

However, at several points in his analysis the trial judge emphasized that "the law in Ontario is that

les plans du système d'étanchéité du tunnelier et n'avaient exprimé aucune crainte. Hatch a aussi examiné le rapport de Wardrop.

[63] Il est vrai que, comme l'a reconnu le juge de première instance, les comités d'examen technique ne se sont pas mêlés des questions détaillées de conception. Cependant, ils ont participé de façon générale à la conception du projet. Le fait que les comités n'ont pas estimé qu'une flexion différentielle excessive dans la tête de coupe constituait un problème particulier justifiant leur intervention semble renforcer, et non affaiblir, la conclusion du juge de première instance selon laquelle un tel risque n'était pas prévisible dans les circonstances du projet *en cause en l'espèce*. Son argument de nature plus générale, je le rappelle, est exposé plus loin dans le paragraphe cité par les juges majoritaires de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] L'ensemble de la preuve concorde pour établir que les experts ou les autres personnes concernées, qui avaient une expérience considérable dans la conception et la fabrication de tunneliers et les projets de forage de tunnels, n'ont exprimé aucune crainte quant à la possibilité que la flexion différentielle nuise au système d'étanchéité. En outre, la conception du tunnelier et les analyses des diverses composantes n'ont pas révélé la possibilité de la défaillance survenue. Il me semble dès lors injustifié sur le plan de la logique de conclure que, parce qu'une défaillance est réellement survenue et qu'elle a été corrigée, il aurait fallu la prévoir dès le départ.

L'argument du juge de première instance, tel que je le comprends, fait penser à Sherlock Holmes : il était significatif que les chiens de garde *n'aient pas* aboyé.

[64] Troisièmement, au par. 102 de leurs motifs, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reproché au juge de première instance de ne pas avoir

[TRADUCTION] fait une distinction entre la prévisibilité du type de risque de défaillance qui s'est produite en l'espèce et la prévisibilité du mécanisme par lequel ce risque pouvait se matérialiser. Cette erreur se trouvait au cœur de l'analyse du juge de première instance en ce qui a trait à la prévisibilité.

À divers moments de son analyse, le juge de première instance a pourtant souligné que [TRADUCTION]

the risk which caused the failure must be foreseeable, in the sense of foreseeable even if unlikely or remote”, in order for the court to determine that the design was “faulty or improper” and cited *Foundation* for the proposition that “[a]ll foreseeable risks must be taken into account in a design” (paras. 67 and 49 (emphasis added)). The trial judge did find that the “mechanism” of the failure had never been satisfactorily explained, but the existence of that mystery was not essential to his conclusion on liability.

[65] Fourthly, the Court of Appeal majority concluded that the trial judge’s foreseeability analysis converted the all-risks policy into a “warranty that the insured property — the TBM — would fulfill its intended purpose” and amounted to “a warranty of entrepreneurial design risk” (para. 118). I do not agree. The trial judge did not impose on the insurers the risk the TBM would fail to perform. Much of the loss occasioned to the insured was not covered. The insurers were only liable for physical damage to insured property — the TBM — and consequential loss due to delay. Liability did not turn on “fitness for the purpose” but whether, on the facts, the risk that materialized into *physical* damage was foreseeable. On that point, there was conflicting expert evidence. The trial judge preferred the evidence of the insured over that of the insurers. I do not agree with the Court of Appeal majority that the trial judge’s conclusion was tainted with palpable and overriding error.

#### F. *The Inherent Vice Exception*

[66] The trial judge held that “[t]he *prima facie* test which has now been rejected by our courts with respect to faulty or improper design should also

« selon le droit en vigueur en Ontario, le risque qui a causé la défaillance doit être prévisible, c’est-à-dire prévisible même s’il est aussi improbable et éloigné », pour que la cour puisse conclure que la conception était « défectueuse ou inadéquate ». En outre, il a cité *Foundation* à l’appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « [t]ous les risques prévisibles doivent être pris en considération dans une conception » (par. 67 et 49 (je souligne)). Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que le « mécanisme » de la défaillance n’avait jamais été expliqué de manière satisfaisante, mais l’existence de ce mystère n’a pas joué un rôle essentiel dans sa conclusion quant à l’obligation d’indemnisation qui incombait aux assureurs.

[65] Quatrièmement, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’analyse du juge de première instance sur la prévisibilité a transformé la police tous risques en une [TRADUCTION] « garantie que le bien assuré — le tunnelier — accomplirait ce à quoi on le destinait » ce qui équivalait à [TRADUCTION] « une garantie contre le risque d’erreur de conception » (par. 118). Je ne suis pas d’accord. Le juge de première instance n’a pas fait peser sur les assureurs le risque que le tunnelier ne remplisse pas sa fonction. Une part importante de la perte subie par l’assuré n’était pas couverte. L’obligation d’indemnisation qui incombait aux assureurs concernait uniquement les dommages matériels subis par le bien assuré — le tunnelier — et les pertes indirectes imputables au retard. L’obligation d’indemnisation ne dépendait pas de la question de savoir si le tunnelier « convenait à sa destination », mais de celle de savoir si, vu les faits, il était prévisible que le risque se réalise sous la forme d’un dommage *matériel*. La preuve d’expert était contradictoire sur ce point. Le juge de première instance a préféré la preuve de l’assuré à celle des assureurs. Contrairement aux juges majoritaires de la Cour d’appel, j’estime que la conclusion du juge de première instance n’était entachée d’aucune erreur manifeste et dominante.

#### F. *L’exception liée au vice inhérent*

[66] Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « [l]e critère de la preuve *prima facie* qui a été rejeté par nos tribunaux en ce qui

be rejected with respect to inherent vice” (para. 61). The Court of Appeal majority agreed that the inherent vice exception did not apply, as did the dissent. There was no evidence led in support of “inherent vice” that is not discussed in connection with “faulty or improper” design. The point was not seriously pressed before our Court and I agree with the Court of Appeal (unanimous on this point) that it should be rejected.

#### G. *The Resultant Loss or Damage Exception*

[67] The CNR makes the alternative submission that even if its loss is not covered under Section I of the policy it can recover “resultant damage” under Section II. This submission was rejected by the courts below. In light of the finding of coverage under Section I, this issue is now moot.

#### V. Disposition

[68] The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the trial judgment is restored except for the substitution of March 31, 1995, as the date of commencement of pre-judgment interest (in accordance with the reasons of Lang J.A.). The appellants will have their costs in this Court and in the Ontario Court of Appeal. The trial costs in their favour will remain as fixed by the trial judge at \$1,150,837.35.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[69] I have read the reasons of Justice Binnie allowing this appeal. In my respectful opinion, the appeal should be dismissed.

concerne la conception défectueuse ou inadéquate devrait également être rejeté en ce qui concerne le vice inhérent » (par. 61). Les juges majoritaires de la Cour d’appel, tout comme la juge dissidente, étaient eux aussi d’avis que l’exception liée au vice inhérent ne s’appliquait pas. Tous les éléments de preuve présentés au soutien de l’application de l’exception relative au « vice inhérent » ont déjà été examinés dans le contexte de l’analyse de celle relative à la conception « défectueuse ou inadéquate ». Cet argument n’a pas été sérieusement plaidé devant notre Cour et je suis d’accord avec la Cour d’appel (unanime sur ce point) pour le rejeter.

#### G. *L’exception liée à la perte ou au dommage entraîné par voie de conséquence*

[67] Le CN soutient subsidiairement que même si sa perte n’est pas couverte par la partie I de la police, il peut être indemnisé pour le dommage entraîné par voie de conséquence en vertu de la partie II. Les tribunaux inférieurs ont rejeté cet argument. Compte tenu de la conclusion sur la couverture garantie par la partie I, cette question est maintenant théorique.

#### V. Dispositif

[68] Le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d’appel est annulé et le jugement de première instance est rétabli sauf en ce qui concerne la date à laquelle l’intérêt avant jugement a commencé à courir qui est fixée au 31 mars 1995 (conformément aux motifs de la juge Lang). Les appelantes ont droit aux dépens devant notre Cour et devant la Cour d’appel de l’Ontario. Les dépens adjugés en leur faveur en première instance demeurent fixés à 1 150 837,35 \$.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

#### I. Introduction

[69] J’ai lu les motifs exposés par le juge Binnie et accueillant le pourvoi. Avec égards pour l’opinion de mon collègue, j’estime que le pourvoi devrait être rejeté.



[70] In my opinion the term “faulty or improper design” does not imply the introduction of a “state of the art” standard against which an impugned design is to be compared, as held by Binnie J. As explained in *Queensland Government Railways v. Manufacturers’ Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 214 (Aust. H.C.), the distinction that is relevant is between a design that is defective and design that is free from defect (p. 217). The question is whether or not the damage to the insured property was due to an inability of the design to fulfil its purpose in the foreseeable conditions of the property’s use.

[71] What is at issue in this case is a question of contractual interpretation. It is not a matter of balancing interest between insurers and insured; nor is it appropriate to create a test akin to negligence when nothing in the term “faulty or improper design” in the insurance contract implies the introduction of the law of torts.

[72] In this case, it was found that dirt and other debris were penetrating the cuttinghead and getting through the seals protecting the main bearing of the tunnel boring machine (“TBM”). The trial judge found that the cause was excess differential deflection of the cuttinghead over that provided for by the design ((2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, at para. 66). Work stopped and changes were made to solve the excess differential deflection problem. The TBM then completed the work. The insurance excluded coverage for the cost of making good “faulty or improper design”. The insurers demonstrated that the original design by which excess deflection of the cuttinghead permitted dirt and other debris to get through the seals protecting the main bearing was faulty or improper. The exclusion to coverage therefore applied.

[70] Contrairement au juge Binnie, je ne pense pas que l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » (*faulty or improper design*) implique l’introduction d’une norme de « l’état de la technique » à laquelle devrait être comparée la conception attaquée. Comme il est expliqué dans l’arrêt *Queensland Government Railways c. Manufacturers’ Mutual Insurance, Ltd.*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 214 (H.C. Aust.), la distinction pertinente est celle qui peut être faite entre une conception défectueuse et une qui ne l’est pas (p. 217). En fait, il faut se demander si les dommages subis par le bien assuré sont ou non imputables au fait que la conception ne convenait pas à sa destination, dans les conditions d’utilisation prévisibles du bien.

[71] Le présent pourvoi soulève une question d’interprétation contractuelle. Il ne s’agit pas de mettre en balance les intérêts des assureurs et ceux des assurés; il n’y a pas lieu non plus de créer un critère s’apparentant à celui de la négligence alors que rien dans l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » figurant dans le contrat d’assurance ne suppose l’entrée en jeu du droit de la responsabilité délictuelle.

[72] En l’espèce, il s’est avéré que des déblais pénétraient dans la tête de coupe et traversé les joints d’étanchéité protégeant le roulement principal du tunnelier. Le juge de première instance a estimé qu’une flexion différentielle supérieure à celle qui était prévue s’était exercée sur la tête de coupe et avait provoqué la défaillance ((2004), 15 C.C.L.I. (4th) 1, par. 66). Les travaux ont été interrompus, et des modifications ont été apportées pour corriger le problème de flexion différentielle excessive. Le tunnelier a ensuite pu terminer les travaux. La police d’assurance excluait les coûts engagés pour remédier à une « conception défectueuse ou inadéquate ». Les assureurs ont démontré que la conception originale, qui avait permis que des déblais traversent les joints d’étanchéité protégeant le roulement principal en raison d’une flexion excessive de la tête de coupe, était défectueuse ou inadéquate. La clause d’exclusion s’appliquait donc.

## II. Interpretation of Insurance Contracts

[73] In interpreting insurance contracts, like all contracts, effect must be given to the intention of the parties to be gathered from the words they have used. See *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 899, per Estey J., citing *Pense v. Northern Life Insurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), at p. 137, aff'd (1908), 42 S.C.R. 246. In *Consolidated-Bathurst*, Estey J. referred to this as step one in the interpretation of an insurance contract.

[74] Step two is the application, where ambiguity is found, of the *contra proferentem* doctrine. However, *contra proferentem* is only to be applied when other rules of construction fail to enable a court to ascertain the meaning of the words in question. See *Consolidated-Bathurst*, at pp. 900-901, citing *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 953.

[75] Moreover, *contra proferentem*, when it is applicable, is applied only to remove doubt, not to create doubt or magnify an ambiguity when the circumstances raise no real difficulty. See *Consolidated-Bathurst*, at p. 889, citing *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), at p. 456. The same is true of other rules of construction: they do not apply to create ambiguity where none exists.

[76] In my opinion, this case is to be decided at step one. The term “faulty or improper design” is not ambiguous. It is not open to alternative interpretations. Where the words are unambiguous, the court should give effect to the chosen language, reading the contract as a whole: *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24, at para. 71.

## II. Interprétation des contrats d’assurance

[73] L’interprétation des contrats d’assurance, comme celle de tous les contrats, doit donner effet à l’intention des parties telle qu’elle se dégage des mots qu’elles ont employés : voir *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 899, le juge Estey, citant *Pense c. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), p. 137, conf. par (1908), 42 R.C.S. 246. Dans *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a expliqué que cette démarche constitue la première étape de l’interprétation d’un contrat d’assurance.

[74] La deuxième étape consiste à appliquer la règle *contra proferentem* lorsque des termes sont jugés ambigus. Toutefois, cette règle ne s’applique que dans les cas où les autres règles d’interprétation ne permettent pas au tribunal d’établir le sens des mots en cause : voir *Consolidated Bathurst*, p. 900-901, citant *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, p. 953.

[75] En outre, lorsque la règle *contra proferentem* est applicable, elle sert uniquement à écarter un doute et non pas à en créer un ou à amplifier une ambiguïté lorsque les circonstances ne soulèvent aucune difficulté réelle : voir *Consolidated Bathurst*, p. 889, citant *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), p. 456. Il en va de même pour les autres règles d’interprétation : on n’y a pas recours pour créer une ambiguïté lorsqu’il n’en existe aucune.

[76] Selon moi, il n’est pas nécessaire d’aller au-delà de la première étape pour statuer sur le présent pourvoi. L’expression « conception défectueuse ou inadéquate » n’est pas ambiguë; elle ne se prête pas à plusieurs interprétations. En l’absence d’ambiguïté, le tribunal doit donner effet aux termes employés par les parties, en considérant le contrat dans son ensemble : *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24, par. 71.

### III. “All Risks” Insurance Policies

[77] In this case, the onus is on the insured to prove that the loss falls under the coverage that the policy provides, without considering exclusions to coverage. Once this is done, the onus is on the insurer to prove that an exclusion applies. Therefore, before considering the exclusions in the policy, it is necessary to consider the relevant coverage it provides.

[78] Subject to the exclusions stipulated in Section I of the policy, the insuring agreement provides that the policy insures against “ALL RISKS of direct physical loss or damage . . . to . . . [a]ll real and personal property of every kind and quality including but not limited to the [TBM]”.

[79] The classic statement of the meaning of “all risks” in an all risks policy is *British and Foreign Marine Insurance Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.). At pp. 46-47, Lord Birkenhead wrote:

In construing these policies it is important to bear in mind that they cover “all risk”. These words cannot, of course, be held to cover all damage however caused, for such damage as is inevitable from ordinary wear and tear and inevitable depreciation is not within the policies. There is little authority on the point, but the decision of Walton J. in *Schloss Brothers v. Stevens*, on a policy in similar terms, states the law accurately enough. He said that the words “all risks by land and water” as used in the policy then in question “were intended to cover all losses by any accidental cause of any kind occurring during the transit. . . . There must be a casualty.” Damage, in other words, if it is to be covered by policies such as these, must be due to some fortuitous circumstance or casualty.

[80] At p. 57, Lord Sumner added:

There are, of course, limits to “all risks.” They are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear or British capture. It covers a risk, not a certainty; it

### III. Les polices d’assurance « tous risques »

[77] En l’espèce, il incombe à l’assuré de démontrer que la perte est couverte par la police d’assurance, sans égard aux exclusions prévues par la police. Il revient ensuite à l’assureur de prouver qu’une clause d’exclusion s’applique. Il est donc nécessaire de considérer la protection conférée par la police d’assurance avant d’examiner ses clauses d’exclusion.

[78] Sous réserve des exclusions énumérées à la partie I de la police, le contrat d’assurance stipule que la police couvre [TRADUCTION] « TOUS LES RISQUES de pertes ou de dommages matériels directs [. . .] à l’égard de [. . .] tous les biens réels et personnels de quelque nature et qualité, notamment le tunnelier ».

[79] L’énoncé classique du sens des mots « tous risques » dans une police d’assurance tous risques se trouve dans *British and Foreign Marine Insurance Co. c. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.). Lord Birkenhead y a écrit ceci aux p. 46-47 :

[TRADUCTION] Lorsqu’on interprète ces polices, il ne faut pas oublier qu’il s’agit de polices « tous risques ». Bien sûr, ces mots ne signifient pas que tous les dommages, quelle que soit leur cause, sont assurés, car ceux qui résultent inévitablement de l’usure normale et de la dépréciation inévitable ne sont pas couverts. Il existe peu de doctrine et de jurisprudence sur ce point, mais on trouve un exposé suffisamment exact du droit dans la décision rendue par le juge Walton dans *Schloss Brothers c. Stevens* au sujet d’une police au libellé semblable. Le juge a indiqué que les mots « tous risques terrestres et maritimes » employés dans la police en cause « visaient à couvrir toute perte accidentelle quelle qu’en soit la cause, survenant au cours du transit. [. . .] Il doit y avoir un sinistre. » Autrement dit, pour être couverts par des polices comme celles qui nous intéressent, les dommages doivent résulter de circonstances fortuites ou d’un sinistre.

[80] Lord Sumner a ajouté ce qui suit, à la p. 57 :

[TRADUCTION] L’expression « tous risques » comporte évidemment des limites. Il y a les risques et il y a les risques assurés. Par conséquent, l’expression ne vise pas le vice inhérent, l’usure normale ou

is something, which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried.

[81] The insurers concede that an all risks policy might cover the risk of faulty or improper design. Indeed, where the design's suitability is an uncertainty from the point of view of the parties when they enter into the contract, it can be considered a risk of damage to the property falling under the broad scope of an all risks policy. However, they say that where faulty or improper design is excluded, it must be treated as a risk not covered by the policy.

[82] I do not think this description of the way to view the coverage of an all risks policy is controversial. What is at issue is whether the "faulty or improper design" exclusion to coverage applies.

#### IV. The "Faulty or Improper Design" Exclusion

[83] It is then necessary to turn to the exclusion for "faulty or improper design". The term "design" is not at issue, but the terms "faulty or improper" are. The *Oxford English Dictionary Online* defines "faulty" as:

1. Containing faults, blemishes or defects; defective, imperfect, unsound. **a.** of material things.

. . .

**b.** of immaterial things.

. . .

la capture par les forces britanniques. Elle vise un risque, non une certitude; il s'agit de quelque chose qui arrive de l'extérieur à l'objet assuré, non du comportement naturel de l'objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport.

[81] Les assureurs reconnaissent qu'une police tous risques peut assurer le risque de conception défectueuse ou inadéquate. D'ailleurs, lorsque les parties ne sont pas certaines, au moment de la conclusion du contrat, que la conception répondra aux attentes, cette incertitude peut être considérée comme un risque de dommage aux biens visé par la portée étendue d'une police tous risques. Ils soutiennent toutefois que, dans les cas où la conception défectueuse ou inadéquate est exclue, il faut considérer qu'il s'agit d'un risque non couvert par la police.

[82] À mon avis, cette description de la protection offerte par une police d'assurance tous risques ne prête pas à controverse. La question à trancher est plutôt celle de savoir si la clause d'exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » s'applique.

#### IV. L'exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate »

[83] Il faut donc examiner l'exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate ». Le mot « conception » (*design*) ne fait pas problème. Il en va toutefois autrement des adjectifs « défectueuse ou inadéquate » (*faulty or improper*). On trouve les définitions suivantes du mot « *faulty* » dans le *Oxford English Dictionary Online* :

[TRADUCTION]

1. Qui présente des défauts, des imperfections ou des défauts; défectueux, imparfait, de mauvaise qualité, à l'égard **a.** de choses matérielles,

. . .

**b.** de choses immatérielles.

. . .

2. Of persons, their qualities, etc.: Having imperfections or failings; apt to do wrong or come short of duty.

. . .

“Improper” is defined as:

2. Not in accordance with the nature of the case or the purpose in view; unsuitable, unfit, inappropriate, ill-adapted.

. . .

3. Not in accordance with good manners, modesty, or decorum; unbecoming, unseemly; indecorous, indecent. Also *transf.* of a person.

. . .

[84] Both “faulty” and “improper” have meanings that imply blameworthiness and meanings that do not. Here we are concerned with an inanimate thing, the design of the TBM, not a person’s conduct; the relevant definitions are the ones that do not suggest any notion of blame.

[85] The High Court of Australia made this point in *Queensland* in dealing with an exclusion for “loss or damage arising from faulty design”. In *Queensland*, a flood swept away the piers of a bridge over a river. Barwick C.J., for the majority, rejected the view that the “faulty design” exclusion would apply simply because the design engineers had failed to meet certain standards. He found that “faulty design” is a more comprehensive term than “negligent designing.” At p. 217, he stated:

2. S’agissant de personnes, de leurs qualités, etc. : qui présente des imperfections ou des défauts; susceptible de commettre des fautes ou de manquer à son devoir.

. . .

Le mot « *improper* » est défini de la façon suivante :

[TRADUCTION]

. . .

2. Qui ne concorde pas avec la nature de la chose ou du but visé; impropre, inadéquat, inapproprié, mal adapté.

. . .

3. Non conforme aux bonnes manières, à la pudeur ou aux convenances; déplacé, malséant; inconvenant, indécent. Se dit aussi d’une personne.

. . .

[84] Les adjectifs « *faulty* » et « *improper* » ont tous deux des connotations de blâme dans certaines acceptions, mais non dans d’autres. Comme la présente affaire porte sur une chose inanimée — la conception du tunnelier — et non sur la conduite d’une personne, les définitions pertinentes sont celles qui n’impliquent aucune notion de blâme.

[85] La Haute Cour d’Australie a fait une observation similaire dans *Queensland*, à l’égard d’une exclusion visant [TRADUCTION] « les pertes ou dommages découlant d’une conception défectueuse ». Dans cette affaire, la crue des eaux d’une rivière avait emporté les piliers d’un pont. S’exprimant au nom de la majorité, le juge en chef Barwick a rejeté l’argument selon lequel l’exclusion relative à la « conception défectueuse » s’appliquerait du simple fait que les ingénieurs concepteurs n’avaient pas satisfait à certaines normes. Il a conclu que l’expression « conception défectueuse » a une portée plus large que l’expression [TRADUCTION] « négligence dans la conception ». Il s’est exprimé ainsi à la p. 217 :

We think it was an error to confine faulty design to “the personal failure or non-compliance with standards which would be expected of designing engineers” on the part of the designing engineers responsible for the piers. To design something that will not work simply because at the time of its designing insufficient is known about the problems involved and their solution to achieve a successful outcome is a common enough instance of faulty design. The distinction which is relevant is that between “faulty”, i.e., defective, design and design free from defect. We have not found sufficient ground for reading the exclusion in this policy as not covering loss from faulty design when, as here, the piers fell because their design was defective although, according to the finding, not negligently so. The exclusion is not against loss from “negligent designing”; it is against loss from “faulty design”, and the latter is more comprehensive than the former.

[86] In my respectful view, the *Queensland* approach is the appropriate starting point. It teaches that the term “faulty or improper design” attaches to the thing that was designed, not to the work of the design engineers. Whatever standard their work meets or does not meet, the thing designed either works for its intended purpose or it does not.

[87] In this case, a “faulty design” is a design that contains faults, is imperfect or is unsound for its purpose and an “improper design” is a design that is unsuitable or ill-adapted to its purpose. In other words, a design that is faulty and improper is one that does not work for the purpose for which it was intended to be used.

[88] *Queensland* has been cited in a number of Canadian cases. In *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236 (Alta. C.A.), a concrete wall of a building under construction fell during a severe windstorm. The insurer was able to establish that

[TRADUCTION] Selon nous, il était erroné de restreindre la notion de conception défectueuse à un « manquement personnel ou au non-respect de normes auxquelles on s’attendrait que satisfassent des ingénieurs concepteurs » de la part de ceux responsables des piliers. Concevoir une chose qui ne fonctionne pas par la suite pour la simple raison que, au moment de la conception, on n’en sait pas assez au sujet des problèmes en jeu et des solutions qui permettraient d’atteindre le résultat souhaité, constitue un exemple assez fréquent de conception défectueuse. La distinction pertinente est celle qu’on peut faire entre la conception « défectueuse », c.-à-d. celle qui comporte des défauts, et la conception exempte de défauts. Nous n’avons pas relevé de motifs suffisants pour conclure que l’exclusion stipulée dans la police ne vise pas les pertes résultant d’une conception défectueuse dans un cas où, comme en l’espèce, l’effondrement des piliers résulte d’un défaut de conception, mais où il a été jugé qu’il n’y avait pas eu négligence. L’exclusion ne vise pas les pertes découlant d’une « négligence dans la conception », elle vise les pertes découlant d’une « conception défectueuse », expression dont la portée est plus large.

[86] À mon humble avis, l’approche adoptée dans *Queensland* constitue le point de départ approprié. Il en ressort que l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » s’attache à la chose qui a été conçue, et non au travail des ingénieurs concepteurs. Quelle que soit la norme à laquelle leur travail répond ou ne répond pas, ou bien la chose conçue accomplit ce qu’on attend d’elle, ou bien elle ne l’accomplit pas.

[87] En l’espèce, l’expression « conception défectueuse » désigne une conception qui comporte des défauts, qui est imparfaite ou de mauvaise qualité compte tenu de sa destination, tandis que l’expression « conception inadéquate » désigne une conception impropre ou qui ne convient pas à sa destination. Autrement dit, une conception défectueuse ou inadéquate est une conception qui ne permet pas d’utiliser le bien pour l’usage auquel il était destiné.

[88] L’arrêt *Queensland* a été cité dans de nombreuses décisions canadiennes. Dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Willowbrook Homes (1964) Ltd.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1236 (C.A. Alb.), un mur de béton d’un immeuble en construction s’était effondré au cours d’une forte tempête de

an exclusion clause for “faulty or improper design” applied because, regardless of whether or not the clause required an element of blameworthiness on the part of the designers, the bracing was not reasonably adequate for its intended purpose. The bracing had been subsequently doubled for the remainder of the project.

[89] In *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (Ont. H.C.J.), the 1979 ice flows on Labrador’s North West River damaged a trestle. At p. 97, the court found that:

From the happening of the damage it appears to me that the trestle was not designed to withstand the spring break up of ice. With some changes made it withstood the break up the following year. There is no evidence that the break up in 1979 was in any way unusual.

The court followed *Queensland* and *Willowbrook* in ruling that the trestle’s design excluded it from coverage under an exception for “error, omission or deficiency in design”.

[90] *Queensland* was also followed in *B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729 (B.C.C.A.). In that case, an embankment supporting part of a railway track collapsed because the engineer responsible for its design made a wrong assumption about the underlying soil. While the exclusion clause in *B.C. Rail* excluded “error in design” rather than “faulty design”, the Court of Appeal followed *Queensland* and *Willowbrook* in noting that the exclusion applied to design, not designing. As a result, it was not necessary to find some element of blameworthiness in the work of the designer who made the wrong assumption. The issue, according to the court, was whether the design itself was flawed.

vent. L’assureur a pu établir que la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » s’appliquait, parce que, peu importe si cette clause exigeait ou non un élément de faute de la part des concepteurs, l’étayage n’était pas raisonnablement adéquat pour l’usage auquel il était destiné. L’étayage avait par la suite été doublé pour le reste de la construction.

[89] Dans *Collavino Inc. c. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (H.C.J. Ont.), il est question d’un pont sur chevalets traversant la rivière North West, au Labrador, qui avait été endommagé par le passage des glaces en 1979. Le tribunal a tiré la conclusion suivante (p. 97) :

[TRADUCTION] Le dommage survenu me semble indiquer que le pont sur chevalets n’était pas conçu pour résister à la débâcle du printemps. Après qu’on y eut apporté quelques changements, il a résisté à la débâcle de l’année suivante. Aucun élément de preuve ne donne à croire que la débâcle de 1979 ait été en quoi que ce soit inhabituelle.

Applicant *Queensland* et *Willowbrook*, le tribunal a statué que la conception du pont sur chevalets l’excluait de la couverture, en vertu d’une exception relative aux [TRADUCTION] « erreurs, omissions ou déficiences dans la conception ».

[90] L’arrêt *Queensland* a également été appliqué par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *B.C. Rail Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1991), 79 D.L.R. (4th) 729. Dans cette affaire, un remblai supportant une partie de voie ferrée s’était affaissé parce que l’ingénieur qui l’avait conçu avait fait une supposition erronée sur la nature du sol sous-jacent. Même si la clause d’exclusion visait les [TRADUCTION] « erreurs de conception » plutôt que la « conception défectueuse », la Cour d’appel a suivi les arrêts *Queensland* et *Willowbrook* pour conclure que l’exclusion s’appliquait à la conception en tant que telle et non au travail de conception. Il n’était dès lors pas nécessaire de trouver un élément de faute dans le travail du concepteur ayant fait la supposition erronée. Selon la cour, la question qui devait être tranchée était celle de savoir si la conception elle-même était défectueuse.

[91] Binnie J. writes that these cases are all explainable on the basis of a negligence standard (para. 45). However, none of the courts made findings of negligence.

[92] Another line of cases deals with the *Queensland* approach differently, starting with *Foundation Co. of Canada Ltd. v. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36 (Gen. Div.), in which a blow-in caused by “the unforeseeable and rare combination of a pocket of gas and slickenside” damaged a cofferdam (p. 47). The insurance policy in *Foundation* excluded the cost of making good “faulty or defective” design. According to the trial judge, Wilson J., the facts in *Foundation* brought into focus “the limits of the principles in *Queensland*” (p. 47). She noted that in *Queensland*, *Willowbrook*, and *Collavino*, the impugned designs were “inadequate to meet the demands of extreme, but foreseeable, circumstances” (p. 46). (In *B.C. Rail*, the design was inadequate to meet non extreme, foreseeable circumstances.) As a result, she ruled that, if a design does not take into account all foreseeable risks, the “faulty or deficient” design exclusion would apply.

[93] Wilson J. also found that the term “faulty design” required a comparison to a standard against which it falls short. At p. 47, she writes that “a finding of faulty or defective design is necessarily comparative. It means comparing the design in question to some standard, and requires a finding that the design was below that standard.” She rejected a comparison to the “industry standard” because this might be inappropriately low due to cost considerations. She cautioned about the effects on public safety of such a standard. She acknowledged that a design’s conformity to the industry standard may be “persuasive” to rebut allegations of “faulty or defective design”, but it would not be determinative of the issue. At p. 48, Wilson J. also finds the negligence standard too low, stating that requiring a design to meet only reasonably foreseeable risks “leaves too great a potential margin for error”. She

[91] Le juge Binnie est d’avis que toutes ces décisions peuvent s’expliquer sur la base d’une norme de négligence (par. 45). Or, dans aucune de ces affaires le tribunal n’a conclu à la négligence.

[92] Un autre courant jurisprudentiel aborde différemment l’approche adoptée dans *Queensland*. Prenons d’abord *Foundation Co. of Canada Ltd. c. American Home Assurance Co.* (1995), 25 O.R. (3d) 36 (Div. gén.). Dans cette affaire, un effondrement causé par [TRADUCTION] « la combinaison imprévisible et rare d’une poche de gaz et de surfaces de glissement » avait endommagé un batardeau (p. 47). La police d’assurance dans *Foundation* excluait les coûts engagés pour remédier à une conception [TRADUCTION] « défectueuse ou déficiente ». La juge Wilson, qui a présidé le procès, a estimé que les faits de cette affaire faisaient ressortir [TRADUCTION] « les limites des principes formulés dans *Queensland* » (p. 47). Elle a indiqué que les conceptions en cause dans *Queensland*, *Willowbrook* et *Collavino* étaient [TRADUCTION] « inadéquates pour répondre aux exigences de circonstances extrêmes, mais prévisibles » (p. 46). (Dans *B.C. Rail*, il s’agissait de circonstances prévisibles non extrêmes.) La juge Wilson a donc conclu que, si une conception ne tient pas compte de tous les risques prévisibles, l’exclusion pour conception « défectueuse ou déficiente » s’applique.

[93] La juge Wilson a également conclu que l’expression « conception défectueuse » suppose une comparaison avec une norme à laquelle la conception ne répond pas. À la page 47, elle écrit que la conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « une conception est défectueuse ou déficiente est nécessairement de nature comparative. Elle suppose que l’on compare la conception en question à une norme, pour conclure qu’elle n’y satisfait pas. » La juge a rejeté une comparaison avec la [TRADUCTION] « norme de l’industrie », celle-ci pouvant ne pas être suffisamment rigoureuse en raison de considérations de coût, et elle a mis en garde contre les conséquences d’une telle norme sur la sécurité publique. Elle a reconnu que la conformité d’une conception aux normes de l’industrie peut constituer un argument [TRADUCTION] « persuasif » pour réfuter des allégations de « conception défectueuse ».



concludes that all foreseeable risks must be taken into account. Notably, this is the test she had formulated before engaging in a discussion of a comparative standard.

[94] The *Foundation* approach was followed in *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.). In that case, a dam was damaged when it was weakened by seepage in the bedrock on which it was built. The trial judge, Lang J. (as she then was), ruled that a faulty design exclusion would not apply if the impugned design was fit for its intended purpose and the designer had accounted for all potential foreseeable risks (para. 176). She also held that, unlike the risk of the blow-in in *Foundation*, the risk of seepage was foreseeable and not an “unexpected, rare and unknown phenomenon” (para. 186).

#### V. The Courts Below on the Applicable Standard

[95] The trial judge in this case, Ground J., adopted the standard of *Algonquin Power* and *Foundation* whereby to not be faulty or improper, a design must accommodate all foreseeable risks, no matter how unlikely or remote (para. 54). Ground J. restated this standard throughout the judgment as requiring that the design “accommodate or provide for” (para. 68) or “withstand” (para. 174) all foreseeable risks.

[96] At the Ontario Court of Appeal, Rosenberg and Cronk J.J.A. held that the trial judge had correctly stated the standard:

ou déficiente », mais qu’elle n’est pas déterminante. À la page 48, la juge Wilson a aussi jugé que la norme de négligence n’est elle non plus pas assez rigoureuse, parce qu’une norme exigeant simplement qu’une conception réponde aux risques raisonnablement prévisibles [TRADUCTION] « laisse une marge potentielle d’erreur trop importante ». Elle a estimé que tous les risques prévisibles doivent être pris en compte. Il importe de signaler que c’est là le critère qu’elle avait formulé avant de traiter de la question de la norme comparative.

[94] L’approche adoptée dans *Foundation* a été reprise dans *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.). Dans cette affaire, des dommages avaient été causés à un barrage par suite d’une infiltration d’eau dans le sous-sol rocheux sur lequel il était érigé. La juge Lang (maintenant juge de la Cour d’appel) a conclu qu’une exclusion pour conception défectueuse était inapplicable si la conception en cause convenait à sa destination et si le concepteur avait tenu compte de tous les risques potentiels prévisibles (par. 176). Elle a aussi conclu que, contrairement au risque d’effondrement dans *Foundation*, le risque d’infiltration était prévisible et ne constituait pas un [TRADUCTION] « phénomène inattendu, rare et inconnu » (par. 186).

#### V. Les normes appliquées par les juridictions inférieures

[95] Dans la présente affaire, en première instance, le juge Ground a adopté la norme établie dans *Algonquin Power* et dans *Foundation*, soit celle selon laquelle pour ne pas être défectueuse ou inadéquate, une conception doit être adaptée à tous les risques prévisibles, aussi éloignés et improbables soient-ils (par. 54). Selon la formulation qu’il a employée tout au long du jugement, la conception doit [TRADUCTION] « être adaptée à [tous les risques prévisibles] [ . . . ] ou [les] prévoir » (par. 68) ou y « résister » (par. 174).

[96] Les juges Rosenberg et Cronk de la Cour d’appel de l’Ontario ont conclu que le juge de première instance avait bien formulé la norme :

In our view, the trial judge's formulation of the foreseeability standard properly recognized that satisfaction of this standard requires proof that all foreseeable risks have been identified and addressed in the design in question. Mere recognition of a foreseeable risk is insufficient. "Accounting" for a foreseeable risk contemplates both that the risk is identified and that provision or allowance is made in the impugned design to meet the identified risk. On the foreseeability standard, anything less will not establish a fault-free and proper design. Nor, in our opinion, does designing against a foreseeable risk convert the risk into an unforeseeable one. It simply means that the applicable design provided for the risk, that is, the risk was identified and addressed in the design with a view to forestalling its occurrence, thus meeting the foreseeability standard. In this context, we agree that the foreseeability standard mandates that the relevant design "take into account", "accommodate", "provide for" and "withstand" all foreseeable risks.

((2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209, at para. 62)

I note that the majority formulated Wilson J.'s foreseeability test from *Foundation* without making reference to the necessity of comparing an impugned design to a standard.

[97] In dissent, Lang J.A. argued that an impugned design only needed to "take . . . all foreseeable risks into account" (para. 195). She ruled that the comparative standard introduced in *Foundation* "calls for a comparative analysis, an analysis that considers the human component of the design, and asks what the designer anticipated, or should have anticipated" (para. 195). She goes on to support this formulation of the standard by pointing out that it is "more favourable to the insurer" and by arguing that it "strikes a fair balance in respect of allocation of risk" (paras. 197).

[98] Lang J.A. states that *Foundation* rejected the *Queensland* test (para. 176). However, in my respectful opinion, Wilson J. did not reject the *Queensland* approach in *Foundation*. In her conclusions, she explicitly states that she has applied the test enunciated in *B.C. Rail* and *Queensland*

[TRADUCTION] À notre avis, la formulation de la norme de prévisibilité retenue par le juge de première instance reconnaissait à bon droit que, pour satisfaire à cette norme, il faut prouver que tous les risques prévisibles ont été cernés et qu'il y a été paré dans la conception en cause. La simple reconnaissance d'un risque prévisible ne suffit pas. La « prise en compte » d'un risque prévisible signifie que le risque a été cerné et que des mesures sont prises dans la conception pour parer au risque en question. Suivant la norme de prévisibilité, l'absence de défectuosité et le caractère adéquat de la conception ne sauraient sans cela être établis. À notre avis, le fait d'élaborer des mesures pour parer à un risque prévisible ne rend pas non plus ce risque imprévisible. Cela signifie simplement que la conception applicable a prévu le risque, c'est-à-dire que le risque a été cerné et qu'il y a été paré dans la conception en vue d'en prévenir la réalisation, et que la norme de prévisibilité est ainsi respectée. Dans ce contexte, nous convenons que la norme de prévisibilité exige que la conception pertinente « prenne en compte », « soit adaptée à », « prévienne » et « résiste à » tous les risques prévisibles.

((2007), 48 C.C.L.I. (4th) 161, 2007 ONCA 209, par. 62)

Je constate que les juges majoritaires ont formulé le critère de la prévisibilité énoncé par la juge Wilson dans *Foundation* sans faire mention de la nécessité de confronter la conception en cause à une norme.

[97] Pour la juge Lang, dissidente, il suffit que la conception en cause [TRADUCTION] « prenne en compte tous les risques prévisibles » (par. 195). Elle a conclu que la norme comparative introduite dans *Foundation* [TRADUCTION] « requiert une analyse comparative, une analyse qui considère la composante humaine de la conception et qui cherche à déterminer ce que le concepteur a prévu ou aurait dû prévoir » (par. 195). Elle souligne au soutien de cette formulation qu'elle est [TRADUCTION] « plus favorable à l'assureur » et qu'elle « établit un juste équilibre dans la répartition du risque » (par. 196-197).

[98] La juge Lang affirme que le critère utilisé dans *Queensland* a été rejeté dans *Foundation* (par. 176). Avec égards, j'estime pour ma part que, dans cette dernière décision, la juge Wilson n'a pas écarté l'approche empruntée dans *Queensland*. Elle indique clairement dans ses conclusions qu'elle a

(p. 56). Her conclusions should be seen as refining the test for situations where a design encountered an “unforeseeable and rare” event, in which case the design would not be considered “faulty”.

## VI. Analysis

[99] I agree with Binnie J. that the term “faulty or improper design” is not ambiguous (para. 33). Pursuant to *Consolidated-Bathurst*, in the absence of ambiguity we are not concerned with the *contra proferentem* rule, nor are we concerned with two interpretations, one which produces a reasonable result and the other not. And this is not a case in which application of the exclusion would mean that the insurer assumed no risk. The policy did cover the risks of external fortuities, such as fire, pockets of methane gas, and operator error among others.

[100] We are then left with the unambiguous term “faulty or improper design”. This exclusion requires that the design of a property be fit for its intended purpose. The judgment in *Foundation* and the majority judgment in this case at the Court of Appeal provide some guidance on the applicable test. The design must provide for and withstand all foreseeable risks. This means it must withstand extreme examples of foreseeable risks. While a design cannot be expected to withstand rare and unforeseeable conditions (*Foundation*, at p. 47), it must be able to meet foreseeable risks (C.A., at para. 62).

[101] In theory, one might say that anything or everything is foreseeable, in the sense of being imaginable. However, judges must consider the question of foreseeability in practical terms. Some conditions may be so rare and unexpected that in practice, it is not realistic to think that they were foreseeable. For instance, the insurers raised the

appliqué le critère énoncé dans *B.C. Rail* et dans *Queensland* (p. 56). Selon moi, il faut considérer que ses conclusions viennent affiner le critère pour les situations où une conception s’est heurtée à un événement [TRADUCTION] « imprévisible et rare », situations dans lesquelles la conception ne serait pas jugée « défectueuse ».

## VI. Analyse

[99] Je suis d’accord avec le juge Binnie lorsqu’il dit que l’expression « défectueuse ou inadéquate » n’est pas ambiguë (par. 33). Conformément au principe énoncé dans *Consolidated Bathurst*, puisqu’il n’y a pas d’ambiguïté, d’une part, il n’y a pas lieu d’appliquer la règle *contra proferentem* et, d’autre part, nous ne sommes pas en présence de deux interprétations possibles, l’une produisant un résultat raisonnable et l’autre non. En outre, il ne s’agit pas d’un cas où l’application de la clause d’exclusion ferait en sorte que l’assureur n’assumerait aucun risque. La police couvrait les risques externes fortuits tels les incendies, les poches de méthane et les erreurs d’opérateurs.

[100] Nous nous retrouvons donc avec l’expression non ambiguë « conception défectueuse ou inadéquate ». Cette clause d’exclusion exige que la conception d’un bien convienne à sa destination. On trouve dans la décision *Foundation* et dans l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce certaines indications sur le critère applicable. La conception doit prévoir tous les risques prévisibles et doit pouvoir y résister. Cela signifie qu’elle doit pouvoir résister à des exemples extrêmes de risques prévisibles. Une conception n’a pas à résister à des conditions rares et imprévisibles (*Foundation*, p. 47), mais elle doit pouvoir parer à des risques prévisibles (C.A., par. 62).

[101] En théorie, il est possible d’affirmer que tout est prévisible, au sens d’imaginable. Les juges doivent toutefois envisager la question de la prévisibilité dans une optique pratique. En effet, il peut y avoir des circonstances si rares et inattendues qu’il n’est pas réaliste, en pratique, de penser qu’elles étaient prévisibles. Par exemple, les assureurs ont évoqué

example of an aircraft struck by a meteorite. In theory, it might be said that the design of the aircraft was faulty or improper because it did not have a meteorite deflector. However, in practical terms, such an event is so rare and unexpected in the context of a commercial airplane's expected use, that it would fall into the unforeseeable category.

[102] The nature of a foreseeability analysis is that some conditions will be clearly foreseeable and others, e.g., the meteorite, clearly not. Difficulty will only arise at the margins. In such cases, the trial judge will have to determine whether or not the risk was foreseeable in the context of the property's intended use. On the evidence in *Queensland*, a flood was foreseeable, as were the ice flows in *Collavino*. On the evidence in *Foundation*, a blow-in from a combination of slickenside and gas was not foreseeable.

[103] With that said, this case is not one at the margins. The risk of differential deflection of the cuttinghead had been identified and therefore was foreseeable.

[104] After only 14 percent of the tunnel had been completed, contamination was detected in inspection ports for the main bearing. Worn and destroyed seals were found. Inspection revealed damage to the seal system particularly in the outer areas of the seal ring due to metal to metal contact between the rotating components and the bulkhead. The cause was excess differential deflection of the cuttinghead in the area of the seal elements.

[105] The TBM was repaired in a manner aimed at making the seals less susceptible to excess differential deflection of the cuttinghead. The project was then completed without the same problem recurring. It was found after completion that there had again been excess differential deflection of the cuttinghead, but that the modifications that were

le cas d'un avion frappé par une météorite. En théorie, on pourrait prétendre que la conception d'un appareil non équipé d'un déflecteur de météorites était défectueuse ou inadéquate. Mais, concrètement, un tel événement est si rare et inattendu dans le contexte de l'usage auquel est destiné un avion commercial, qu'il appartiendrait à la catégorie des risques imprévisibles.

[102] De par sa nature, l'analyse de la prévisibilité implique que certaines conditions seront clairement prévisibles, alors que d'autres, par exemple la météorite, seront clairement imprévisibles. Seuls les cas limites poseront problème : le juge du procès devra alors déterminer si le risque était prévisible compte tenu de l'usage auquel le bien était destiné. Dans *Queensland*, il ressortait de la preuve que le risque de crue des eaux était prévisible, tout comme l'était le risque de débâcle dans *Collavino*. Dans *Foundation*, il n'était pas prévisible, selon la preuve, qu'un effondrement soudain soit provoqué par la présence simultanée d'une poche de gaz et de surfaces de glissement.

[103] Cela dit, la présente espèce ne constitue pas un cas limite. Le risque de flexion différentielle de la tête de coupe avait été cerné; il était donc prévisible.

[104] Après le creusement de seulement 14 p. 100 de la longueur prévue du tunnel, des déblais ont été détectés dans les hublots d'inspection donnant sur le roulement principal. On a trouvé des joints d'étanchéité usés et détruits. L'inspection a révélé des dommages au système d'étanchéité, notamment à l'extérieur de l'anneau d'étanchéité, en raison du contact métal sur métal des éléments tournants et du bouclier. Ces dommages étaient dus à une flexion différentielle excessive de la tête de coupe dans la région des éléments d'étanchéité.

[105] Le tunnelier a été réparé de manière à rendre les joints d'étanchéité moins vulnérables à la flexion différentielle excessive de la tête de coupe. Les travaux ont ensuite été achevés sans que le problème survienne de nouveau. On a constaté après coup qu'il y avait encore eu une flexion différentielle excessive de la tête de coupe, mais que, grâce

made were sufficient to accommodate the excess deflection without damage to the seals.

[106] The trial judge ruled that “the design of the TBM was deficient in that it was not able to perform as specified under expected or normal conditions” (para. 67). Some differential deflection was expected, but there was greater differential deflection than provided for by the design.

[107] The potential for design failure to damage the TBM was a risk from the perspective of the parties at the moment of entering into the contract. The policy therefore covers it, subject to the applicability of the “faulty or improper design” exclusion.

[108] Here, it did not achieve its intended purpose because of an inability to cope with the expected, foreseeable conditions of its use. It could not, as originally designed, cope with the ground conditions it would foreseeably encounter. This type of risk was excluded from coverage under the “faulty or improper design” exclusion.

[109] Binnie J. says that the term “faulty or improper design” implies a comparative standard and that the appropriate standard is the state of the art. He says that “a design might fail even though not improper or faulty according to the state of the art” (para. 48). I cannot agree that the unambiguous term “faulty or improper design” implies that the design be measured against a standard of state of the art. I can find no basis for the introduction of a comparative standard of the state of the art in the term “faulty or improper design”. The only comparison that these words imply is between a design that is faulty or improper for its intended purpose having regard to all foreseeable risks and one that is not.

aux modifications apportées au tunnelier, cette flexion excessive n’avait pas endommagé les joints d’étanchéité.

[106] Le juge de première instance a statué que [TRADUCTION] « la conception du tunnelier était déficiente en ce que celui-ci s’était révélé incapable de fonctionner conformément aux spécifications dans des conditions attendues ou normales » (par. 67). Une certaine flexion différentielle était attendue, mais celle qui s’est produite dépassait les valeurs prévues lors de la conception.

[107] La possibilité qu’un défaut de conception entraîne des dommages au tunnelier constituait un risque du point de vue des parties lorsqu’elles ont conclu le contrat. La police couvrait donc ce risque sous réserve de l’applicabilité de la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate ».

[108] En l’espèce, le tunnelier n’a pas fait ce qu’on attendait de lui parce qu’il a été incapable de fonctionner dans les conditions d’utilisation attendues et prévisibles. Tel qu’il était originalement conçu, il ne pouvait fonctionner correctement dans les conditions de sol que, de manière prévisible, il allait rencontrer. Ce type de risque était visé par la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate ».

[109] Le juge Binnie affirme que l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » suppose une norme comparative et que l’état de la technique constitue la norme appropriée. Selon lui, « une conception [peut] abouti[r] à une défaillance, même si elle n’[est] pas inadéquate ou défectueuse selon l’état de la technique » (par. 48). Pour ma part, je ne peux conclure que l’expression « conception défectueuse ou inadéquate » — qui ne recèle aucune ambiguïté — suppose que la conception doit être comparée au regard de la norme de l’état de la technique. À mon sens, rien ne justifie l’introduction d’une telle norme comparative dans cette expression. Ces mots appellent une seule comparaison : celle entre une conception qui, compte tenu de tous les risques prévisibles, est défectueuse ou inadéquate par rapport à sa destination, et une conception qui ne l’est pas.

[110] Talk of comparative standards distorts the meaning of the terms used. For this reason, I must disagree with Lang J.A.'s formulation of the standard in her dissent at the Court of Appeal. Her formulation shifts the focus from the design to the designer. The question in this case is not whether the designer acted improperly or was at fault. The question is whether the design itself was faulty or improper.

[111] We are dealing here with a contract that by its words discloses the intention of parties. Introducing a comparative standard of the state of the art essentially turns a claim that must have its foundation in contractual terms into a claim in tort or something akin to a tort that is entirely foreign to the contract. This is clear from the justification given by Binnie J. for choosing the state of the art standard against which to measure the design: the "industry" standard is too low (para. 54), but the standard of perfection is too high (para. 51), so the standard should be "the state of the art" (para. 53).

[112] The comparative standard approach shifts the focus from the adequacy of the design of the TBM for its intended purpose, having regard to all foreseeable risks, to the adequacy of the work done by the design engineers. Did they design the TBM in accordance with the state of the art?

[113] Nowhere in the words of the exclusion is there any suggestion that the focus is on the adequacy of the work of the design engineers, let alone that the standard by which to measure their work is the state of the art. It excluded "faulty or improper design", not "negligent, faulty or improper designing".

[114] Binnie J. argues that his interpretation of the exclusion clause "best accords with the intentions of the parties" (para. 56). I respectfully disagree.

[110] En parlant de normes comparatives, on fausse le sens des mots employés. Voilà pourquoi je ne puis souscrire à la formulation de la norme figurant dans les motifs dissidents de la juge Lang de la Cour d'appel. Cette formulation met l'accent sur le concepteur plutôt que sur la conception. Dans le présent pourvoi, il ne s'agit pas de décider si le concepteur a agi de manière inappropriée ou a commis une faute. Il faut plutôt se demander si la conception elle-même était défectueuse ou inadéquate.

[111] Nous nous trouvons en l'espèce devant un contrat dont les termes expriment l'intention des parties. L'introduction d'une norme comparative fondée sur l'état de la technique a essentiellement pour effet de transformer une action dont le fondement doit être contractuel en une action fondée sur la responsabilité délictuelle ou sur quelque chose d'apparenté qui est tout à fait étranger au contrat. Cela ressort clairement des raisons invoquées par le juge Binnie pour expliquer son recours à la norme de l'état de la technique comme élément de comparaison de la conception. La norme de l'« industrie » n'est pas assez élevée (par. 54), mais la norme de la perfection est trop élevée (par. 51). Il faut donc appliquer celle de « l'état de la technique » (par. 53).

[112] Le recours à une norme comparative s'attache au caractère adéquat du travail effectué par les ingénieurs concepteurs plutôt qu'au caractère adéquat de la conception du tunnelier par rapport à sa destination, compte tenu de tous les risques prévisibles. Les ingénieurs ont-ils conçu le tunnelier conformément à l'état de la technique?

[113] Rien dans la formulation de la clause d'exclusion ne donne à penser que l'accent est mis sur le caractère adéquat du travail des ingénieurs concepteurs, et encore moins que la norme par rapport à laquelle leur travail devrait être évalué est celle de l'état de la technique. La clause exclut la « conception défectueuse ou inadéquate », non le « travail de conception négligent, défectueux ou inadéquat ».

[114] Le juge Binnie soutient que son interprétation de la clause d'exclusion « est la plus compatible avec l'intention qu'avaient les parties » (par. 56). En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[115] The common intention first and foremost is to be ascertained from the words of the contract. Nothing in the words of the contract supports the view that the design being in accordance with the state of the art was in the parties' contemplation when they agreed to the contract. Absent any other evidence there is no foundation for the inference that a state of the art standard was their common intention.

[116] When a contract of insurance unambiguously excludes coverage for "faulty or improper design", introducing tort or tort-like concepts to expand coverage beyond that contracted for has no legal foundation. This is especially the case when sophisticated commercial parties have deliberately negotiated coverage in a manuscript policy.

[117] The majority at the Court of Appeal set out the *Foundation* test without reference to a comparative standard. In my view, this is the right approach. The foreseeable risks test does not require introducing a comparative standard.

[118] It is important to observe that, at the time it was designed and constructed, the TBM was the largest earth pressure balance tunnel boring machine built in the world (trial judge's reasons, at para. 6). As noted by Binnie J. (at para. 6), the CNR

established an elaborate and sophisticated process to design and construct a customized TBM. A technical committee composed of expert tunnelling contractors and consultants was formed to advise on the conceptual design parameters. Its work was guided by a steering committee which provided general guidance. A technical review committee monitored, reviewed and advised the CNR on the project as a whole. The design of a suitable TBM was a major challenge.

[119] I find it difficult to believe that, if it was the intention of the parties that the property insurers would warrant that the design of an innovative TBM

[115] L'intention commune des parties doit d'abord et avant tout être déterminée en fonction du libellé du contrat. Or, rien dans ce libellé n'étaye le point de vue selon lequel les parties avaient pensé que la conception devait être conforme à l'état de la technique lorsqu'elles ont conclu le contrat. À défaut d'un autre élément de preuve au soutien de cette thèse, la décision d'inférer du contrat que les parties avaient l'intention commune d'adopter une norme de l'état de la technique n'est pas fondée.

[116] Lorsqu'un contrat d'assurance exclut sans équivoque la couverture relative à une « conception défectueuse ou inadéquate », l'introduction de concepts relevant de la responsabilité délictuelle ou s'y apparentant pour étendre la couverture au-delà de ce qui est stipulé au contrat est dénuée de fondement juridique. C'est encore plus vrai lorsque des entreprises bien averties ont délibérément négocié la couverture dans une police sur mesure.

[117] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont décrit le critère exposé dans la décision *Foundation* sans faire mention d'une norme comparative. Selon moi, il s'agit de la bonne approche. Le critère des risques prévisibles n'exige pas le recours à une norme comparative.

[118] Il importe de signaler que, au moment où le tunnelier a été conçu et construit, il s'agissait du plus gros tunnelier à pression de terre jamais construit dans le monde (motifs du juge de première instance, par. 6). Comme l'a indiqué le juge Binnie, au par. 6 de ses motifs, le CN

a établi une procédure détaillée et complexe pour la conception et la construction d'un tunnelier sur mesure. Un comité technique composé d'entrepreneurs et d'experts-conseils spécialisés en matière de forage de tunnels a été créé pour donner des conseils sur les paramètres de conception. Le travail de ce comité était chapeauté par un comité de direction, chargé des grandes orientations. Un comité d'examen technique et de surveillance conseillait le CN à propos du projet dans son ensemble. La conception d'un tunnelier répondant aux attentes représentait un véritable défi.

[119] J'ai peine à croire que, si les parties avaient eu l'intention que les assureurs de biens garantisent que la conception d'un tunnelier innovateur

requiring such extensive technical input would not be faulty or improper, the policy would not have explicitly provided for such coverage. Instead, such coverage was expressly excluded. In view of the express exclusion, the intention of the parties must have been that the CNR was the undertaking the risk involved in the development of the design of such an extraordinary piece of machinery.

[120] The approach of the majority turns the policy into a warranty. In other words, if the design engineers do everything in accordance with the state of the art, but the TBM does not work because they did not foresee the degree of differential deflection the cuttinghead would sustain, the design is not faulty or improper. However, as Rosenberg and Cronk J.J.A. noted for the Court of Appeal at para. 118, an all risks insurance policy is not a warranty of soundness or fitness for purpose. See also *Triple Five Corp. v. Simcoe & Erie Group* (1994), 159 A.R. 1 (Q.B.), at para. 297, and *Mellon v. Federal Ins. Co.*, 14 F.2d 997 (S.D.N.Y. 1926), at p. 1002. Construing the policy as a warranty, in my view, is an “unrealistic result” given “the commercial atmosphere in which the insurance was contracted” (to quote *Consolidated-Bathurst*, at p. 901).

[121] Binnie J. says that “a design is not faulty or improper simply because it does not meet a standard of perfection” (para. 51). This would be akin to the *prima facie* standard some have argued *Queensland* stood for.

[122] Professor Brown, in *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 20-32, write that, following the ruling in *Queensland*,

[i]t has . . . been argued in other cases that where an insurable loss results, a *prima facie* inference is raised that the faulty workmanship or design exclusion applies. In other words, it is argued that if the design failed, it must be faulty. This would, however, effectively reverse the onus of proving that the exclusion applies, in the absence of any policy wording to that effect. Further, it would impose absolute liability on the contractor or

requérant un apport technique aussi substantiel ne serait ni défectueuse ni inadéquate, la police n’aurait pas prévu expressément cette protection. Or, celle-ci a plutôt été expressément exclue. Vu l’existence de la clause en question, les parties devaient avoir l’intention que le CN assume le risque présenté par la mise au point d’une machine aussi exceptionnelle.

[120] Le raisonnement des juges majoritaires a pour effet de transformer la police en garantie. Autrement dit, si les ingénieurs concepteurs se conforment en tous points à l’état de la technique, mais que le tunnelier ne fonctionne pas parce qu’ils n’ont pas prévu le degré de flexion différentielle que supporterait la tête de coupe, la conception n’est ni défectueuse ni inadéquate. Toutefois, comme l’ont signalé les juges Rosenberg et Cronk de la Cour d’appel au par. 118, une police d’assurance tous risques n’est pas une garantie que le bien sera exempt de défectuosité ou conviendra à sa destination. Voir aussi *Triple Five Corp. c. Simcoe & Erie Group* (1994), 159 A.R. 1 (B.R.), par. 297, et *Mellon c. Federal Ins. Co.*, 14 F.2d 997 (S.D.N.Y. 1926), p. 1002. À mon avis, interpréter la police comme une garantie conduit à un « résultat irréaliste » compte tenu du « climat commercial dans lequel l’assurance a été contractée » (pour citer *Consolidated Bathurst*, p. 901).

[121] Selon le juge Binnie, « une conception n’est pas défectueuse ou inadéquate du simple fait qu’elle ne répond pas à une norme de perfection » (par. 51). Cela ressemblerait à la norme *prima facie* qui, selon certains, a été établie par *Queensland*.

[122] Dans *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), le professeur Brown, à la p. 20-32, écrit que, à la suite de l’arrêt *Queensland*,

[TRADUCTION] [i] a [. . .] été plaidé dans d’autres affaires que lorsqu’un sinistre assurable survient, il y a une inférence *prima facie* que l’exclusion relative à une exécution ou une conception défectueuse s’applique. En d’autres mots, que si la conception n’a pas produit le résultat escompté, elle était forcément défectueuse. On se trouverait cependant ainsi à inverser le fardeau de la preuve quant à l’application de l’exclusion, alors que la



designer and would significantly negate the coverage provided.

The author may well be correct to say that a finding that “if [a] design failed, it must be faulty” constitutes a reversal of the onus with respect to the application of the exclusion and imposes absolute liability. And Binnie J. may well be correct that this creates a standard of perfection. However, that is not the situation here.

[123] The foreseeability test applied above — one stemming from *Foundation’s* refinement of *Queensland* — is not a *prima facie* standard nor a standard of perfection. The foreseeability test does not mean that everything that can be designed for needs to be designed for. Some risks will be rare and unforeseeable; the insured cannot be expected to design for these.

[124] Binnie J. cites the examples of the de Havilland Comet I and the Tacoma Narrows Bridge as instances of designs which failed because of a lack of engineering knowledge about the problems they foreseeably faced and their solutions. The existence of such risks explains why insurers will want to include “faulty or improper design” exclusions. Once such a clause is included in the policy, such risks will be excluded on the foreseeability test.

[125] As explained above, the “faulty or improper design” exclusion did not mean that the TBM had to withstand all risks. The exclusion would not have applied to designs that were fit for their purpose, but failed due to rare and unforeseeable circumstances. However, the TBM did have to cope with the necessary and foreseeable incidents of its intended use.

police ne contient aucune clause à cet effet. On se trouverait en outre à imposer une responsabilité absolue à l’entrepreneur ou au concepteur et à supprimer dans une large mesure la couverture prévue.

Cet auteur pourrait fort bien avoir raison de dire que la conclusion suivant laquelle [TRADUCTION] « si [une] conception ne produit pas le résultat escompté, elle était forcément défectueuse » constitue une inversion du fardeau de la preuve en ce qui concerne l’application de l’exclusion et impose une responsabilité absolue. En outre, le juge Binnie pourrait fort bien avoir raison de dire que cela crée une norme de perfection. Toutefois, en l’espèce, nous ne sommes pas en présence d’une telle situation.

[123] Le critère de la prévisibilité appliqué précédemment — qui découle de la version affinée par *Foundation* du critère énoncé dans *Queensland* — n’est ni une norme *prima facie*, ni une norme de perfection. Le critère de la prévisibilité ne suppose pas qu’il faille tenir compte dans la conception de tout ce dont on peut tenir compte. La survenance de certains risques est rare et imprévisible; on ne peut s’attendre à ce que la conception en tienne compte.

[124] Le juge Binnie cite les cas du de Havilland Comet I et du pont de Tacoma Narrows comme des exemples de conceptions qui ont subi une défaillance en raison de lacunes dans les connaissances en ingénierie quant aux problèmes auxquels il était prévisible qu’elles soient confrontées et quant aux solutions pour y parer. L’existence de tels risques explique pourquoi les assureurs veulent prévoir des exclusions relatives aux « conception[s] défectueuse[s] ou inadéquate[s] ». Dès lors qu’une clause de ce type est stipulée dans la police, de tels risques seront exclus selon le critère de la prévisibilité.

[125] Comme je l’ai déjà expliqué, la clause d’exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » ne signifie pas que le tunnelier devait résister à tous les risques. L’exclusion ne se serait pas appliquée aux conceptions qui auraient convenu à leur destination, mais qui n’auraient pas atteint le résultat souhaité par suite de la survenance de circonstances rares et imprévisibles. Cependant, le tunnelier devait surmonter les événements inévitables et prévisibles découlant de l’usage auquel il était destiné.

[126] In order to invoke the exception, the onus on the insurer was to show that when the TBM failed, it did so due to faulty or improper design; that is, it failed to cope with foreseeable risks. There could have been other reasons for the failure — operator error, fire, or other risks. However, when, after investigation, it was determined that the failure was due to the original design's inability to cope with the necessary and foreseeable incidents of its expected use, the insurers met their onus.

[127] The insurers proved there was a design problem: they showed the cause was differential deflection in excess of that provided for by the design. It must follow that the exclusion to coverage applied.

[128] I conclude that the exception providing for faulty or improper design applies and that there is no coverage under Section I of the policy for what occurred in this case.

#### VII. The Resultant Loss Clause

[129] The CNR says that if the faulty or improper design exclusion applies under Section I of the policy, the CNR is still entitled to recover its pure economic loss for delay in opening the tunnel under Section II of the policy. The CNR relies on words which it says exclude the exception for faulty or improper design. The relevant provision states:

#### SECTION I - BUILDERS RISK INSURANCE

. . .

3. EXCLUSIONS: This Policy does not insure:
- (a) any loss of use or occupancy howsoever caused except as specifically stated;

. . .

[126] Pour que les assureurs soient justifiés d'invoquer la clause d'exclusion, il leur incombait de démontrer que la défaillance du tunnelier était attribuable à une conception défectueuse ou inadéquate, c.-à-d. que le tunnelier n'a pas pu surmonter des risques prévisibles. La défaillance aurait pu être causée par d'autres facteurs — l'erreur d'un opérateur, un incendie ou d'autres risques. Cependant, une fois qu'il a été établi, après enquête, que la cause de la défaillance résidait dans l'incapacité de la conception originale de surmonter les événements inévitables et prévisibles découlant de l'usage auquel le tunnelier était destiné, les assureurs s'étaient acquittés de leur fardeau.

[127] Les assureurs ont prouvé l'existence d'un problème de conception : ils ont montré que la cause de la défaillance était une flexion différentielle supérieure à celle que prévoyait la conception. Il s'ensuit que la clause d'exclusion était applicable.

[128] Je conclus que l'exception relative à la conception défectueuse ou inadéquate s'applique et que la protection prévue à la partie I de la police ne couvre pas l'événement survenu en l'espèce.

#### VII. La clause relative aux pertes entraînées par voie de conséquence

[129] Le CN soutient que, si l'exclusion relative à la conception défectueuse ou inadéquate est applicable en vertu de la partie I de la police, il peut tout de même se faire indemniser pour les pertes purement financières résultant du retard dans l'ouverture du tunnel en vertu de la partie II de la police. Il invoque des dispositions qui, selon lui, ont pour effet d'empêcher l'application de la clause d'exclusion relative à la conception défectueuse ou inadéquate. Voici ces dispositions :

[TRADUCTION]

#### PARTIE I - ASSURANCE DES CONSTRUCTEURS

. . .

3. EXCLUSIONS : La présente police ne couvre pas :
- a) les pertes d'usage ou d'occupation, quelle qu'en soit la cause, sauf disposition contraire expresse;

. . .

(d) the cost of making good

d) les frais engagés pour remédier

(iii) faulty or improper design

(iii) à une conception défectueuse ou inadéquate;

provided, however, to the extent otherwise insured and not otherwise excluded under this Policy, resultant loss or damage under any Section of this Policy shall be insured; . . .

l'assurance devant néanmoins produire ses effets en ce qui concerne les sinistres entraînés par voie de conséquence s'ils sont couverts par ailleurs et ne sont pas autrement exclus . . .;

[130] I agree with the trial judge and the Court of Appeal that Section II of the policy does not provide coverage. Coverage under Section II only applies to economic loss for delay when the cause of the delay is physical loss covered under Section I of the policy. As there is no coverage under Section I for faulty or improper design, there can be no coverage under Section II for resultant damage or economic loss.

[130] À l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel, j'estime que la partie II de la police n'offre pas cette protection. La protection prévue par cette partie ne vise les pertes financières résultant d'un retard que si celui-ci découle de pertes matérielles assurées aux termes de la partie I de la police. Or, comme la partie I ne couvre pas la conception défectueuse ou inadéquate, les dommages et pertes financières en résultant ne peuvent être couverts par la partie II.

#### VIII. Conclusion

#### VIII. Conclusion

[131] I would dismiss the appeal with costs in this Court and the courts below.

[131] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

*Appeal allowed with costs, DESCHAMPS, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs des appelantes : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Lerner, Toronto.*

*Procureurs des intimées : Lerner, Toronto.*

**Philippe Lacroix** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*INDEXED AS: **R. v. LACROIX**Neutral citation: **2008 SCC 67.**

File No.: 32445.

2008: November 21; 2008: December 4.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted on 15 counts of sexual assault — Majority of Court of Appeal affirming convictions — Whether verdicts unreasonable.**Held:* The appeal should be allowed. A verdict of acquittal is substituted on each of the counts on which the accused was convicted.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Dufresne and Côté J.J.A.), SOQUIJ AZ-50467234, [2008] Q.J. No. 195 (QL), 2008 CarswellQue 124, 2008 QCCA 78, affirming a decision of Garneau J., SOQUIJ AZ-50362829, [2006] Q.J. No. 2572 (QL), 2006 CarswellQue 2530, 2006 QCCQ 2138. Appeal allowed.

*Annie Émond*, for the appellant.*Sophie Lamarre* and *Carole Lebeuf*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

[1] THE COURT — The appellant appeals to the Court as of right. The issue is whether the guilty verdicts entered by the trial judge are unreasonable. We agree with Chamberland J.A.'s conclusion in dissent that [TRANSLATION] “[t]he circumstantial evidence has so little weight that it was

**Philippe Lacroix** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*RÉPERTORIÉ : **R. c. LACROIX**Référence neutre : **2008 CSC 67.**

N° du greffe : 32445.

2008 : 21 novembre; 2008 : 4 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de 15 chefs d'agression sexuelle — Cour d'appel, à la majorité, confirmant les déclarations de culpabilité — Les verdicts sont-ils déraisonnables?**Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Un verdict d'acquiescement est substitué à l'égard de chacun des chefs d'accusation dont l'accusé a été déclaré coupable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Dufresne et Côté), SOQUIJ AZ-50467234, [2008] J.Q. n° 195 (QL), 2008 CarswellQue 124, 2008 QCCA 78, qui a confirmé une décision du juge Garneau, SOQUIJ AZ-50362829, [2006] J.Q. n° 2572 (QL), 2006 CarswellQue 2530, 2006 QCCQ 2138. Pourvoi accueilli.

*Annie Émond*, pour l'appelant.*Sophie Lamarre* et *Carole Lebeuf*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

[1] LA COUR — L'appelant se pourvoit de plein droit devant la Cour. La question est de savoir si les verdicts de culpabilité du juge du procès sont déraisonnables. Nous sommes d'accord avec le juge Chamberland de la Cour d'appel qui conclut, en dissidence, que « [l]e poids de la preuve

unreasonable to convict the appellant of the assault on L.V.” ([2008] Q.J. No. 195 (QL), 2008 QCCA 78, at para. 46).

[2] We also agree with Chamberland J.A. (at para. 47) that as a result of this conclusion, the Court need not deal with the similar fact evidence, [TRANSLATION] “since it was that verdict that led the trial judge to find the appellant guilty of the other 14 assaults, all of which had been committed by a single man”.

[3] Consequently, the appeal is allowed and a verdict of acquittal is substituted on each of the counts on which the appellant was convicted.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Boro, Polnicky, Lighter, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

circonstancielle est si faible que le verdict déclarant l'appelant coupable de l'agression subie par L.V. est déraisonnable » ([2008] J.Q. n<sup>o</sup> 195 (QL), 2008 QCCA 78, par. 46).

[2] À l'instar du juge Chamberland (par. 47), nous sommes d'avis que cette conclusion dispense la Cour de traiter de la preuve de faits similaires, « puisque c'est ce verdict qui a amené le juge de première instance à conclure que l'appelant était coupable des 14 autres agressions, toutes les agressions étant le fait d'un seul et même homme ».

[3] Conséquemment, le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquiescement est substitué à l'égard de chacun des chefs d'accusation dont l'appelant a été déclaré coupable.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Boro, Polnicky, Lighter, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

**Confédération des syndicats  
nationaux** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Attorney  
General of New Brunswick and Canadian  
Labour Congress** *Interveners*

- and -

**Syndicat national des employés de  
l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc  
Crevier and Marie Langevin** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Attorney  
General of New Brunswick and Canadian  
Labour Congress** *Interveners*

**INDEXED AS: CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS  
NATIONAUX v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**Neutral citation: 2008 SCC 68.**

File Nos.: 31809, 31810.

2008: May 13; 2008: December 11.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella and Rothstein JJ.

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

*Constitutional law — Division of powers — Unemployment insurance — Series of active measures designed to maintain tie between insured persons and labour market — Whether provisions of federal employment insurance legislation relating to employment service, to*

**Confédération des syndicats  
nationaux** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec, procureur  
général du Nouveau-Brunswick et Congrès du  
travail du Canada** *Intervenants*

- et -

**Syndicat national des employés de  
l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc  
Crevier et Marie Langevin** *Appellants*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec, procureur  
général du Nouveau-Brunswick et Congrès du  
travail du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS  
NATIONAUX c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**Référence neutre : 2008 CSC 68.**

N<sup>os</sup> du greffe : 31809, 31810.

2008 : 13 mai; 2008 : 11 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Assurance-chômage — Éventail de mesures actives destinées à maintenir le lien entre les assurés et le marché du travail — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux programmes de placement,*

*training and work-sharing programs and to employment benefits are valid — Constitution Act, 1867, s. 91(2A) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c), 135(2).*

*Constitutional law — Taxation — Delegation of taxing authority — Principle of parliamentary control over collection of taxes — Employment insurance surpluses accumulated in Consolidated Revenue Fund — Power to set premium rates delegated without legislated criteria — Whether employment insurance premiums constitute administrative charge or tax — If they constitute tax, whether they were collected in accordance with principle of parliamentary control and pursuant to valid delegation — Constitution Act, 1867, ss. 53, 91(3) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 66 to 66.3, 72.*

In 1996, the *Employment Insurance Act* established the legal framework for a significant restructuring of the unemployment insurance system. In addition to the usual active measures against unemployment, such as an employment service and training and work-sharing programs (ss. 60, 25 and 24), five types of employment benefits were introduced in this legislation (s. 59): wage subsidies, earnings supplements, self-employment assistance, job creation partnerships and skills loans or grants.

Two events related to the financing of the system laid the groundwork for the new legislation: in 1986, on the recommendation of the Auditor General of Canada, the Employment Insurance Account was consolidated with government revenues as a whole and, in 1990, the government stopped financing the Account out of its general revenues, relying on premiums at an annual rate based, at that time, on the cost over only a few previous years. In the 1996 legislation, Parliament revised the financing of the Account in order to balance the program's budget over the long term. Section 66 set out guidelines for a system under which premiums were to be set high enough to cover the system's current expenditures and ensure the gradual accumulation of a reserve so that rates could be stabilized regardless of the constraints of business cycles. In the space of six or seven years, the deficits were absorbed and surpluses totalling more than \$40 billion were accumulated. In 2001, Parliament enacted s. 66.1, which, departing from s. 66, authorized the Governor General in Council to set premium rates directly for 2002 and 2003. For 2004, Parliament set the premium rate in the Act itself. For 2005, it went back, by enacting s. 66.3, to having the Governor General in Council set the rates.

*de formation et de partage du travail ainsi qu'aux prestations d'emploi sont-elles valides? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109c), 135(2).*

*Droit constitutionnel — Taxation — Délégation du pouvoir de taxation — Principe de contrôle parlementaire du prélèvement d'impôts et taxes — Surplus de l'assurance-emploi accumulés dans le Trésor — Délégation du pouvoir de fixer les taux de cotisation non assortie de critères législatifs — Les cotisations à l'assurance-emploi sont-elles des redevances administratives ou des taxes? — Si ce sont des taxes, ont-elles été prélevées conformément au principe de contrôle parlementaire et au moyen d'une délégation valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 91(3) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 66 à 66.3, 72.*

En 1996, la *Loi sur l'assurance-emploi* crée le cadre juridique d'un réaménagement important du régime d'assurance-chômage. En plus des mesures actives habituelles pour combattre le chômage, tels les programmes de placement, de formation et de travail partagé (art. 60, 25 et 24), cette loi introduit cinq types de prestations d'emploi (art. 59) : subventions salariales, suppléments de rémunération, aide au travail indépendant, partenariats pour la création d'emplois et prêts ou subventions de perfectionnement.

Quant au financement du régime, deux jalons pertinents précèdent la nouvelle loi : en 1986, sur la recommandation du vérificateur général du Canada, le compte d'assurance-emploi est consolidé avec l'ensemble des recettes gouvernementales et, en 1990, l'État cesse de financer le compte à même ses recettes générales pour s'en remettre aux cotisations, dont le taux annuel est alors fonction de l'expérience de quelques années précédentes seulement. La loi de 1996 revoit le financement du compte de façon à rééquilibrer le budget du programme à long terme. L'article 66 fournit les lignes directrices d'un système de cotisations d'un niveau suffisant pour couvrir les dépenses courantes du système et pour constituer graduellement une réserve permettant la stabilisation des taux malgré les contraintes des cycles économiques. En six ou sept ans, les déficits sont résorbés et des surplus de plus de 40 milliards de dollars se constituent. En 2001, le législateur fédéral adopte l'art. 66.1 qui, par dérogation à l'art. 66, permet au gouverneur général en conseil de fixer directement le taux des cotisations pour 2002 et 2003. Pour l'année 2004, le Parlement fixe le taux de cotisation dans la loi elle-même. Pour 2005, il revient, par l'art. 66.3, à la fixation des taux par le gouverneur général en conseil.

The appellants brought declaratory actions to challenge the constitutional validity of the “active” measures, the premium-setting mechanisms, the accumulation of surpluses and the allocation of those surpluses to overall federal expenditures. The Quebec Superior Court and Court of Appeal rejected their arguments.

*Held:* The appeals should be allowed in part. The versions of ss. 66.1 and 66.3 of the *Employment Insurance Act* in force in 2001, 2002 and 2005 were unconstitutional. Employers’ and employees’ premiums for those years were collected unlawfully. This declaration is suspended for a period of 12 months from the date of this judgment.

The impugned active measures are valid. The programs provided for in the *Employment Insurance Act* reflect changes in the economy and the labour market and are part of the “natural evolution” of the unemployment insurance power conferred on the Parliament of Canada. That power must be interpreted generously. Its objectives are not only to remedy the poverty caused by unemployment, but also to maintain the ties between unemployed persons and the labour market. Thus, regulating unemployment insurance does not mean simply taking passive responsibility for paying benefits to Canadian workers during periods when they are not working. It also means taking on a more active role designed to maintain or restore ties between persons who may become or are unemployed and the labour market. Job placement and training programs are initiatives that fell within Parliament’s legislative jurisdiction from the outset. These programs, together with work-sharing programs, retain a close enough connection with the system’s basic objectives and form to a sufficient extent an integral part of the system. Furthermore, the labour market has changed, and the way the federal power under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* is exercised can reflect this. Employment benefits programs illustrate this change, as they are designed to reinforce ties with the labour market or to prepare workers to re-enter it. For example, job creation partnerships are designed to alleviate some of the consequences of weak labour markets in disadvantaged regions and thus reduce unemployment. Earnings supplements also directly affect ties with the labour market: they temporarily increase the income of workers who would otherwise be more hesitant to accept jobs for less pay. Self-employment assistance fosters the establishment of businesses and helps insured participants re-enter the labour market. Wage subsidies paid to employers specifically facilitate entry into the labour market by disadvantaged persons who wish to improve their productivity or gain work experience, and they help establish or maintain the employability of workers

Les appelants, par actions déclaratoires, contestent la validité constitutionnelle des mesures dites actives, des mécanismes de fixation des cotisations, de l’accumulation des surplus et de leur affectation à l’ensemble des dépenses fédérales. La Cour supérieure et la Cour d’appel du Québec rejettent ces prétentions.

*Arrêt :* Les pourvois sont accueillis en partie. Les articles 66.1 et 66.3 de la *Loi sur l’assurance-emploi* en vigueur en 2001, 2002 et 2005 étaient inconstitutionnels. Les cotisations d’employeurs et d’employés pour ces années ont été perçues illégalement. Cette déclaration est suspendue pour une période de 12 mois à compter de la date du dépôt du présent arrêt.

Les mesures actives contestées sont valides. Les programmes que contient la *Loi sur l’assurance-emploi* reflètent les changements de l’économie et du marché du travail et s’insèrent dans l’« évolution naturelle » de la compétence sur l’assurance-chômage dévolue au Parlement du Canada. Cette compétence doit être interprétée généreusement. Ses objectifs consistent non seulement à porter remède à la pauvreté causée par le chômage mais aussi à sauvegarder le rattachement des chômeurs au marché du travail. Régir la matière de l’assurance-chômage ne signifie donc pas seulement exercer la responsabilité passive du versement d’indemnités durant les périodes d’inactivité de la main-d’œuvre canadienne. Cela veut dire aussi acquérir un rôle plus actif, orienté vers la conservation ou le rétablissement d’un lien entre le chômeur actuel ou potentiel et le marché du travail. Les programmes de placement et de formation sont depuis le départ des initiatives qui se situent à l’intérieur de la compétence législative confiée au Parlement fédéral. Ces programmes ainsi que le partage du travail demeurent suffisamment liés aux objectifs fondamentaux du régime et intégrés dans celui-ci. De plus, le marché du travail a évolué et l’exercice du pouvoir fédéral prévu au par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut le refléter. Les prestations d’emploi illustrent cette évolution car elles visent à consolider les liens avec le marché du travail ou à préparer un retour à celui-ci. Ainsi, le partenariat pour la création d’emploi pallie certaines des conséquences de la faiblesse du marché du travail dans des régions défavorisées et atténue ainsi le chômage. Les suppléments de rémunération ont aussi un effet direct sur les liens avec le marché du travail : ils augmentent de manière temporaire les revenus de travailleurs qui autrement hésiteraient davantage à accepter des emplois moins bien rémunérés. L’aide au travail indépendant facilite l’organisation d’une entreprise et aide le participant à réintégrer le marché du travail. La subvention salariale versée aux employeurs favorise particulièrement l’insertion dans le marché du travail de



who might otherwise be condemned to not working. Skills loans and grants enable insured participants to acquire advanced knowledge, and their purpose is to make it easier for such people to obtain employment. [31] [39] [42-49]

As long as s. 66 of the Act applied, the existence of criteria for the setting of employment insurance premium rates ensured the application of a principle of allocation of and stability in the amounts being levied, and this justifies characterizing those amounts, from a constitutional standpoint, as a regulatory charge despite the existence of large surpluses. Because the federal government made a firm policy decision to put an end to deficits in employment insurance, stabilize fluctuating premium rates and strengthen the system by building up an adequate reserve, the 1996 legislation made the Employment Insurance Commission responsible for setting premium rates each year in accordance with the objectives set out in s. 66: ensuring that there would be enough revenue over a business cycle to pay the amounts charged to the Account, and maintaining relatively stable rate levels throughout the business cycle. During the period in question, from 1996 to 2001, the contributions collected were paid into the Consolidated Revenue Fund, the monies were used like any other part of the revenues in the Consolidated Revenue Fund, and the appropriate accounts were kept; the amounts needed for the system to function were credited or charged to the Employment Insurance Account. The government's use of them does not, therefore, constitute a misappropriation of employment insurance monies. [59] [66] [73-74]

When a new rate-setting mechanism was adopted for 2002, 2003 and 2005, the framework under s. 66 ceased to apply. The Act no longer included criteria to guide the setting of rates, which was now within the discretion of the Governor General in Council. Employment insurance premiums continued to be a part of government revenues, whereas, as a result of the disappearance of the relationship between that levy and the regulatory scheme, premiums were at the same time transformed into a payroll tax. But s. 53 of the *Constitution Act, 1867* reflects the ancient, but fundamental, principle of our democratic system that there should be no taxation without representation. Only Parliament may impose a tax *ab initio*. The delegation of taxing authority is constitutional if the legislation provides expressly and unambiguously for the delegation. The versions of ss. 66.1 and 66.3 that applied in 2002, 2003 and 2005 did not state that Parliament was delegating taxing authority.

personnes désavantagées qui cherchent à améliorer leur productivité ou à acquérir de l'expérience de travail et elle contribue à établir ou à préserver l'employabilité de travailleurs qui pourraient autrement être condamnés à l'inactivité. Les prêts et subventions de perfectionnement permettent à des participants d'acquérir des connaissances spécialisées, dans le but de faciliter leur recherche d'emploi. [31] [39] [42-49]

Tant que l'art. 66 de la loi s'est appliqué, la présence de critères relatifs à l'établissement des taux de cotisation à l'assurance-emploi conservait un principe d'affectation et d'équilibre des impositions qui préservait leur qualification constitutionnelle de prélèvements réglementaires, malgré l'existence de surplus importants. Parce que le gouvernement fédéral a pris la décision politique ferme de mettre fin aux déficits de l'assurance-emploi, de stabiliser les fluctuations des cotisations et de consolider le régime en créant une réserve adéquate, la loi de 1996 confie à la Commission de l'assurance-emploi le mandat de fixer annuellement les cotisations dans le cadre des objectifs décrits à l'art. 66 : assurer un apport suffisant de revenus pour couvrir les débits du compte et maintenir une certaine stabilité des taux, compte tenu du cycle économique. Pendant cette période, de 1996 à 2001, les contributions perçues ont été versées au Trésor, les fonds ont été employés comme toute autre partie des recettes du Trésor et la comptabilité appropriée a été tenue : les crédits et débits requis pour les opérations du régime ont été passés au compte de l'assurance-emploi. À ce titre, l'usage fait par le gouvernement ne représente pas un détournement des fonds de l'assurance-emploi. [59] [66] [73-74]

Avec l'adoption d'un nouveau mécanisme de fixation des taux pour les années 2002, 2003 et 2005, le cadre de l'art. 66 ne s'applique plus. La loi ne comporte plus de critères encadrant et orientant l'établissement des taux, lesquels relèvent désormais de la discrétion du gouverneur général en conseil. Les cotisations d'assurance-emploi constituent toujours un élément des recettes publiques tandis que la disparition du lien entre ce prélèvement et le régime réglementaire marque, du même coup, la transformation des cotisations en une taxe sur les listes de paie. Or, l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* reflète le principe ancien mais fondamental dans notre régime démocratique qu'il ne doit y avoir aucune taxation sans représentation. Seul le Parlement peut imposer une taxe *ab initio*. Une délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle dans la mesure où la loi prévoit cette délégation de manière explicite et non ambiguë. Le libellé des art. 66.1 et 66.3 applicables

The delegation they did provide for concerned a charge that had become a levy for general purposes, but it was not specified in the Act that Parliament intended to delegate its taxing authority as such. [60] [70] [75] [82] [87] [92-93]

### Cases Cited

**Applied:** *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; **referred to:** *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, aff'g *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427; *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2008] 1 S.C.R. 131, 2008 SCC 7; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Employment Insurance Act and the Employment Insurance (Fishing) Regulations*, S.C. 2001, c. 5, s. 9.  
*Budget Implementation Act, 1994*, S.C. 1994, c. 18, s. 26.  
*Budget Implementation Act, 2003*, S.C. 2003, c. 15, s. 21.  
*Budget Implementation Act, 2004*, S.C. 2004, c. 22, s. 25.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 53, 91(2A), (3).  
*Employment and Immigration Reorganization Act*, S.C. 1977, c. 54.  
*Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38.  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 22(1), 23(1), 24, 25, 56 to 65.2, 66 to 66.3, 71, 72, 73, 75, 77, 109(c), 135(2), Schedule II, s.12.  
*Unemployment Insurance Act*, S.C. 1955, c. 50, s. 37.  
*Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44, ss. 17, 31, First Schedule, Part II, Second Schedule.

en 2002, 2003 et 2005 ne prévoit nulle part que le Parlement délègue un pouvoir de taxation. La délégation qu'ils contiennent de fait vise un prélèvement qui était devenu une imposition à caractère général, sans que la loi précise que le Parlement entendait déléguer son pouvoir de taxation lui-même. [60] [70] [75] [82] [87] [92-93]

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; **arrêts mentionnés :** *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, conf. *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2008] 1 R.C.S. 131, 2008 CSC 7; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 53, 91(2A), (3).  
*Loi d'exécution du budget 1994*, L.C. 1994, ch. 18, art. 26.  
*Loi d'exécution du budget de 2003*, L.C. 2003, ch. 15, art. 21.  
*Loi d'exécution du budget de 2004*, L.C. 2004, ch. 22, art. 25.  
*Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44, art. 17, 31, première annexe, partie II, deuxième annexe.  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 39, 62, 63.  
*Loi modifiant la Loi sur l'assurance-emploi et le Règlement sur l'assurance-emploi (pêche)*, L.C. 2001, ch. 5, art. 9.  
*Loi régissant l'emploi et l'immigration*, S.C. 1977, ch. 54.  
*Loi sur l'assurance-chômage*, S.C. 1955, ch. 50, art. 37.

*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 39, 62, 63.

#### Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 136, 2nd Sess., 36th Parl., November 1, 1999.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., March 2, 2001.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 2).

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 2<sup>e</sup> éd. rev. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, *Federalism / Aboriginal Peoples*, 9th ed. Edmonton: Juriliber, 2007.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Gendreau and Brossard J.J.A.), [2006] R.J.Q. 2672, SOQUIJ AZ-50398096, SOQUIJ AZ-50398097, [2006] Q.J. No. 12562 (QL), [2006] Q.J. No. 12563 (QL), 2006 CarswellQue 14211, 2006 QCCA 1453, 2006 QCCA 1454, affirming a decision of Gascon J., [2003] R.J.Q. 3188, SOQUIJ AZ-50206024, [2003] Q.J. No. 15801, 2003 CarswellQue 2667. Appeals allowed in part.

*Guy Martin and Jean-Guy Ouellet*, for the appellant Confédération des syndicats nationaux.

*Gilles Grenier, Claude Leblanc and Bernard Phillion*, for the appellants Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc Crevier and Marie Langevin.

*James Mabbutt, René LeBlanc, Carole Bureau and Linda Mercier*, for the respondent.

*Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 22(1), 23(1), 24, 25, 56 à 65.2, 66 à 66.3, 71, 72, 73, 75, 77, 109c), 135(2), annexe II, art. 12.

*Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38.

#### Doctrine citée

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 136, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> novembre 1999.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2 mars 2001.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 2).

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 2<sup>e</sup> éd. rev. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, *Federalism / Aboriginal Peoples*, 9th ed. Edmonton: Juriliber, 2007.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Gendreau et Brossard), [2006] R.J.Q. 2672, SOQUIJ AZ-50398096, SOQUIJ AZ-50398097, [2006] J.Q. n° 12562 (QL), [2006] J.Q. n° 12563 (QL), 2006 CarswellQue 9362, 2006 QCCA 1453, 2006 QCCA 1454, qui a confirmé une décision du juge Gascon, [2003] R.J.Q. 3188, SOQUIJ AZ-50206024, [2003] J.Q. n° 15801, 2003 CarswellQue 2667. Pourvois accueillis en partie.

*Guy Martin et Jean-Guy Ouellet*, pour l'appelante la Confédération des syndicats nationaux.

*Gilles Grenier, Claude Leblanc et Bernard Phillion*, pour les appelants le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc Crevier et Marie Langevin.

*James Mabbutt, René LeBlanc, Carole Bureau et Linda Mercier*, pour l'intimé.

*Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Steven Barrett and Colleen Bauman*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

[1] In these appeals, a set of issues related to Canada's employment insurance system are once again before this Court. The debate, which was originally political in nature and will no doubt always be partly political, has moved into the judicial realm. The appellants Confédération des syndicats nationaux ("CSN") and Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. ("Syndicat") are contesting important aspects of the federal employment insurance system in separate declaratory actions. They are, first of all, challenging the constitutional validity of a series of "active" measures that are intended to fight unemployment and not simply to compensate unemployed persons. In the appellants' opinion, those measures do not fall within the legislative authority over unemployment insurance conferred on the Parliament of Canada by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*. The appellants are also contesting the method adopted to finance employment insurance, the accumulation of large surpluses in the Employment Insurance Account and the use of those surpluses by the federal government. For the reasons that follow, I conclude that the active measures adopted by Parliament fall within its legislative authority. In addition, it is my opinion that the system adopted to finance employment insurance has remained consistent with constitutional norms, except in 2002, 2003 and 2005. But the premium-setting mechanism used during those years was inconsistent with the constitutional principles that govern the creation of regulatory charges and the imposition of taxes by Parliament. I would therefore allow the appeals in part.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Steven Barrett et Colleen Bauman*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

[1] Les présents pourvois ramènent devant notre Cour un groupe de problèmes relatifs au régime d'assurance-emploi du Canada. Politique à l'origine, sans doute toujours en partie de cette nature, le débat s'est transporté dans le domaine judiciaire. Les appelants, la Confédération des syndicats nationaux (« CSN ») et le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. (« Syndicat »), contestent dans des recours déclaratoires distincts des aspects importants du régime fédéral d'assurance-emploi. D'abord, ils attaquent la validité constitutionnelle d'un ensemble de mesures dites actives destinées à combattre le chômage et non pas seulement à indemniser les chômeurs. À leur avis, ces mesures excèdent le cadre du pouvoir législatif conféré au Parlement du Canada sur l'assurance-chômage par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par ailleurs, ils s'en prennent au mode de financement de l'assurance-emploi, à l'accumulation de surplus importants dans le compte d'assurance-emploi et à leur utilisation par le gouvernement fédéral. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les mesures actives adoptées par le Parlement fédéral respectent les limites de sa compétence législative. Je suis aussi d'avis que le système de financement du régime d'assurance-emploi demeure conforme aux normes constitutionnelles, sauf pour les années 2002, 2003 et 2005. En effet, le mécanisme de fixation des cotisations appliqué durant ces années n'est pas conforme aux principes constitutionnels régissant la création de charges réglementaires et l'imposition de taxes par le Parlement fédéral. En conséquence, j'accueillerais en partie les pourvois.

## II. Origin of the Case

[2] This case arose out of efforts by the federal government to stabilize the national system of unemployment insurance or, as it is now called in the legislation, “employment insurance” and to adapt it better to the constraints inherent in changing business cycles. Various reforms were adopted over a period of several years that led to, among other things, the accumulation of large surpluses, political debates over the legitimacy and appropriateness of the surpluses and, finally, court challenges. To fully understand the nature and scope of these challenges, it will be necessary to summarize recent developments in the employment insurance system.

[3] The federal employment insurance system dates back to a constitutional amendment passed in 1940. Various changes were made to the system over time, and after 1980 it began to run a deficit. The federal government had to replenish the system’s account from time to time, which increased the federal deficit. In 1986, the government incorporated the account into the Consolidated Revenue Fund on the recommendation of the Auditor General of Canada. This account subsequently became known as the “Employment Insurance Account” (“Account”). In 1990, the government stopped covering the deficits in the Account. Successive federal governments then tried to restore financial stability to the employment insurance system and to rethink some of its methods and objectives.

[4] In 1996, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, established the legal framework for a significant restructuring of the system of unemployment insurance, which has been known since then as employment insurance. The legislation tightened eligibility requirements for unemployment benefits and included measures of a more interventionist nature that were designed to maintain or improve the ability of workers to enter the labour market. At the same time, the Parliament of Canada reviewed the financing of the Account. It established a system under which premiums were to be set high enough to cover the system’s current expenditures and ensure the gradual accumulation

## II. Origine du litige

[2] Le litige découle des efforts faits par le gouvernement fédéral pour stabiliser le régime national d’assurance-chômage ou d’assurance-emploi, comme le désigne maintenant la législation, et pour l’adapter davantage aux contraintes de l’évolution des cycles économiques. Durant une période de plusieurs années, des réformes diverses ont été adoptées. Un de leurs résultats fut la constitution de surplus importants, des débats politiques sur leur légitimité et leur opportunité et, finalement, des contestations judiciaires. Pour bien comprendre la nature et la portée de celles-ci, il convient de rappeler les grandes lignes de l’évolution récente du régime d’assurance-emploi.

[3] Le régime fédéral d’assurance-emploi remonte à un amendement constitutionnel adopté en 1940. Des changements divers y ont été apportés depuis. Après 1980, le régime était devenu déficitaire. Le gouvernement fédéral devait en renflouer périodiquement le compte, ce qui aggravait d’autant le déficit fédéral. En 1986, sur la recommandation du vérificateur général du Canada, le gouvernement fédéral a intégré le compte dans le Fonds consolidé du revenu, ou Trésor. Ce compte est devenu plus tard le « compte d’assurance-emploi » (« Compte »). En 1990, le gouvernement a cessé de combler les déficits du Compte. Par la suite, les gouvernements fédéraux successifs ont entrepris de rétablir l’équilibre financier du régime d’assurance-emploi et de repenser une partie de ses méthodes et objectifs.

[4] En 1996, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, a créé le cadre juridique d’un réaménagement important du régime d’assurance-chômage, désormais connu sous le nom d’assurance-emploi. La législation a resserré les conditions d’admissibilité aux indemnités de chômage et a prévu des mesures plus interventionnistes destinées à maintenir ou à améliorer la capacité d’intégration de la main-d’œuvre au marché du travail. En même temps, le Parlement du Canada a revu le financement du Compte. Il a prévu un système de cotisations destiné à fixer les contributions à un niveau suffisant pour couvrir les dépenses courantes du système et la constitution graduelle d’une réserve

of a reserve so that raises in premiums would be unnecessary during periods of economic slowdown and higher unemployment. During the years that followed, Parliament changed the premium-setting mechanisms frequently. These reforms led to the emergence and the sometimes rapid growth of surpluses in the Account. The surpluses apparently reached or exceeded \$40 billion. Over the same period, employment insurance premiums were paid into the Consolidated Revenue Fund pursuant to the policy adopted in 1986.

[5] The emergence of surpluses in the Account has given rise to extensive political debate that falls outside the jurisdiction of the courts. We must consider the appellants' two court challenges, which were heard and decided together. I will therefore now review the nature and purpose of the appellants' actions.

[6] The appellants brought separate declaratory actions to challenge what they saw as an abuse of the federal unemployment insurance power; they argued that the limits of that power had been exceeded. In their opinion, s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* gives the Parliament of Canada the power to establish a scheme to provide compensation to employees during periods of unemployment, but that scheme cannot include active measures to promote employment and is to be financed in accordance with the principle of mutuality. The premiums collected from employees and employers for the operation of the system cannot exceed what is needed to pay current expenditures and establish a reasonable reserve for the system's activities. Allocating premiums and the surpluses generated by the collection of premiums to other purposes, such as the elimination of the federal budget deficit, violates the Constitution. The appellants also argued that the premium-setting mechanism is unconstitutional. If that mechanism were justified as an exercise of the federal taxation power, it was implemented in a manner that violated s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. On the basis of these arguments, which for the most part were common to the two proceedings, the Syndicat requested a finding that several provisions of the *Employment Insurance Act* are invalid and a

de nature à éviter des augmentations de cotisations en période de ralentissement économique et d'augmentation du chômage. Au cours des années suivantes, le Parlement a modifié fréquemment les mécanismes de fixation des cotisations. Ces réformes ont provoqué l'apparition et la croissance parfois rapide de surplus dans le Compte qui auraient atteint ou dépassé les 40 milliards de dollars. Durant cette période, les cotisations d'assurance-emploi ont été versées au Trésor, conformément à la politique établie en 1986.

[5] L'apparition des surplus dans le Compte a suscité bien des débats politiques qui échappent aux tribunaux. Nous devons nous pencher sur les deux contestations judiciaires des appelants qui ont été entendues et jugées ensemble. J'analyserai donc maintenant la nature et l'objet des recours entamés par les appelants.

[6] Les appelants ont institué des recours déclaratoires distincts pour contester ce qu'ils considèrent comme un détournement du pouvoir constitutionnel fédéral sur l'assurance-chômage qui aurait été exercé au-delà de ses limites. À leur avis, le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorderait au Parlement du Canada le pouvoir d'établir un régime d'indemnisation des périodes de chômage qui ne permettrait pas l'intégration de mesures actives destinées à la promotion de l'emploi et dont le financement resterait basé sur un principe de mutualité. En effet, les cotisations imposées aux salariés et aux employeurs pour assurer le fonctionnement du régime ne pourraient dépasser le niveau requis pour acquitter les dépenses courantes et constituer une réserve raisonnable pour ses activités. L'affectation des cotisations et des surplus engendrés par leur perception à d'autres fins, comme l'élimination du déficit budgétaire fédéral, violerait la Constitution. Ils plaident aussi l'inconstitutionnalité du mécanisme de fixation des cotisations. Si on voulait justifier ce mécanisme comme un exercice du pouvoir de taxation fédéral, les modalités de sa mise en œuvre ne respecteraient pas l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur la base de ces moyens, qui sont pour l'essentiel communs aux deux procédures, le Syndicat réclame l'invalidation d'un certain nombre de dispositions

declaration that the surpluses in the Account belong to the system's contributors, namely employers and employees. The CSN sought similar conclusions.

[7] In substance, the primary purpose of the actions was to quash the "active" measures established in the *Employment Insurance Act*, namely the employment service and employment benefits. The appellants also contested the premium-setting mechanism, the federal government's use of premiums and the allocation of the Account's surpluses. The respondent, the Attorney General of Canada, argued that all the "active" measures challenged by the appellants, the allocation of surpluses in the Account and the premium-setting mechanisms are valid. The two declaratory actions were joined for hearing. Both the Superior Court and the Quebec Court of Appeal heard them together.

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court* ([2003] R.J.Q. 3188)

[8] Gascon J. dismissed the appellants' actions in their entirety. He began by finding that the employment service and the active measures, that is, employment benefits and training and work-sharing programs, fall within the federal unemployment insurance power. Then, in the second part of his decision, he rejected the plaintiffs' arguments about the setting of premiums and the Employment Insurance Account's surpluses. In his opinion, the premium-setting mechanisms are constitutional. Premiums are a regulatory charge tied to the administration and implementation of the employment insurance system. If they were to be regarded as taxes, imposing them constituted a valid exercise of Parliament's taxation power. Moreover, according to Gascon J., the challenge to the premium rates themselves raised an administrative law issue that fell within the jurisdiction of another court. He added that the plaintiffs had at any rate abandoned this branch of their actions. Finally, the Superior Court held that the federal government had not appropriated the Account's surpluses. The federal

de la *Loi sur l'assurance-emploi* et demande à la Cour de déclarer que les surplus du Compte appartiennent aux cotisants du régime, les employeurs et les employés. La CSN formule des conclusions analogues.

[7] En substance, les recours demandent d'abord l'annulation des mesures dites actives instituées par la *Loi sur l'assurance-emploi*, soit le placement et les prestations d'emploi. Ensuite, ils s'attaquent au mécanisme de fixation des cotisations, à leur utilisation par le gouvernement fédéral et à l'affectation du surplus du Compte. L'intimé, le procureur général du Canada, a défendu la validité de l'ensemble des mesures dites actives contestées par les appelants ainsi que celle de l'affectation des surplus du Compte et des mécanismes de fixation des cotisations. Ces deux recours déclaratoires ont été réunis pour audition. La Cour supérieure, puis la Cour d'appel du Québec les ont entendus en même temps.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure* ([2003] R.J.Q. 3188)

[8] Le juge Gascon a rejeté complètement les recours des appelants. D'abord, il a conclu que le service de placement et les mesures actives, c'est-à-dire les prestations d'emploi et les programmes de formation et de travail partagé, se situaient à l'intérieur de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage. Dans un second volet de sa décision, le premier juge a ensuite écarté les moyens des demandeurs relatifs à la fixation des cotisations et aux surplus du Compte. À son avis, les mécanismes de fixation des cotisations respectaient la Constitution. Les cotisations représentaient un prélèvement réglementaire lié à l'administration et à la mise en œuvre du régime d'assurance-emploi. Si on voulait assimiler les cotisations à des taxes, leur imposition constituerait un exercice valide du pouvoir de taxation du Parlement fédéral. Par ailleurs, selon le juge Gascon, la contestation des taux de cotisation proprement dits constituait un problème de droit administratif qui relevait d'une autre juridiction. Il a ajouté, à ce propos, que les demandeurs avaient de toute manière abandonné ce volet

government's financial statements continued to show a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to the Account. In conclusion, Gascon J. refused to assess the political wisdom of the measures and methods that had led to the accumulation of surpluses in the Account.

B. *Quebec Court of Appeal* ([2006] R.J.Q. 2672, 2006 QCCA 1453, 2006 QCCA 1454)

[9] The Quebec Court of Appeal unanimously dismissed the appellants' appeals, thus confirming the constitutionality of all the measures and provisions at issue. However, its reasoning differed in some respects from that of the Superior Court. Its decision comprises two sets of reasons. Robert C.J.Q. wrote the reasons on the constitutional challenge to the "active" measures and dealt with the issue whether those measures fell within Parliament's legislative jurisdiction. Gendreau and Brossard J.J.A. dealt in joint reasons with the setting of premiums and the issue of surplus allocation.

[10] Robert C.J.Q. carefully and thoroughly reviewed the statutory provisions and programs at issue to determine whether they are constitutional. He first concluded that the employment service, the work-sharing program and the training measures are perfectly consistent with an approach designed to reduce the risk of unemployment. They therefore fall within the federal unemployment insurance power.

[11] According to Robert C.J.Q., employment benefits programs are more problematic. This category of benefits includes five different programs established under s. 59 of the *Employment Insurance Act*: wage subsidies paid to employers as a springboard to possible regular employment (s. 59(a)), earnings supplements for employees interested in low-paid jobs (s. 59(b)), self-employment assistance to encourage the creation of small businesses (s. 59(c)), job creation partnerships involving businesses and community organizations in areas with high unemployment rates (s. 59(d)), and

de leurs demandes. Enfin, la Cour supérieure a jugé que le gouvernement fédéral ne s'était pas approprié le surplus du Compte. Les états financiers du gouvernement fédéral continuent à indiquer une dette du Trésor envers le Compte. En conclusion, le juge Gascon s'est refusé à apprécier la sagesse politique des mesures et des méthodes qui ont permis l'accumulation des surplus dans le Compte.

B. *Cour d'appel du Québec* ([2006] R.J.Q. 2672, 2006 QCCA 1453, 2006 QCCA 1454)

[9] La Cour d'appel du Québec a rejeté à l'unanimité les pourvois des appelants. Elle a ainsi confirmé la constitutionnalité de l'ensemble des mesures et dispositions en litige. Toutefois, ses motifs diffèrent en partie de ceux de la Cour supérieure. Son arrêt comprend deux opinions. Le juge en chef Robert a rédigé les motifs portant sur la contestation constitutionnelle des mesures dites actives où il a décidé si elles relèvent de la compétence législative du Parlement fédéral. Les motifs conjoints des juges Gendreau et Brossard ont examiné la fixation des cotisations et le problème de l'affectation des surplus.

[10] Le Juge en chef a analysé attentivement et en détail les dispositions législatives et les programmes en débat pour en apprécier la validité constitutionnelle. Dans un premier temps, il a conclu que le service de placement, le programme de travail partagé et les mesures de formation s'inscrivaient directement dans une logique de diminution du risque de chômage. En conséquence, elles relevaient de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage.

[11] Selon le Juge en chef, le cas des programmes de prestations d'emploi présentait plus de difficultés. Cette catégorie de prestations incluait cinq programmes différents établis en vertu de l'art. 59 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Elle comprenait la subvention salariale versée à un employeur à titre de tremplin pour un emploi régulier éventuel (al. 59a)), le supplément de rémunération destiné à un employé intéressé par un emploi faiblement rémunéré (al. 59b)), l'aide au travail indépendant pour encourager la création de petites entreprises (al. 59c)), le partenariat pour la création d'emplois



skills loans or grants for workers seeking to obtain advanced skills (s. 59(e)).

[12] Robert C.J.Q. found on the basis of the principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56 (“*Reference*”), that some of these programs do not fall within Parliament’s jurisdiction over the public employment insurance system. He placed the programs in two categories: income replacement benefits and initiative promotion. According to Robert C.J.Q., the first category includes wage subsidies, earnings supplements and job creation partnerships. In his view, these programs are consistent with the purpose of insurance and meet the tests established in the *Reference*. They therefore fall within the federal unemployment insurance power.

[13] However, Robert C.J.Q. did not clearly decide whether the initiative promotion programs, namely self-employment assistance and skills loans or grants, fall within the federal unemployment insurance power. Instead, he concluded that they had been validly adopted pursuant to the federal spending power. He also noted that these programs are not intended to regulate matters within provincial jurisdiction and that the Parliament of Canada had expressly made them subject to provincial consent.

[14] In their joint reasons, Gendreau and Brossard J.J.A. rejected the appellants’ arguments that the mechanisms for financing employment insurance and the appropriation of the Account’s surpluses are unconstitutional. With regard to the premium-setting mechanism, they found that the distinction between regulatory charges and taxes is of little relevance in this case. Ultimately, the system for setting premiums resulted from a valid exercise of the federal taxation power. Moreover, according to Gendreau and Brossard J.J.A., the accumulation of surpluses in the Account is not problematic

associant des entreprises et des organismes communautaires dans les régions affectées par un taux de chômage élevé (al. 59d)) et les prêts ou subventions de perfectionnement en faveur des travailleurs en recherche de spécialisation (al. 59e)).

[12] Le juge en chef Robert a estimé que certains de ces programmes ne se situaient pas dans le cadre des pouvoirs fédéraux relatifs au régime public d’assurance-emploi selon les principes posés par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56 (« *Renvoi* »). Son opinion classe ces programmes en deux catégories, les indemnités de remplacement de revenu et la promotion d’initiatives. Selon le juge en chef Robert, la première catégorie englobe la subvention salariale, le supplément de rémunération et le partenariat dans la création d’emplois. À son avis, ces programmes correspondent à une logique d’assurance et répondent aux critères établis dans le *Renvoi*. À ce titre, ils relèvent donc de la compétence fédérale sur l’assurance-chômage.

[13] Par ailleurs, le juge en chef Robert ne décide pas clairement si les programmes relatifs à la promotion d’initiatives, soit l’aide au travail indépendant et les prêts ou subventions de perfectionnement, relèvent de la compétence législative fédérale sur l’assurance-chômage. Il conclut plutôt qu’ils ont été adoptés valablement en vertu du pouvoir fédéral de dépenser. Il souligne aussi que ces programmes ne prétendent pas régir des domaines de compétence provinciale et que le Parlement du Canada les a expressément soumis à l’accord des provinces.

[14] Pour leur part, les motifs conjoints des juges Gendreau et Brossard rejettent les moyens plaidés par les appelants au sujet de l’inconstitutionnalité des mécanismes de financement de l’assurance-emploi et de l’appropriation des surplus du Compte. À leur avis, dans le cas de la méthode de fixation des cotisations, la distinction entre frais réglementaires et taxes a peu de pertinence en l’espèce. En définitive, le système de fixation des cotisations reposerait sur un exercice valide du pouvoir de taxation fédéral. Par ailleurs, selon les juges Gendreau et Brossard, l’accumulation des surplus

from a constitutional standpoint. All amounts collected by the federal government had to be paid into the Consolidated Revenue Fund. The way those amounts were recorded did not affect the claim that the Account continued to have against the Consolidated Revenue Fund.

[15] After their case was dismissed by the Quebec Court of Appeal, the appellants appealed to this Court. Their appeals raise the same issues as in the courts below.

#### IV. Analysis

##### A. *General Nature of the Issues*

[16] In this Court, the appellants first challenge the constitutional validity of the active measures incorporated into the *Employment Insurance Act* to address unemployment. This branch of the appeals concerns the interpretation of s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* and thus the scope of Parliament's unemployment insurance power. A second branch focuses on the constitutionality of the system adopted to finance employment insurance, the accumulation of surpluses through the collection of premiums from employers and employees, and the allocation of those surpluses to purposes other than compensating unemployed persons.

[17] Before turning to the parties' arguments, I note that the Chief Justice of this Court stated the following constitutional questions in an order dated October 17, 2007:

1. Do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the taxation power provided for in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*?

dans le Compte ne poserait aucun problème constitutionnel. Toutes les sommes perçues par le gouvernement fédéral devaient être versées au Trésor. Leur comptabilisation n'affecte pas la créance du Compte qui subsiste à l'égard du Trésor public.

[15] À la suite de leur échec devant la Cour d'appel du Québec, les appelants ont formé des pourvois devant notre Cour. Leurs appels reprennent les questions soulevées devant les tribunaux d'instance inférieure.

#### IV. Analyse

##### A. *Nature générale des questions en litige*

[16] Les appels portés devant notre Cour contestent d'abord la validité constitutionnelle des mesures actives incorporées à la *Loi sur l'assurance-emploi* pour combattre le chômage. Ce volet des pourvois porte sur l'interprétation du par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et donc sur l'étendue du pouvoir législatif du Parlement fédéral en matière d'assurance-chômage. Un second volet examine la constitutionnalité du système de financement de l'assurance-emploi et de l'accumulation de surplus grâce à la perception des cotisations des employeurs et des employés ainsi que de l'affectation de ces surplus à des fins autres que l'indemnisation des chômeurs.

[17] Avant de passer à l'examen des prétentions des parties, je rappelle qu'une ordonnance de la Juge en chef de notre Cour, rendue le 17 octobre 2007, a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. En cas de réponse affirmative à la question 1, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur la taxation conférée par le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

3. If the answer to question 2 is negative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, satisfy the requirements of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*?
4. Do ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c) and 135(2) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
5. If the answer to question 4 is affirmative, are ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c) and 135(2) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, validly based on the federal spending power?

[18] The principal statutory provisions mentioned in these questions are appended to these reasons. I will return to them in the course of my analysis.

**B. *Issues Related to Parliament's Unemployment Insurance Power***

[19] In this branch of their appeals, the appellants challenge the constitutional validity of the "active" measures to address unemployment. They argue, first of all, that an employment service (s. 60) should not even exist. They also object to the existence of work-sharing programs (s. 24) and benefits associated with participation in training activities. The appellants also contend that the employment benefits programs and support measures established under ss. 57 and 59 are unconstitutional, and thus *ultra vires* Parliament. In substance, according to the appellants, the power conferred on Parliament by the Constitution is limited to paying compensation during periods of unemployment, and Parliament may not exercise it to take action to prevent or limit unemployment; nor may Parliament exercise the federal spending power to intervene in matters under provincial legislative jurisdiction. On this last point concerning the spending power, the Attorney General of Quebec supports the appellants' position.

3. En cas de réponse négative à la question 2, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, respectent-ils les exigences de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
4. Les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109(c) et 135(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. En cas de réponse affirmative à la question 4, les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109(c) et 135(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils validement fondés sur le pouvoir fédéral de dépenser?

[18] Les principales dispositions législatives auxquelles renvoient ces questions sont annexées aux présents motifs. J'y reviendrai au cours de mon analyse.

**B. *Les questions relatives au pouvoir législatif du Parlement fédéral sur l'assurance-chômage***

[19] Dans ce volet de leurs pourvois, les appelants contestent la validité constitutionnelle des mesures dites actives destinées à combattre le chômage. Ils s'attaquent d'abord à la validité de l'existence même d'un service de placement (art. 60). Ils s'en prennent également aux programmes de travail partagé (art. 24) et aux prestations relatives à la participation à des activités de formation. Par ailleurs, les appelants plaident l'inconstitutionnalité des programmes de prestations d'emploi et mesures de soutien établis en vertu des art. 57 et 59. À leur avis, ces dispositions excéderaient le cadre du pouvoir législatif du Parlement fédéral. En substance, selon les appelants, la Constitution aurait accordé au Parlement fédéral un pouvoir limité à l'indemnisation des périodes de chômage, qui ne lui permettrait pas d'intervenir pour le prévenir ou freiner le chômage. Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral ne lui permettrait pas non plus d'intervenir dans des domaines qui relèvent des compétences législatives provinciales. Sur ce dernier point, celui du pouvoir de dépenser, le procureur général du Québec appuie la position des appelants.

[20] The Attorney General of Canada disagrees with all the appellants' arguments, submitting that they are inconsistent with the judicial decisions in which the principles for interpreting the federal legislative power in this area were defined. In those decisions, he contends, and in the *Reference* in particular, Parliament's power was held to be broad and flexible, even where measures to prevent unemployment are concerned. In the respondent's view, the spending power need not therefore be considered.

C. *Issues Related to the Financing of the Employment Insurance System and to the System's Surpluses*

[21] A second branch of the appeals concerns a set of issues related to the financing of the employment insurance system and the allocation of the surpluses accumulated since 1996 through the collection of premiums from employers and employees. According to the appellants, the statutory provisions applied since 1996 to set premium rates exceed the federal unemployment insurance power, as Parliament's authority to require the payment of premiums is limited to the amounts needed for the system to function properly and for reasonable reserves to be accumulated. In their view, the provisions in question — ss. 66, 66.1 and 66.3 — contravene this fundamental principle. Moreover, the appellants contend that the premium-setting mechanisms no longer have any connection with the regulatory framework of the employment insurance system and that they represent an unlawful exercise of the federal taxing power because the procedure followed is not consistent with the principle of parliamentary control over taxation provided for in s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. Finally, the appellants argue that the accumulation of surpluses and the allocation of those surpluses to overall federal expenditures, including public debt reduction, are contrary to the principles that determine the constitutional framework for collecting and using employment insurance premiums.

[22] According to the respondent, the setting and use of premiums have remained consistent with constitutional requirements. First, the statutory

[20] Le procureur général du Canada rejette l'ensemble des prétentions des appelants. Il les affirme incompatibles avec la jurisprudence qui a défini les principes d'interprétation du pouvoir législatif fédéral en la matière. Cette jurisprudence aurait reconnu au Parlement fédéral une compétence large et souple, notamment dans le *Renvoi*, même à l'égard des mesures de prévention du chômage. Pour l'intimé, il ne serait donc pas nécessaire d'examiner la question du pouvoir de dépenser.

C. *Les questions relatives au financement et aux surplus du régime d'assurance-emploi*

[21] Un second volet des appels regroupe un ensemble de problèmes relatifs au financement de l'assurance-emploi et au sort des surplus accumulés depuis 1996 grâce à la perception des cotisations des employeurs et des employés. Selon les appelants, les dispositions législatives appliquées depuis 1996 pour fixer les cotisations violent les limites du pouvoir fédéral sur l'assurance-chômage qui permettraient seulement au Parlement de prélever les cotisations nécessaires pour le fonctionnement courant du régime et la constitution de réserves raisonnables. Les dispositions législatives contenues aux art. 66, 66.1 et 66.3 ne respecteraient pas ce principe fondamental. De plus, les mécanismes de fixation des cotisations n'auraient plus de rapport avec le cadre réglementaire du régime d'assurance-emploi. Ils représenteraient aussi un exercice illégal du pouvoir de taxation fédéral. En effet, la procédure suivie ne respecterait pas le principe du contrôle parlementaire du prélèvement d'impôts que consacre l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, l'accumulation des surplus et leur affectation à l'ensemble des dépenses fédérales, dont la réduction de la dette publique, violeraient les principes constitutionnels fixant les conditions de perception et d'utilisation des cotisations d'assurance-emploi.

[22] Selon l'intimé, la fixation des cotisations et leur utilisation sont restées conformes aux exigences de la Constitution. D'abord, les dispositions

provisions in question are consistent with the principle that there must be a sufficient connection with the regulatory scheme for employment insurance. If not, the federal taxation power was validly exercised pursuant to a clear and sufficiently complete delegation of authority by Parliament. Finally, the respondent contends that the premiums were used and accounted for in accordance with the rules governing the Consolidated Revenue Fund and that the rights of contributors were not violated.

*D. Parliament's Unemployment Insurance Power*

[23] In their arguments, the appellants and the Attorney General of Canada display conflicting visions of the scope of Parliament's unemployment insurance power. The appellants take the position that this power is essentially limited to the payment of benefits during periods of unemployment and the collection of money to pay those benefits. They stress that a close relationship must be maintained between the premiums imposed on employers and employees and the system those premiums are used to finance. According to the respondent's interpretation, the Parliament of Canada may adopt active measures to prevent unemployment or alleviate its consequences.

[24] In light of this fundamental disagreement, it will be necessary to consider the origin of the federal unemployment insurance power, its nature, how it should be interpreted and the constitutional principles governing it. These questions were recently considered by my colleague Deschamps J. in the *Reference*. Her analysis remains valid and must guide the application of s. 91(2A) in the appeals now before the Court.

[25] The current employment insurance system originated in the economic and social problems caused by the Depression in the 1930s. In 1937, the Privy Council affirmed a decision of the Supreme Court of Canada that a first federal unemployment insurance statute, the *Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38, was invalid (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General*

législatives en cause respectent le principe d'un lien suffisant avec le système réglementaire de l'assurance-emploi. Sinon, le pouvoir de taxation fédéral aurait été exercé valablement en vertu d'une délégation de pouvoir claire et suffisamment complète par le Parlement fédéral. Finalement, les cotisations auraient été utilisées et comptabilisées conformément aux règles gouvernant le Trésor, sans porter atteinte aux droits des cotisants.

*D. La compétence législative du Parlement fédéral sur l'assurance-chômage*

[23] Le débat entre les appelants et le procureur général du Canada exprime des visions opposées de l'étendue de la compétence législative du Parlement fédéral sur l'assurance-chômage. Les appelants défendent la thèse d'une compétence restreinte qui serait limitée, pour l'essentiel, à l'indemnisation des périodes de chômage et à la perception des fonds nécessaires au paiement des prestations. Ils soulignent qu'un lien étroit doit être maintenu entre les cotisations imposées aux employeurs et aux employés et le régime qu'elles doivent financer. L'intimé propose une interprétation qui permettrait au Parlement du Canada d'adopter des mesures actives destinées à prévenir le chômage ou à en atténuer les conséquences.

[24] Ce désaccord fondamental impose un examen de l'origine et de la nature de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage, de son interprétation et des principes constitutionnels qui la gouvernent. L'analyse de ces questions a été faite récemment par ma collègue, la juge Deschamps, dans le *Renvoi*. Son analyse demeure toujours valide et doit orienter l'application du par. 91(2A) dans les pourvois que nous examinons maintenant.

[25] Les difficultés économiques et sociales provoquées par la dépression des années 1930 se trouvent à l'origine du régime actuel d'assurance-emploi. En 1937, le Conseil privé avait confirmé l'invalidation d'une première loi fédérale sur l'assurance-chômage par la Cour suprême du Canada, la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38 (*Attorney-General for Canada*

for Ontario, [1937] A.C. 355 (P.C.), aff'g *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427). The Privy Council held that the legislation affected property and civil rights in the provinces — employer-employee relations in particular — and was therefore *ultra vires* the Parliament of Canada, at pp. 365 and 367.

[26] Following that setback, the federal government entered into negotiations with the provinces. The discussions led to an agreement on a constitutional amendment that resulted in s. 91(2A). As Deschamps J. noted, that amendment conferred a new legislative power on Parliament that had been detached from the provinces' general jurisdiction over property and civil rights:

This means that when the Constitution was amended, a portion of the jurisdiction over property and civil rights was detached so that the aspects relating to unemployment insurance could be assigned to Parliament.

(*Reference*, at para. 37)

[27] Deschamps J. then resolved a first issue: whether this new federal jurisdiction was immutable. One argument that had been made in the *Reference* was that the content of the jurisdiction corresponded to the content of the *Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44, First Schedule, Part II ("1940 Act"). According to this argument, the 1940 Act essentially restated the provisions of the 1935 legislation that the Privy Council had held to be invalid and that the government had sought to revive through the constitutional amendment. The parameters of the application of s. 91(2A) therefore had to be found in that Act. The Court rejected this argument and concluded that the 1940 Act was merely one way of exercising the new power and did not determine its content:

The question is therefore not the way in which Parliament initially exercised its jurisdiction, but the scope of its jurisdiction over unemployment insurance.

(*Reference*, at para. 39)

*c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (C.P.), conf. *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427). Le Conseil privé avait alors conclu que la législation touchait à la propriété et aux droits civils dans les provinces, notamment aux rapports entre les employeurs et les employés et, pour cette raison, excédait le champ de compétence du Parlement du Canada (p. 365 et 367).

[26] Après cet échec, le gouvernement fédéral entama des négociations avec les provinces. Ces discussions permirent un accord sur un amendement constitutionnel qui prit la forme du par. 91(2A). Cet amendement accorda au Parlement fédéral un pouvoir législatif nouveau qui fut détaché de la compétence générale des provinces sur la propriété et les droits civils, comme l'a constaté la juge Deschamps :

C'est dire que, lors de la modification constitutionnelle, on a détaché une partie du champ de la compétence sur la propriété et les droits civils pour conférer au Parlement les aspects liés à l'assurance-chômage.

(*Renvoi*, par. 37)

[27] Le *Renvoi* a alors réglé une première question, celle du caractère immuable de cette nouvelle compétence fédérale. En effet, un argument soulevé à l'occasion du *Renvoi* voulait que le contenu de cette compétence corresponde à celui de la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44, première annexe, partie II (« *Loi de 1940* »). Selon ce moyen, cette loi reprenait, en effet, la substance de la loi de 1935 que le Conseil privé avait invalidée et dont la remise en vigueur était recherchée par l'amendement constitutionnel. Il aurait donc fallu rechercher dans cette loi les paramètres de l'application du par. 91(2A). Notre Cour a rejeté cet argument et a conclu que la *Loi de 1940* ne constituait qu'une forme de l'exercice du nouveau pouvoir, mais qu'elle n'en déterminait pas le contenu :

La question porte donc non sur la façon dont le Parlement a exercé initialement sa compétence mais sur l'étendue de la compétence en matière d'assurance-chômage.

(*Renvoi*, par. 39)

[28] To determine the content of the power transferred to Parliament, this Court considered the circumstances of the transfer and its objectives. Relying in particular on the correspondence between the federal government and the provinces that led up to the constitutional amendment, the Court noted that the purpose of the 1940 Act had been not only to remedy the destitution caused by unemployment, but also to put an end to unemployment by creating return-to-work mechanisms, including a national employment service (*Reference*, at para. 42). Deschamps J. defined the purpose of the transfer of jurisdiction as follows:

In essence, the purpose of the transfer of jurisdiction was to equip Canada with the tools it needed to mitigate the effects of anticipated unemployment by providing certain classes of unemployed persons with benefits and by setting up job search centres. The transfer of jurisdiction was to be a tool for internal organization involving both short-term relief measures, namely benefits, and medium-term measures, namely job placement services for the unemployed.

(*Reference*, at para. 43)

[29] This is the context in which s. 91(2A) became part of the Canadian Constitution. This provision must nonetheless be interpreted in the same way as other provisions relating to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures. It is necessary to identify the essential elements of the power and determine whether the adopted measures are “consistent with the natural evolution of that power” (*Reference*, at para. 44).

[30] In this analysis of the content of legislative powers, changes in the way such powers are exercised and in the interplay of the powers assigned to the two levels of government often raise difficult problems. The solutions that must be applied when exercising powers change where new problems must be addressed. However, the evolution of society cannot serve as a pretext for changing the nature of the division of powers, which is a fundamental component of the Canadian federal system. The power in question must be interpreted generously, but in a manner consistent with its legal context, having regard to relevant historical elements

[28] Pour déterminer le contenu du pouvoir transféré au Parlement, notre Cour a examiné les circonstances du transfert et ses objectifs. À partir, en particulier, des échanges entre le gouvernement fédéral et les provinces avant l’amendement constitutionnel, notre Cour a noté que la *Loi de 1940* visait non seulement à remédier à l’indigence causée par le chômage, mais aussi à mettre fin à celui-ci en organisant des mécanismes de retour au travail, notamment par la création d’un système national de placement (*Renvoi*, par. 42). La juge Deschamps a défini en ces termes les objectifs du transfert de compétence :

Dans son essence, la compétence recherchée visait à doter le Canada des outils nécessaires pour pallier les effets du chômage anticipé en fournissant des prestations à certaines catégories de chômeurs et en organisant des centres de recherche d’emploi. Le transfert de compétence se voulait un outil d’organisation interne, faisant appel à des mesures de secours à court terme, soit les prestations, et des mesures à moyen terme, soit le placement des chômeurs.

(*Renvoi*, par. 43)

[29] Le paragraphe 91(2A) a pris place dans la Constitution canadienne dans ce contexte. Il doit être néanmoins interprété comme les autres dispositions relatives au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. Il faut rechercher les éléments essentiels de ce pouvoir et déterminer si les mesures adoptées « s’insère[nt] dans son évolution naturelle » (*Renvoi*, par. 44).

[30] Dans cette analyse du contenu des pouvoirs législatifs, l’évolution des modalités de leur exercice et l’interaction des compétences accordées aux deux niveaux de gouvernement posent souvent des problèmes délicats. Les solutions qui doivent se dégager dans la mise en œuvre des pouvoirs évoluent pour faire face à des problèmes nouveaux. Cependant, l’évolution de la société ne peut servir de prétexte à la dénaturation du partage des pouvoirs qui représente un élément fondamental du système fédéral canadien. Une interprétation généreuse de la compétence en cause s’impose, mais dans le respect de son contexte juridique, en prenant en

(*Reference*, at paras. 45-46; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 201-2).

[31] Thus, according to this Court's decision in the *Reference*, the federal unemployment insurance power must be interpreted generously. Its objectives are to remedy the poverty caused by unemployment and maintain the ties between unemployed persons and the labour market. On this basis, the Court identified four characteristics of unemployment insurance plans under s. 91(2A):

With these principles and objectives in mind, four characteristics that are essential to a public unemployment insurance plan can be identified:

- (1) It is a public insurance program based on the concept of social risk
- (2) the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market
- (3) by paying temporary income replacement benefits
- (4) in the event of an interruption of employment.

(*Reference*, at para. 48)

[32] To determine whether the impugned measures fall within the power, the constitutional doctrines governing the division of powers must also be applied. The interplay between legislative powers often becomes complex. A given problem may have various aspects that can relate to different powers assigned to the two levels of government (*Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, at paras. 23-24; *Reference*, at para. 8).

[33] The first step is to identify the pith and substance of the legislation in question (*Canadian Western Bank*, at para. 25; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31). To do this, two facets of the legislation must be examined: its purpose and its legal effect. This analysis

compte les éléments historiques pertinents (*Renvoi*, par. 45-46; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 201-202).

[31] Ainsi, selon la décision de notre Cour dans le *Renvoi*, la compétence fédérale sur l'assurance-chômage doit être interprétée généreusement. Ses objectifs consistent à porter remède à la pauvreté causée par le chômage et à sauvegarder le rattachement entre les chômeurs et le marché du travail. Sur cette base, notre Cour a dégagé quatre caractéristiques des régimes d'assurance-chômage visés par le par. 91(2A) :

Ayant à l'esprit ces principes et objectifs, il est possible de dégager les quatre caractéristiques essentielles suivantes d'un régime public d'assurance-chômage :

- (1) Il s'agit d'un programme public d'assurance fondé sur la notion de risque social
- (2) visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail
- (3) par le versement d'indemnités temporaires de remplacement du revenu
- (4) en cas d'interruption d'emploi.

(*Renvoi*, par. 48)

[32] Par ailleurs, afin de déterminer si les mesures contestées se situent dans le cadre de la compétence législative, il faut recourir à l'application des doctrines constitutionnelles qui gouvernent le partage des pouvoirs. En effet, les interactions entre les compétences législatives deviennent souvent complexes. Les mêmes problèmes peuvent présenter des aspects divers susceptibles de mettre en jeu des pouvoirs distincts attribués aux deux ordres de gouvernement (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, par. 23-24; *Renvoi*, par. 8).

[33] Il importe en premier lieu de rechercher la véritable nature de la législation en cause (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 25; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31). Le caractère véritable de la loi doit être déterminé sous



requires that the true purpose of the legislation be ascertained (*Canadian Western Bank*, at para. 27; *Reference*, at para. 8).

[34] Therefore, it must now be determined whether the measures challenged by the appellants that relate to the employment service, to training and to employment are *intra vires* Parliament. The analysis on this point will focus on the dual purpose of the powers conferred on Parliament: to alleviate the economic consequences of unemployment and to maintain ties with the labour market.

#### E. *Impugned Legislative Measures*

[35] The legislative measures at issue in these appeals were introduced at a time when the federal unemployment insurance system was undergoing changes. Those changes related to the financing of the system, which I will discuss below, and to the nature of the programs it comprises. They are reflected in the very title of the legislation, which is now called the “*Employment Insurance Act*”. The new title demonstrates Parliament’s commitment to ensuring employment and employability in addition to providing compensation for the loss of income resulting from unemployment. The concept is no longer referred to as unemployment insurance, as it was in 1940 when the constitutional amendment was passed, but as employment insurance.

[36] The employment service program has, in one form or another, been part of the system since the beginning. And the appellants concede that measures involving participation in training programs date back to the origins of the employment insurance system. Thus, s. 31 of the 1940 Act provided that an unemployed person taking an approved training program was still considered available for work and therefore eligible for benefits. Section 39 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, also provided for the extension of benefit periods where a claimant was enrolled in a training program. Work-sharing and job creation programs first appeared in 1977 in the *Employment and Immigration Reorganization Act*, S.C. 1977, c. 54.

deux volets, le but visé et son effet juridique. Cette analyse impose la recherche de l’objectif réel de la législation (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 27; *Renvoi*, par. 8).

[34] Il s’agit donc maintenant d’examiner si les mesures relatives au placement, à la formation et à l’emploi, que contestent les appelants, se situent à l’intérieur des pouvoirs dévolus au Parlement fédéral. Cette analyse retiendra le double objectif de l’attribution de ces pouvoirs : atténuer les conséquences économiques du chômage et préserver les liens avec le marché du travail.

#### E. *Les mesures législatives attaquées*

[35] Les mesures législatives en cause dans ces appels sont apparues au cours de l’évolution du régime fédéral d’assurance-chômage. Cette évolution a touché au financement du régime, que j’examinerai plus loin, et à la nature des programmes qu’il comporte. Le titre même de la loi, qui est maintenant connue sous le nom de « *Loi sur l’assurance-emploi* », souligne cette évolution. Le nouveau titre témoigne, en effet, de la volonté législative d’assurer l’emploi et l’employabilité au-delà de l’indemnisation de la perte de revenu que provoque le chômage. Désormais, on ne parle plus d’assurance-chômage, comme en 1940 lors de l’adoption de l’amendement constitutionnel, mais d’assurance-emploi.

[36] Le programme de placement fait partie du régime depuis ses débuts, sous une forme ou une autre. Les appelants reconnaissent aussi que des mesures de participation à des programmes de formation remontent aux origines du régime d’assurance-emploi. Ainsi, l’article 31 de la *Loi de 1940* disposait qu’un chômeur restait considéré comme disponible au travail et donc admissible aux prestations lorsqu’il suivait un programme de formation approuvé. L’article 39 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, prévoyait également la prolongation des périodes de prestations en cas d’engagement dans un programme de formation. Les programmes de travail partagé et de création d’emplois apparaissent en 1977 dans la *Loi régissant l’emploi et l’immigration*, S.C. 1977, ch. 54.

[37] According to the CSN, premiums were not used to finance these additional measures at the time. Rather, the measures were financed through contributions by the Government of Canada to the Account (A.F., at para. 146). The CSN notes that these programs have been financed through the employment insurance system itself since 1990.

[38] As I mentioned above, five types of employment benefits were introduced in the 1996 legislation (*Employment Insurance Act*, s. 59): wage subsidies, earnings supplements, self-employment assistance, job creation partnerships and skills loans or grants. These benefits are financed through the employment insurance system and are thus paid for by contributors. They are paid under a large number of programs — 39 according to the CSN (A.F., at para. 153).

#### F. *Constitutional Validity of the Legislative Measures*

[39] Whether all the legislative measures challenged by the appellants are valid depends on the understanding one has of the federal unemployment insurance power. As I noted above, the appellants, in the position they take, overlook one of the basic reasons why the employment insurance system was created: to maintain ties with the labour market. As this Court stated in the *Reference*, this objective was part of the system from the very beginning. As a result, where some of the impugned measures are concerned, there is no need to invoke the federal spending power to find that they are valid. They retain a close enough connection with the system's basic objectives and form to a sufficient extent an integral part of the system.

[40] The Superior Court and the Court of Appeal discussed the content of the benefits in question but did not need to consider in detail all the programs governing the payment of such benefits. By virtue of s. 58 of the *Employment Insurance Act*, the benefits are paid to “insured participant[s]”. Section 58 identifies two classes of unemployed persons who, as insured participants, are eligible for such

[37] Selon la CSN, les cotisations ne finançaient pas alors ces mesures additionnelles. Leur financement provenait plutôt des contributions du gouvernement du Canada au Compte (m.a., par. 146). La CSN souligne que le régime d'assurance-emploi finance lui-même ces programmes depuis 1990.

[38] À son tour, la loi de 1996 a introduit cinq types de prestations d'emploi, comme je l'ai mentionné plus haut (*Loi sur l'assurance-emploi*, art. 59). Ces prestations sont les subventions salariales, les suppléments de rémunération, l'aide au travail indépendant, les partenariats pour la création d'emplois et les prêts ou subventions de perfectionnement. Le financement de ces prestations est assumé par le régime d'assurance-emploi et se trouve donc à la charge des cotisants. Ces prestations sont versées dans le cadre d'un nombre important de programmes, 39, selon la CSN (m.a., par. 153).

#### F. *La validité constitutionnelle des mesures législatives*

[39] La validité de l'ensemble des mesures législatives contestées par les appelants dépend de la conception que l'on se fait du pouvoir législatif fédéral sur l'assurance-chômage. Comme je l'ai souligné plus haut, la position défendue par les appelants oublie l'un des objectifs fondamentaux de la création du régime d'assurance-emploi, soit la préservation d'un lien avec le marché du travail. Cet objectif était présent dès l'origine du régime, comme l'a affirmé notre Cour dans le *Renvoi*. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'invoquer le pouvoir fédéral de dépenser pour valider certaines des mesures en litige. En effet, elles demeurent suffisamment liées aux objectifs fondamentaux du régime et intégrées dans celui-ci.

[40] La Cour supérieure et la Cour d'appel ont examiné le contenu des prestations et bénéfices en cause, sans devoir toutefois se pencher sur le détail de tous les programmes qui encadrent leur versement. Selon l'article 58 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ces prestations sont versées à des « participant[s] ». L'article 58 assimile deux catégories de chômeurs à des participants admissibles

benefits. The first consists of unemployed persons who have received unemployment benefits during the previous 36 months. The second consists of unemployed persons for whom a benefit period has been established in the previous 60 months and who have during that period received special benefits in respect of a pregnancy or of parental leave, have withdrawn from active participation in the labour force to care for their new-born children or children placed with them for the purpose of adoption, and want to re-enter the labour force:

**58.** (1) In this Part, “insured participant” means an insured person who requests assistance under employment benefits and, when requesting the assistance, is an unemployed person

(a) for whom a benefit period is established or whose benefit period has ended within the previous 36 months; or

(b) for whom a benefit period has been established in the previous 60 months and who

(i) was paid special benefits under section 22 or 23 during the benefit period,

(ii) subsequently withdrew from active participation in the labour force to care for one or more of their new-born children or one or more children placed with them for the purpose of adoption, and

(iii) is seeking to re-enter the labour force.

[41] Insured participants are thus eligible even if they have not been claimants. However, they must have been insured persons — that is, they must have held insurable employment — and must have been eligible to receive benefits during the prior period provided for in s. 58. They thus have a connection with the system. Robert C.J.Q. correctly noted that [TRANSLATION] “[e]mployment benefits are not temporary income replacement benefits, [but] constitute a new type of employment incentive” (para. 75). The government thus seeks to directly invest greater amounts in improving the employability of unemployed workers (para. 76). Robert C.J.Q. then explained the nature of these employment benefits:

à ces prestations. La première comprend les chômeurs qui ont reçu des prestations de chômage au cours des 36 mois précédents. La seconde inclut les chômeurs dont la période de prestation a été établie, au cours des 60 mois précédents et qui ont reçu au cours de cette période des prestations spéciales de grossesse ou de congé parental, ont quitté le marché du travail pour prendre soin de leurs nouveau-nés ou d’enfants placés chez eux pour adoption et veulent réintégrer le marché du travail :

**58.** (1) Dans la présente partie, « participant » désigne l’assuré qui demande de l’aide dans le cadre d’une prestation d’emploi et qui, à la date de la demande, est un chômeur à l’égard de qui, selon le cas :

a) une période de prestations a été établie ou a pris fin au cours des trente-six derniers mois;

b) une période de prestations a été établie au cours des soixante derniers mois et qui :

(i) a bénéficié de prestations spéciales, au titre de l’article 22 ou 23, au cours de la période de prestations,

(ii) a subséquemment quitté le marché du travail pour prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d’un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption,

(iii) tente de réintégrer le marché du travail.

[41] Les participants sont ainsi admissibles sans être prestataires. Ils doivent cependant avoir été des assurés, c’est-à-dire avoir occupé des emplois assurables, et avoir eu droit à des prestations au cours de la période antérieure prévue par l’art. 58. Ils se trouvent ainsi liés au système. Le juge en chef Robert souligne à juste titre que « [I]es prestations d’emploi ne sont pas des indemnités temporaires de remplacement du revenu [mais] constituent une forme nouvelle d’incitation à l’emploi » (par. 75). L’État cherche ainsi à augmenter les investissements directs dans l’amélioration de l’employabilité des travailleurs exposés au chômage (par. 76). L’opinion du juge en chef Robert explique ensuite la nature de ces prestations d’emploi :

[TRANSLATION] The direct investment in question involves five measures provided for in section 59 of the *Employment Insurance Act*.

The first of these measures is the wage subsidy. A claimant may request that a wage subsidy be granted to an employer who will provide the claimant with a job that will lead to long-term employment or to employment with another employer. This measure is designed more specifically for people facing employment disadvantages who need time to become fully productive or who need work experience. Occasionally, this measure may enable employers to create a job that would otherwise not exist.

The second type of employment benefit is the earnings supplement. The purpose of such supplements is to increase, for temporary periods, the incomes of people who would otherwise find it difficult to accept jobs that pay less than their previous jobs. Earnings supplements offer claimants an opportunity to leave employment insurance for work before their income benefits expire.

Self-employment assistance is the third type of employment benefit. This program helps insured participants start businesses and helps them acquire, from service providers, the skills they need to make their proposed businesses viable. This assistance takes several forms, including consulting services and help in preparing a business plan. Insured participants continue to receive benefits while establishing their businesses.

The fourth measure, the job-creation partnership, is designed to create jobs that are sustainable in local economies where there is high unemployment and jobs are scarce. Partnerships may be entered into with the private sector, the provinces, local communities and community organizations in order to provide jobs compatible with provincial and local community plans and priorities for economic development. Such partnerships seem similar to the old job creation measures.

The fifth and final measure is a system of skills loans and grants. This type of financing enables an insured participant to attend an institution to develop needed job skills. In an explanatory document, Human Resources Development Canada stated that, since labour market training is a provincial responsibility, these benefits will be offered in any province only with the agreement of the provincial government. [paras. 77-82]

L'investissement direct dont il est question prend la forme de cinq mesures prévues à l'article 59 de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

La première de ces mesures est la subvention salariale. Un prestataire peut demander qu'une subvention salariale soit accordée à un employeur qui lui offre un emploi appelé à devenir un emploi à long terme ou qui mènera à un emploi chez un autre employeur. La mesure s'adresse plus précisément aux personnes désavantagées sur le plan de l'emploi, qui ont besoin de temps pour atteindre leur pleine productivité ou qui ont besoin d'acquérir de l'expérience de travail. Cette mesure peut, occasionnellement, permettre aux employeurs de créer un emploi qui, autrement, n'existerait pas.

La seconde prestation d'emploi est le supplément de rémunération. Les suppléments visent à augmenter de façon temporaire le revenu de personnes qui auraient autrement de la difficulté à accepter un emploi moins bien rémunéré que leur emploi précédent. Ils permettent aux prestataires d'abandonner l'assurance-emploi pour retourner sur le marché du travail avant l'expiration de leurs prestations de revenu.

L'aide au travail indépendant constitue la troisième forme de prestation d'emploi. Il s'agit d'un programme qui permet aux participants de lancer une entreprise et qui les aide à acquérir auprès de fournisseurs de services les compétences nécessaires pour favoriser la viabilité de leur projet. Cette aide prend plusieurs formes, telles que des services-conseils et une aide pour l'élaboration d'un plan d'affaires. Les participants continuent de recevoir des prestations pendant qu'ils mettent sur pied leur entreprise.

La quatrième mesure, les partenariats pour la création d'emplois, permet de créer des emplois durables dans les endroits où le taux de chômage est élevé et les emplois rares. Les partenariats peuvent être conclus avec le secteur privé, les provinces, les collectivités locales et des organismes communautaires pour offrir des emplois compatibles avec les plans et priorités de développement économique des provinces et des communautés. Ils semblent se rapprocher des anciennes mesures de création d'emploi.

La cinquième et dernière mesure est un système de prêts et subventions de perfectionnement. Ce financement permet aux participants de fréquenter un établissement en vue d'acquérir les connaissances spécialisées dont ils ont besoin pour se trouver un emploi. Dans un document explicatif, Développement des ressources humaines Canada précise que, puisque la formation des travailleurs est une responsabilité qui relève des provinces, ces prestations ne seront offertes qu'avec l'accord du gouvernement provincial. [par. 77-82]

[42] Before discussing these benefits, I should mention that job placement was one of the objectives behind the creation of employment insurance. And obtaining additional training is sometimes tied to the receipt of benefits. As well, work sharing limits the impact of unemployment and fosters entry into the labour market. These initiatives fall within Parliament's legislative jurisdiction. Regulating unemployment insurance does not mean simply taking passive responsibility for paying benefits to Canadian workers during periods when they are not working. It also means taking on a more active role designed to maintain or restore ties between persons who may become or are unemployed and the labour market. This federal power does not, of course, authorize Parliament to create parallel education systems despite the connections between work and training and many other aspects of life in society. It may not be interpreted in the abstract without regard for the federal constitutional context. It must be exercised in a manner consistent with the general framework of the division of powers. This being said, the power may legitimately be exercised to its full extent, having regard to the context, including the problems created by changes in the labour market and the increase in structural unemployment. The labour market has changed since 1940, and the way the federal power under s. 91(2A) is exercised can reflect this. However, the exercise of the federal power does not negate the provincial powers over education and labour market training, which relate to other aspects of these problems in the labour market.

[43] Employment benefits programs illustrate this change. They are new initiatives, but they remain related to the objective of maintaining ties with the labour market. All these measures are designed to reinforce ties with the labour market or to prepare workers to re-enter it.

[44] For example, job creation partnerships are designed to alleviate some of the consequences of weak labour markets in economically disadvantaged regions by strengthening the labour markets in those regions and thus reducing unemployment.

[42] Avant d'examiner ces prestations, il importe de rappeler que le placement constituait l'un des objectifs de la mise sur pied de l'assurance-emploi. Par ailleurs, l'obtention d'une formation additionnelle est parfois liée à la réception des prestations. De plus, le partage du travail restreint l'impact du chômage et protège l'insertion dans le marché du travail. Ces initiatives se situent à l'intérieur de la compétence législative confiée au Parlement fédéral. Régir la matière de l'assurance-chômage ne signifie pas seulement acquérir la responsabilité passive du versement d'indemnités durant les périodes d'inactivité de la main-d'œuvre canadienne. Cela veut dire aussi assumer un rôle plus actif, orienté vers la conservation ou le rétablissement d'un lien entre le chômeur actuel ou potentiel et le marché du travail. Cette compétence fédérale ne permettrait certes pas au Parlement fédéral de créer des systèmes parallèles d'éducation en dépit des liens entre le travail et la formation et bien d'autres aspects de la vie sociale. Ce pouvoir ne peut être interprété abstraitement, sans considération du contexte constitutionnel fédéral. Son exercice doit respecter le cadre général du partage des pouvoirs. Cela dit, il peut légitimement être exercé dans toute son ampleur, en tenant compte du contexte, notamment des problèmes que créent les changements dans le marché du travail et l'accroissement du chômage structurel. Le marché du travail a évolué depuis 1940. L'exercice du pouvoir fédéral prévu au par. 91(2A) peut le refléter. Il n'écarte pas pour autant les compétences provinciales sur l'éducation ou la formation de la main-d'œuvre qui toucheront à d'autres aspects de ces problèmes de fonctionnement du marché du travail.

[43] Les prestations d'emploi illustrent cette évolution. Initiatives nouvelles, elles se rattachent toutefois à l'objectif de maintien du rattachement au marché du travail. En effet, toutes ces mesures visent à consolider les liens avec le marché du travail ou à préparer un retour à celui-ci.

[44] Ainsi, le partenariat pour la création d'emplois pallie certaines des conséquences de la faiblesse du marché du travail dans des régions défavorisées économiquement. Il consolide le marché du travail dans ces régions et atténue ainsi le chômage.

[45] Earnings supplements also directly affect ties with the labour market. They temporarily increase the income of workers who would otherwise be more hesitant to accept jobs for less pay. This measure helps speed up an actual return to the labour market before benefit periods expire.

[46] Self-employment assistance is also consistent with the goal of maintaining ties with the labour market. Such benefits, which are paid under a variety of programs, enable the recipient to prepare for and consolidate a return to work. Thus, the payment of benefits fosters the establishment of businesses and in so doing helps insured participants re-enter the labour market.

[47] Wage subsidies paid to employers have the same objective. They specifically facilitate entry into the labour market by disadvantaged persons who wish to improve their productivity or gain work experience. In this regard, *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, does not provide a definitive answer to the question whether such benefits are valid. In that case, this Court did not have to explore the federal unemployment insurance power in its entirety. The general framework for the power was subsequently clarified in the *Reference*, in which the Court stressed the relevance and importance of the objective of maintaining ties with the labour market. From this standpoint, wage subsidies form to a sufficient extent an integral part of the employment insurance system as a whole. They help establish or maintain the employability of workers who might otherwise be condemned to not working.

[48] Skills loans and grants enable insured participants to acquire advanced knowledge, and their purpose is to make it easier for such people to obtain employment. Participation in training programs was part of the employment insurance system from the outset. This measure is quite simply targeted differently, as it applies to a pool of insured participants that includes more than just the system's regular claimants. But this does not mean that it does not fall within federal jurisdiction. Furthermore,

[45] Les suppléments de rémunération ont aussi un effet direct sur les liens avec le marché du travail. Ils augmentent de manière temporaire les revenus de travailleurs qui autrement hésiteraient davantage à accepter des emplois moins bien rémunérés. Cette mesure permet d'accélérer un retour effectif sur le marché du travail, avant l'expiration des périodes de prestations.

[46] L'aide au travail indépendant correspond elle aussi à la réalisation du maintien des liens avec le marché du travail. En effet, ces prestations versées dans le cadre de programmes variés permettent de préparer et de consolider le retour au travail. Le versement de prestations facilite alors l'organisation d'une entreprise et aide ainsi le participant à réintégrer le marché du travail.

[47] La subvention salariale versée aux employeurs correspond au même objectif. Elle favorise particulièrement l'insertion dans le marché du travail de personnes désavantagées qui cherchent à améliorer leur productivité ou à acquérir de l'expérience de travail. À cet égard, l'arrêt *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532, ne règle pas définitivement le problème de la validité de cette prestation. Notre Cour n'a pas eu alors à explorer l'ensemble de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage. Le cadre général de celle-ci a été précisé par la suite dans le *Renvoi* qui a insisté sur la pertinence et l'importance de l'objectif de rattachement au marché du travail. Dans cette optique, la subvention salariale demeure suffisamment intégrée dans l'ensemble du régime d'assurance-emploi. Elle contribue à établir ou à préserver l'employabilité de travailleurs qui pourraient autrement être condamnés à l'inactivité.

[48] Les prêts et subventions de perfectionnement permettent à des participants d'acquérir des connaissances spécialisées, dans le but de faciliter leur recherche d'emploi. La participation à des programmes de formation se rattache d'ailleurs aux activités du régime d'assurance-emploi depuis ses débuts. Cette mesure est tout simplement ciblée de manière différente et vise un bassin de participants plus large que les prestataires courants du régime. Elle ne perd pas pour autant son rattachement à la

this jurisdiction is exercised in a way that does not encroach on the provincial jurisdiction over education, since pursuant to s. 61(2) of the *Employment Insurance Act*, assistance may not be provided under the programs associated with these benefits without the agreement of the provinces.

[49] The evolution of the legislation on employment insurance has reflected changes in the economy and the labour market. It is part of the “natural evolution” of the power conferred on the Parliament of Canada. The legislation thus remains consistent with the rules governing the division of powers between the two levels of government. This means that I need not consider the federal government’s spending power and its application to the measures I have already discussed. However, this conclusion is not determinative of the appeals. It will also be necessary to consider the second branch of the appeals, which relates to the financing of the system, the surpluses generated by the reforms to the system and the allocation of the surpluses.

*G. Scope of the Appellants’ Constitutional Challenge*

[50] The second branch of the appeals relates to the financing of the employment insurance system since the *Employment Insurance Act* was passed in 1996. At issue in this branch are, *inter alia*, the existence and use of the surpluses generated by the financing mechanism adopted in 1996 or, in the stronger terms used by the appellants, the appropriation or misappropriation of those surpluses by the federal government.

[51] The appellants’ arguments raise questions about the nature of a tax in the context of the taxation power of the Parliament of Canada, and about the distinction between a tax and a regulatory charge or levy. The constitutional challenge relates primarily to the validity of ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act* as enacted by Parliament since 1996.

[52] It is therefore important to define the true purpose of the constitutional challenge. There is

compétence fédérale. De plus, celle-ci est exercée d’une manière qui respecte les compétences provinciales dans le secteur de l’éducation. L’application des programmes relatifs à ces prestations dépend en effet de l’accord des provinces selon le par. 61(2) de la *Loi sur l’assurance-emploi*.

[49] L’évolution de la législation sur l’assurance-emploi reflète les changements dans l’économie et le marché du travail. Elle s’insère dans l’« évolution naturelle » de la compétence dévolue au Parlement du Canada. Elle demeure ainsi fidèle aux règles gouvernant le partage des pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement. En conséquence, il ne sera pas nécessaire d’examiner le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral et son application à l’égard des mesures que j’ai examinées précédemment. Cette conclusion ne règle toutefois pas le sort des appels. Il faut en effet en étudier le second volet, soit le financement du régime, les surplus engendrés par les réformes et l’affectation de ces surplus.

*G. La portée de la contestation constitutionnelle des appelants*

[50] Le second volet des pourvois porte sur le financement du régime d’assurance-emploi depuis l’adoption de la *Loi sur l’assurance-emploi* en 1996. Il comprend un débat sur l’existence et l’utilisation des surplus que le mode de financement adopté en 1996 a engendrés ou, en termes plus forts, dans le vocabulaire utilisé par les appelants, sur l’appropriation ou le détournement de ces surplus par le gouvernement fédéral.

[51] L’argumentation des appelants soulève des questions relatives à la nature d’une taxe, dans le cadre de l’exercice du pouvoir de taxation du Parlement du Canada, et à sa distinction avec les charges ou impositions réglementaires. La contestation constitutionnelle met d’abord en jeu la validité des art. 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l’assurance-emploi* dans la forme où le Parlement les a adoptés depuis 1996.

[52] Il importe alors de circonscrire l’objet réel de la contestation constitutionnelle. Le financement

nothing unconstitutional about financing the system by requiring employers and employees to pay premiums. This has been the mechanism favoured by Parliament since the employment insurance system was established in 1940, as Gascon J. noted in the Superior Court (para. 202). However, there is no reason why Parliament could not have financed the system differently by means of its general taxing power under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. The new legislative power conferred on Parliament in 1940 fell within a constitutional framework that did not limit Parliament's legislative jurisdiction with regard to federal government activities. Parliament could have decided to finance the new system out of the taxes collected by the federal government. Indeed, this was the source of funding used to absorb deficits in the employment insurance system for several years.

[53] In my opinion, it must be determined whether the chosen financing mechanism was valid either as a regulatory charge or as a tax imposed pursuant to the general taxing power under s. 91(3). Finally, the creation of surpluses in the system, the use of those surpluses and what will eventually happen to them must be considered.

#### H. *Changes in the Financing Scheme*

[54] The changes in the mechanisms used to finance employment insurance were part of a package of reforms to the system. Parliament had reviewed the nature of the benefits being paid and the eligibility requirements for benefits. As I mentioned above, Parliament also wanted to change the focus of the system somewhat by fostering a deeper commitment to maintaining the tie between employees and the labour market.

[55] Originally, s. 17 of the 1940 Act provided that contribution rates were to be based on the rates set out in the Second Schedule to that Act. In 1955, the *Unemployment Insurance Act* contained a table of fixed rates of contribution (S.C. 1955, c. 50, s. 37). A different mechanism was adopted in the

du régime par l'imposition de cotisations aux employeurs et aux employés n'a rien d'inconstitutionnel. Ce fut d'ailleurs le mécanisme privilégié par le Parlement depuis l'entrée en vigueur du régime d'assurance-emploi en 1940, comme l'a rappelé le juge Gascon en Cour supérieure (par. 202). Cependant, rien n'aurait interdit au Parlement du Canada d'établir un mécanisme de financement différent, en recourant à son pouvoir général de taxation en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, le nouveau pouvoir législatif attribué au Parlement en 1940 s'inscrivait dans un cadre constitutionnel qui ne restreignait pas sa compétence législative quant aux activités relevant du gouvernement fédéral. Le Parlement aurait pu décider de financer le nouveau régime avec les impôts prélevés par le gouvernement fédéral. D'ailleurs, on sait que, pendant plusieurs années, les déficits du régime d'assurance-emploi ont été épongés de cette manière.

[53] À mon avis, il faut déterminer si le mode de financement choisi était valide, soit comme prélèvement réglementaire, soit comme taxe imposée en vertu du pouvoir général de taxation suivant le par. 91(3). Enfin, il faudra se pencher sur la création des surplus du régime, sur leur utilisation et sur leur sort éventuel.

#### H. *L'évolution du système de financement*

[54] Les changements dans les méthodes de financement de l'assurance-emploi faisaient partie d'un ensemble de réformes du régime. Le Parlement avait révisé la nature des bénéfices accordés et les conditions d'admissibilité à ceux-ci. Comme je l'ai mentionné plus haut, le Parlement avait aussi voulu modifier en partie l'orientation du régime, en favorisant un engagement plus intense dans la préservation du lien entre les employés et le marché du travail.

[55] À l'origine, selon l'art. 17 de la *Loi de 1940*, les taux de contribution étaient établis sur la base de la deuxième annexe de la loi. En 1955, la *Loi sur l'assurance-chômage* établissait une table fixe des taux de contribution (S.C. 1955, ch. 50, art. 37). La loi de 1971 adoptait un mécanisme différent. Elle



1971 legislation, as the Unemployment Insurance Commission was made responsible for setting premium rates with the agreement of the federal Cabinet (s. 62). Section 63 of that Act required that premium rates be sufficient to raise an amount equal to the adjusted basic cost of benefit. That basic cost was derived from the cost over the designated three consecutive previous years, which was adjusted as necessary to account for an accumulated surplus or deficit. This mechanism was employed until 1996, except during a few years when the premium rate was set in the Act itself (Gascon J., at para. 207).

[56] According to Gascon J., the financing mechanism used from 1971 on was unsatisfactory. Economic recessions led to increases in benefit payments, which resulted in greater unemployment insurance deficits. As a result, the Commission had to raise premium rates to replenish the Unemployment Insurance Account at times when the economic situation would instead have called for a reduction in contributions (Gascon J., at paras. 208-9).

[57] The enactment of s. 66 of the *Employment Insurance Act* in 1996 was intended to correct this situation. The new Act established a system that its originators thought would be more adaptable to changes in and the constraints of business cycles. The government intended to avoid the distortions that had arisen in the former system based on a yearly assessment of results over the designated three previous years.

[58] Before the new mechanism began to be employed, Parliament set the premium rate for 1995 and 1996 at three percent of insurable earnings (*Budget Implementation Act, 1994*, S.C. 1994, c. 18, s. 26). That rate was maintained for 1996 pursuant to a transitional provision of the *Employment Insurance Act* (Schedule II, s. 12).

[59] The new premium-setting system became applicable in 1997. At that time, the Act instructed the Employment Insurance Commission to try to maintain relatively stable premium rates throughout a business cycle while at the same time building up

confiait à la Commission d'assurance-chômage le soin de fixer les taux de cotisation, avec l'accord du cabinet fédéral (art. 62). L'article 63 de cette loi disposait que les cotisations devaient être établies pour couvrir le coût de base réajusté des prestations. Ce coût de base était déterminé en fonction de l'expérience des trois années consécutives antérieures désignées, avec les ajustements nécessaires selon l'état des surplus ou des déficits accumulés. Cette méthode s'appliqua jusqu'en 1996, sauf pendant quelques années où la loi elle-même fixa le taux des cotisations (le juge Gascon, par. 207).

[56] Selon le juge Gascon, la méthode de financement appliquée depuis 1971 n'avait pas donné satisfaction. Les récessions économiques entraînaient des augmentations de prestations qui accroissaient les déficits de l'assurance-chômage. Comme résultat, la Commission devait relever les taux de cotisation pour renflouer le régime à des moments où la situation économique suggérait plutôt l'opportunité d'une diminution des contributions (le juge Gascon, par. 208-209).

[57] En conséquence, l'adoption de l'art. 66 de la *Loi sur l'assurance-emploi* en 1996 entendait corriger cette situation. La nouvelle loi établissait un régime que ses auteurs croyaient plus apte à respecter l'évolution et les contraintes des cycles économiques. Le gouvernement entendait éviter les distorsions que provoquait l'application du système antérieur, basé sur l'évaluation, à chaque année, de l'expérience des trois années antérieures désignées.

[58] Avant l'application de la nouvelle méthode, le Parlement fixa les cotisations à 3 p. 100 de la rémunération assurable pour les années 1995 et 1996 (*Loi d'exécution du budget 1994*, L.C. 1994, ch. 18, art. 26). Une disposition transitoire de la *Loi sur l'assurance-emploi* maintint ce taux pour l'année 1996 (annexe II, art. 12).

[59] L'application du nouveau système de cotisation commença en 1997. La loi demanda alors à la Commission de l'assurance-emploi de rechercher une stabilisation relative des cotisations au cours d'un cycle économique, tout en constituant une

an adequate reserve. The Act made the Commission responsible for setting premium rates each year in accordance with these objectives, with the approval of the Governor General in Council on the recommendation of the Minister of Finance. For this purpose, s. 66 provided as follows:

The Commission shall, with the approval of the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance, set the premium rate for each year at a rate that the Commission considers will, to the extent possible,

- (a) ensure that there will be enough revenue over a business cycle to pay the amounts authorized to be charged to the Employment Insurance Account; and
- (b) maintain relatively stable rate levels throughout the business cycle.

[60] For 2002 and 2003, the system for setting premium rates changed once again. Because of problems caused by the growth of the employment insurance surpluses, Parliament made the Governor General in Council responsible for setting the applicable premium rate. The framework under s. 66 ceased to apply. The Act no longer included criteria to guide the setting of rates:

**66.1** Notwithstanding section 66, the premium rate for each of the years 2002 and 2003 is the rate set for the year by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance.

*(An Act to amend the Employment Insurance Act and the Employment Insurance (Fishing) Regulations, S.C. 2001, c. 5, s. 9)*

[61] For 2004, Parliament set the premium rate in the Act itself (*Budget Implementation Act, 2003*, S.C. 2003, c. 15, s. 21). For 2005, it went back to having the Governor General in Council set the rates by adding s. 66.3 to the *Employment Insurance Act (Budget Implementation Act, 2004)*, S.C. 2004, c. 22, s. 25).

[62] Other amendments were made during the years that followed. I will not comment on them because they are not directly relevant to these proceedings.

réserve adéquate. La loi confia à la Commission le mandat de fixer annuellement les cotisations, dans le cadre de ces objectifs, avec l'accord du gouverneur général en conseil, sur recommandation du ministre des Finances. À ces fins, l'art. 66 disposait :

Pour chaque année, la Commission fixe, avec l'agrément du gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre et du ministre des Finances, le taux de cotisation qui, à son avis, permet le mieux, au cours d'un cycle économique, d'assurer un apport de revenus suffisant pour couvrir les débits autorisés sur le Compte d'assurance-emploi et maintenir une certaine stabilité des taux.

[60] Pour les années 2002 et 2003, le système de cotisation changea de nouveau. Devant les problèmes causés par la croissance des surplus de l'assurance-emploi, le Parlement confia au gouverneur général en conseil la fixation du taux de cotisation applicable. Le cadre de l'art. 66 ne s'appliquait plus. La loi ne comptait plus de critère encadrant et orientant l'établissement des taux :

**66.1** Par dérogation à l'article 66, le taux de cotisation pour l'année 2002 et celui pour l'année 2003 sont fixés par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre et du ministre des Finances.

*(Loi modifiant la Loi sur l'assurance-emploi et le Règlement sur l'assurance-emploi (pêche), L.C. 2001, ch. 5, art. 9)*

[61] Pour l'année 2004, le Parlement fixa le taux de contribution dans la loi elle-même (*Loi d'exécution du budget de 2003*, L.C. 2003, ch. 15, art. 21). Pour 2005, le Parlement revint à la fixation des taux par le gouverneur général en conseil en ajoutant l'art. 66.3 à la *Loi sur l'assurance-emploi (Loi d'exécution du budget de 2004)*, L.C. 2004, ch. 22, art. 25).

[62] Durant les années suivantes, d'autres modifications sont intervenues. Je ne les commenterai pas parce qu'elles ne sont pas directement visées par le présent débat judiciaire.

## I. *Surpluses*

[63] The statutory amendments relating to the premium-setting mechanism gave rise to the problem of surpluses in the Account and also affected the speed at which that problem developed. The massive increase in those surpluses occurred over a period of just a few years. In the space of six or seven years, the deficits were absorbed and surpluses totalling more than \$40 billion were accumulated. I will now look at the origin of the surpluses and the steps in their creation.

[64] To understand how the surplus problem developed, it will be helpful to revisit the origins of the system. When the system came into effect, an unemployment insurance fund was established. That fund was replaced with the Account in 1971. At that time, the government's budget absorbed deficits in the Account that resulted from fluctuations in economic activity and in the amounts of benefits paid to unemployed persons. In 1986, on the recommendation of the Auditor General of Canada, the Account was consolidated with government revenues as a whole. In 1990, the government stopped financing the Account out of its general revenues.

[65] Throughout that period, premiums, which legally speaking were debts to the Crown, were paid into the Consolidated Revenue Fund and credited to the Account. The amounts needed to manage the system and to pay benefits and the cost of authorized programs were in turn paid out of the Consolidated Revenue Fund and charged to the Account.

[66] It is clear that around 1995, the government made a firm policy decision to put an end to deficits in employment insurance, stabilize fluctuating premium rates and strengthen the system by building up an adequate reserve. The legislative amendments summarized above gave effect to that decision. Their impact on the Account was quick, and striking. In 1996, the Account's surpluses already totalled \$5 or \$6 billion. Even though premium rates were gradually reduced, the surpluses rose to approximately \$20 billion in 1998. That amount

## I. *Les surplus*

[63] Les modifications législatives de la méthode de fixation des cotisations préparent et rythment l'évolution du problème de surplus du Compte. L'accroissement massif de ces surplus se réalise toutefois au cours d'une période de quelques années seulement. En six ou sept ans, les déficits sont résorbés et des surplus de plus de 40 milliards de dollars se constituent. J'examinerai maintenant les origines et les étapes de leur création.

[64] Pour comprendre l'évolution du problème des surplus, un retour aux origines du régime sera utile. Lors de son entrée en vigueur, un fonds ou une caisse d'assurance-chômage avait été établi. En 1971, on substitua le Compte à cette caisse. Le budget de l'État absorba alors les déficits du Compte causés par les fluctuations de l'activité économique et des prestations versées aux chômeurs. En 1986, sur la recommandation du vérificateur général du Canada, le Compte fut consolidé avec l'ensemble des recettes gouvernementales. En 1990, l'État cessa de financer le Compte avec ses recettes générales.

[65] Pendant toute cette période, les cotisations, qui étaient juridiquement des créances dues à la Couronne, étaient versées au Trésor au crédit du Compte. Par la suite, le Trésor versait les sommes requises pour la gestion du régime, le paiement des prestations et les coûts des programmes autorisés, puis débitait d'autant le Compte.

[66] Il est clair que, vers 1995, le gouvernement de l'époque avait pris une décision politique ferme de mettre fin aux déficits de l'assurance-emploi, de stabiliser les fluctuations des cotisations et de consolider le régime, en créant une réserve adéquate. Les modifications législatives que j'ai résumées plus haut ont mis à effet cette décision. Leur impact sur l'état du Compte fut rapide et frappant. En 1996, déjà, son surplus atteignait cinq ou six milliards de dollars. Les taux de cotisation diminuèrent graduellement. Néanmoins, en 1998, les

corresponded to the maximum reserve recommended by Canada's Chief Actuary (A.F. C.S.N., at p. 35, footnote 116). Starting in 2001, the growth of the surpluses, which then exceeded \$40 billion, slowed down or even levelled off. When premium rates were set, the goal seemed to be to attain a relative balance between the system's receipts and current expenditures.

#### J. *Constitutionality of the Premium-Setting Mechanism*

[67] The appellants, supported on this point by one intervenor, the Canadian Labour Congress, submit that no provision of the Constitution authorized the premium-setting mechanisms that led to the accumulation of the surpluses in the Account and the use of those surpluses by the Government of Canada. They argue that the federal government misappropriated employment insurance monies. In short, the appellants submit that amounts collected as premiums were diverted from their intended purposes and allocated to the government's current expenditures, to deficit reduction and to restoring a balance in public finances. According to them, these amounts were also used to finance employment and economic development programs that fell outside the federal unemployment insurance power, as opposed to paying compensation during actual periods of unemployment.

[68] I will not discuss this final argument at length, since I rejected it above. In my opinion, the disputed measures, and employment benefits in particular, fall within federal legislative jurisdiction. The expenditures associated with these measures could be financed through premiums. This being said, however, the issue of the allocation of contributions and surpluses to general government expenditures remains to be resolved.

[69] I reject from the outset a fact-based submission made by the appellants: that the government in power during the period following the passage of the *Employment Insurance Act* planned to accumulate these surpluses and then to misappropriate them. There was extensive evidence on this point

surplus s'élevaient à environ 20 milliards de dollars. Ce montant correspondait au maximum des réserves recommandées par l'actuaire en chef du Canada (m.a. C.S.N., p. 35, note 116). À partir de 2001, la croissance des surplus, qui dépassent alors 40 milliards, ralentit ou même plafonne. La fixation des taux de cotisation semble rechercher un équilibre relatif entre les entrées et les dépenses courantes du régime.

#### J. *La légalité constitutionnelle du mécanisme de fixation des cotisations*

[67] Les appelants, appuyés sur ce point par un intervenant, le Congrès du travail du Canada, plaident qu'aucune disposition de la Constitution n'autorisait les méthodes de cotisation qui ont permis la création des surplus du Compte et leur utilisation par le gouvernement du Canada. En l'espèce, selon les prétentions des appelants, le gouvernement fédéral aurait opéré un véritable détournement des fonds de l'assurance-emploi. En bref, les appelants soutiennent que les cotisations ont été détournées de leurs fins pour être affectées aux dépenses courantes de l'État, à la réduction du déficit et au rétablissement de l'équilibre des finances publiques. Selon eux, elles auraient aussi été employées au financement de programmes d'emploi et de développement économique étrangers à la compétence fédérale sur l'assurance-chômage, plutôt qu'à l'indemnisation des périodes de chômage elles-mêmes.

[68] Je ne reviendrai pas longuement sur ce dernier argument que j'ai rejeté plus haut. À mon avis, les mesures contestées, notamment les prestations d'emploi, demeurent comprises dans la compétence législative fédérale. Les dépenses qu'entraînaient ces mesures pouvaient être financées par les cotisations. Sous cette réserve, demeure toutefois le problème de l'affectation des contributions et des surplus aux dépenses générales de l'État.

[69] J'écarte dès le départ un argument de fait défendu par les appelants selon lequel le gouvernement en fonction au cours de la période postérieure à l'adoption de la *Loi sur l'assurance-emploi* aurait planifié ces surplus et leur détournement. La question a fait l'objet d'une longue preuve devant

in the Superior Court, and the parties placed great stress on this in argument. However, neither the Superior Court nor the Court of Appeal accepted this submission, and no error in assessing the facts has been shown that would justify an intervention by this Court on this point.

[70] The problem of the surpluses in the Account appears instead to have developed in stages, but quickly. In the end, the enactment in 2001 of the transitional provisions that authorized the Governor General in Council to set premiums directly for 2002 and 2003 was a sign of a recognition that the surpluses were substantial, that they had played a role in restoring financial balance to the federal government's activities and that a solution for the problems they created would be complex. The government considered these surpluses to be part of public revenues and did not agree with returning them to contributors. However, this is not the place to discuss the appropriateness of this policy approach. Rather, the issue is what the legal nature of premiums has been since the *Employment Insurance Act* came into force in 1996.

[71] The government could have financed the system through either premiums or taxes, as it had a choice between a special levy and general taxation (P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (2nd ed. 2002), at pp. 607-9 and 617-18). The Attorney General of Canada argues first that a premium is a regulatory charge, that is, a form of special levy connected with a government program. In the alternative, he submits that a premium can be considered a tax for the purposes of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* and that the premiums were imposed in accordance with the Constitution.

[72] This question of the validity of imposing regulatory charges has come before this Court on several occasions. In its decisions, the Court has accepted the use of regulatory charges to finance government programs and has developed tests for identifying such special levies. There are two steps in the identification process. First, the existence of a

la Cour supérieure. L'argumentation des parties a consacré beaucoup d'attention à la discussion de ce moyen. Cependant, ni la Cour supérieure, ni la Cour d'appel ne l'ont retenu, et aucune erreur d'appréciation des faits justifiant l'intervention de notre Cour sur ce point n'a été établie.

[70] Le problème des surplus du Compte semble plutôt s'être développé graduellement, mais rapidement. Finalement, l'adoption en 2001 des dispositions transitoires permettant au gouverneur général en conseil de fixer directement les cotisations pour 2002 et 2003 confirme que l'on reconnaît l'importance des surplus, leur rôle dans le rétablissement de l'équilibre financier des activités de l'État fédéral et la complexité du règlement des difficultés qu'ils présentent. Le gouvernement considère ces surplus comme un élément des recettes publiques et voit mal comment on pourrait les retourner aux cotisants. Cependant, on ne peut s'arrêter à la discussion de l'opportunité de cette approche politique. Il faut plutôt examiner la nature juridique des cotisations depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'assurance-emploi* en 1996.

[71] Le gouvernement pouvait financer le régime soit à l'aide de cotisations, soit à l'aide des impôts, en optant entre une imposition spécialisée et le recours à l'impôt général (P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (2<sup>e</sup> éd. 2002), p. 607-609 et 617-618). Le procureur général du Canada plaide d'abord que les cotisations représentent des charges réglementaires, autrement dit une forme d'imposition spécialisée rattachée à un programme gouvernemental. Subsidiairement, il soutient qu'elles pourraient être considérées comme des taxes au sens du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elles auraient été imposées conformément à la Constitution.

[72] Cette question de la validité de l'imposition de charges réglementaires s'est posée à diverses reprises devant notre Cour. La jurisprudence reconnaît la possibilité d'utiliser la technique de la redevance réglementaire pour financer la mise en œuvre de programmes gouvernementaux. La jurisprudence a développé des critères d'identification

regulatory scheme must be established. According to the analytical approach adopted in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, there must be (1) a complete and detailed code of regulation, (2) a regulatory purpose of influencing specific behaviour, (3) the existence of actual or properly estimated costs of the regulation and (4) a relationship between the regulation and the person who either benefits from it or made it necessary (para. 44). Rothstein J. recently reiterated these criteria in *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2008] 1 S.C.R. 131, 2008 SCC 7, at paras. 25-26, although he reminded us that the list is not exhaustive. Next, if the court finds that a regulatory scheme exists, it must determine whether there is a relationship between that scheme and the charge (*Connaught*, at para. 27). Revenue collection must be related to the regulation or must in itself have a regulatory purpose of influencing the behaviour of the persons concerned (*Westbank*, at para. 44). As the Court noted in *Connaught*, the accumulation of excessive surpluses may indicate that a levy is a tax and not a regulatory charge (para. 40). However, the test is flexible, and the characterization of a levy as a regulatory charge does not depend primarily on the absence or the amounts of surpluses (*Connaught*, at para. 40). It depends above all else on whether the collected amounts or a substantial part thereof are allocated to the regulated activity.

[73] Despite the existence of large surpluses, a sufficient connection was maintained between employment insurance premiums and the regulatory scheme as long as s. 66 of the *Employment Insurance Act* applied. Section 66 contained principles that governed the exercise of the premium-setting power delegated to the Commission: connection with the business cycle, stabilization of premium rates and building up of reserves:

66. The Commission shall, with the approval of the Governor in Council on the recommendation of the

de ces prélèvements spécialisés. L'identification de ces prélèvements s'effectue en deux étapes. D'abord, il faut établir l'existence d'un régime réglementaire. Ainsi, selon la méthode d'analyse adoptée dans l'arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, il faut retrouver (1) un code de réglementation complet et détaillé, (2) un objectif de réglementation qui cherche à influencer un comportement, (3) l'existence de coûts réels ou estimés liés à la réglementation et (4) un rapport entre celle-ci et la personne qui en bénéficie ou qui l'a rendue nécessaire (par. 44). Le juge Rothstein a repris récemment ces critères, en rappelant toutefois que leur liste n'avait pas un caractère exhaustif, dans l'arrêt *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2008] 1 R.C.S. 131, 2008 CSC 7, par. 25-26. Ensuite, si le tribunal conclut à l'existence d'un régime réglementaire, il doit décider s'il existe un lien entre ce régime et la redevance (*Connaught*, par. 27). La perception des revenus doit demeurer liée à la réglementation ou posséder, en elle-même, un objectif de réglementation destiné à influencer le comportement des personnes touchées (*Westbank*, par. 44). Comme le note l'arrêt *Connaught*, l'accumulation de surplus excessifs peut devenir un indice que le prélèvement constitue une taxe et non une redevance réglementaire (par. 40). Cependant, ce critère demeure souple et la qualification d'un prélèvement comme charge réglementaire ne dépend pas principalement de l'absence de surplus ni de leur montant (*Connaught*, par. 40). Elle relève primordialement de l'affectation des prélèvements ou d'une partie substantielle de ceux-ci à l'activité réglementée.

[73] Un lien suffisant s'est maintenu entre les cotisations de l'assurance-emploi et le régime réglementaire, malgré l'existence de surplus importants, tant que l'art. 66 de la *Loi sur l'assurance-emploi* s'est appliqué. L'article 66 contenait des principes qui encadraient l'exercice du pouvoir de fixation des cotisations délégué à la Commission : lien avec le cycle économique, stabilisation des cotisations, constitution de réserves :

66. Pour chaque année, la Commission fixe, avec l'agrément du gouverneur en conseil, sur la

Minister and the Minister of Finance, set the premium rate for each year at a rate that the Commission considers will, to the extent possible,

- (a) ensure that there will be enough revenue over a business cycle to pay the amounts authorized to be charged to the Employment Insurance Account; and
- (b) maintain relatively stable rate levels throughout the business cycle.

These principles served as the basis for a policy of allocation of and stability in the amounts being levied that justifies characterizing those amounts, from a constitutional standpoint, as a regulatory charge. I need not decide here whether the relevant tests for the exercise of the Employment Insurance Commission's regulatory power were properly applied. That branch of the proceedings instead concerned administrative law principles. As a result, it is, as Gascon J. pointed out, highly unlikely that this was a matter for the Superior Court; Gascon J. also noted that that branch of the proceedings had been abandoned before him.

[74] During the period in question, from 1996 to 2001, the contributions collected were paid into the Consolidated Revenue Fund in accordance with the Act. The amounts needed for the system to function were credited or charged to the Account. However, it is clear that the Account does not constitute — as is the case of pension fund assets — a trust fund or patrimony by appropriation. It forms part of Canada's government accounting, and premiums form part of the government's revenues. The government's use of it does not, therefore, constitute a misappropriation of employment insurance monies. Those monies were used like any other part of the revenues in the Consolidated Revenue Fund, and the appropriate accounts were kept.

[75] However, this conclusion does not resolve the issue of the legal effects of the situation resulting from the 2001 and 2004 amendments to the *Employment Insurance Act*, under which the power to set premium rates was delegated to the Governor General in Council but the legal framework for exercising the power was eliminated. In my opinion, those amendments had a significant effect on the validity of such levies in the circumstances in

recommandation du ministre et du ministre des Finances, le taux de cotisation qui, à son avis, permet le mieux, au cours d'un cycle économique, d'assurer un apport de revenus suffisant pour couvrir les débits autorisés sur le Compte d'assurance-emploi et maintenir une certaine stabilité des taux.

Ces principes maintenaient une politique d'affectation et d'équilibre des impositions qui préservait leur qualification constitutionnelle de prélèvements réglementaires. Je n'ai pas à décider ici si les critères pertinents à l'exercice du pouvoir réglementaire de la Commission de l'assurance-emploi ont été bien appliqués. Ce volet du débat met plutôt en jeu des principes de droit administratif. À ce titre, il est fort douteux qu'il ait relevé de la Cour supérieure comme l'a rappelé le juge Gascon, qui a de plus souligné que ce volet de la contestation avait été abandonné devant lui.

[74] Pendant cette période, de 1996 à 2001, les contributions perçues ont été versées au Trésor, conformément à la loi. Les crédits et débits requis pour les opérations du régime ont été passés au Compte. Il est clair toutefois que ce Compte n'est pas un fonds fiduciaire ou un patrimoine d'affectation, comme dans le cas de l'actif d'un fonds de retraite. Il représente une partie de la comptabilité publique du Canada et les cotisations, une portion des recettes publiques de l'État. À ce titre, l'usage fait par le gouvernement ne représente pas un détournement des fonds de l'assurance-emploi. Les fonds ont été employés comme toute autre partie des recettes du Trésor et la comptabilité appropriée a été tenue.

[75] Cette conclusion ne règle cependant pas la question des effets juridiques de la situation créée par les modifications de 2001 et de 2004 à la *Loi sur l'assurance-emploi* qui ont délégué au gouverneur général en conseil le pouvoir de fixer les cotisations, sans laisser en place l'encadrement juridique de son exercice. À mon avis, ces modifications ont eu des conséquences importantes sur la validité de ces prélèvements, dans le contexte où elles

which they were adopted, that is, at a time when government representatives could not have helped but see that employment insurance revenues in fact greatly exceeded what the system required and that those revenues no longer had an actual connection with the system. This confirms that the relationship between the levy and the regulatory scheme had disappeared and that premiums had been transformed into a kind of payroll tax.

[76] In 1999, the Minister of Finance of the day firmly believed that premiums formed part of general government revenues (*House of Commons Debates*, vol. 136, 2nd Sess., 36th Parl., Oral Question Period, November 1, 1999). He reaffirmed this position in 2001 (vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., Oral Question Period, March 2, 2001). In a report, the House of Commons Standing Committee on Finance recommended a mechanism for setting premium rates in the future, but it was not in favour of going back to what had been done in the past. All the evidence that can be drawn from parliamentary debates or documents confirms that the government and Parliament did not seem willing to reduce premium rates to such an extent as to establish a connection between them and benefits paid under the system. The 2001 legislation, which applied in 2002 and 2003, altered the legal status of premiums. As I mentioned above, the provision delegated a discretion to set premium rates to the Governor General in Council. That discretion does seem to have been exercised in such a way that the surpluses in the Account gradually stabilized. But this fact does not eliminate the legal issue raised by the 2001 and 2004 amendments.

[77] As a result of the approach taken by Parliament, premiums collected under this system can no longer be viewed as a regulatory charge. As I mentioned above, s. 66.1 was silent regarding the connection between premiums and benefits.

[78] Exactly the same wording was used for s. 66.3, which applied to 2005. Thus, the effect of ss. 66.1 and 66.3 was that s. 66 did not apply. As I mentioned above, s. 66 imposed rules that applied to the Commission's exercise of its regulatory authority and to the preparation of opinions by the Minister and the Minister of Finance. It required

sont survenues, c'est-à-dire à une époque où les représentants du gouvernement ne pouvaient que constater que, de fait, les recettes de l'assurance-emploi dépassaient largement les besoins du régime et n'avaient plus de lien effectif avec celui-ci. Ces faits confirment la disparition du lien entre le prélèvement et le régime réglementaire et la transformation des cotisations en une sorte de taxe sur les listes de paie.

[76] Dès 1999, le ministre des Finances alors en fonction considérait fermement les cotisations comme une part des recettes générales de l'État (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 136, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., questions orales, 1<sup>er</sup> novembre 1999). Il réaffirmait cette position en 2001 (vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., questions orales, 2 mars 2001). Un rapport du comité permanent des finances de la Chambre des communes recommandait une façon de fixer les cotisations pour l'avenir, mais ne se montrait pas favorable à un retour sur le passé. Tous les indices que l'on peut tirer des débats ou des documents parlementaires confirment que le gouvernement et le Parlement ne semblaient pas disposés à réduire les cotisations au point d'établir un lien entre celles-ci et les prestations du régime. La loi de 2001, applicable en 2002 et 2003, a alors modifié la situation juridique des cotisations. Le texte de loi, je le rappelle, a délégué au gouverneur général en conseil un pouvoir discrétionnaire de fixation des cotisations. Ce pouvoir paraît certes avoir été exercé de manière à ce que les surplus du Compte se stabilisent graduellement. Cet état de fait n'élimine pas le problème juridique que posent les modifications de 2001 et 2004.

[77] La méthode législative utilisée ne permet plus de traiter le système de cotisation comme un prélèvement réglementaire. Comme on l'a vu plus haut, l'art. 66.1 est devenu muet sur le lien entre les cotisations et les prestations.

[78] L'article 66.3, applicable pour l'année 2005, comporte une rédaction identique. Les articles 66.1 et 66.3 écartent ainsi l'application de l'art. 66. Comme on l'a vu, cette disposition imposait des normes pour l'exercice du pouvoir réglementaire de la Commission, comme pour la préparation des avis du ministre et du ministre des Finances.



the Commission to set a premium rate that might establish relatively stable rate levels while at the same time ensuring that enough revenue would be collected to pay all authorized expenditures of the employment insurance system. This resulted in a framework under which it was possible to maintain a connection between the employment insurance program and its expenditures and revenues. It also ensured that premiums continued to constitute a regulatory charge within the meaning of *Westbank* and *Connaught*. When Parliament departed from s. 66 by passing ss. 66.1 and 66.3 in 2001 and 2004, this legal situation was radically altered. Every legal connection between revenues and expenditures disappeared. The collection of premiums ceased to be tied to the system and to its requirements, contrary to the principle laid down in *Westbank* (para. 44). The legal connection between the premium-setting system and the regulatory scheme ceased to exist.

[79] Thus, following those statutory amendments, premiums no longer constituted a regulatory charge within the meaning of *Westbank* and *Connaught*. Rather, they became a levy on payrolls and wages. They were transformed into a tax. If this is the case, the Attorney General of Canada argues, the tax was validly imposed pursuant to Parliament's general taxation power under the *Constitution Act, 1867*.

[80] The scope of Parliament's taxing power is well known. Parliament may tax by any means. However, if a levy is a tax, it must be imposed in accordance with the Constitution. Section 53 of the *Constitution Act, 1867* therefore poses a problem.

#### K. Violation of Section 53

[81] The *Constitution Act, 1867* provides that Parliament alone has the power to impose a tax and that the legislation must originate in the House of Commons:

**53.** Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

Il demandait à la Commission de fixer un niveau de cotisation de nature à créer une certaine stabilité des taux, tout en assurant la perception de recettes suffisantes pour couvrir les dépenses autorisées du régime d'assurance-emploi. Cette rédaction offrait un cadre capable, le cas échéant, de maintenir un lien entre le programme de l'assurance-emploi, ses dépenses et ses recettes. Il permettait de conserver aux cotisations leur caractère de prélèvement réglementaire, au sens des arrêts *Westbank* et *Connaught*. La dérogation à l'art. 66 par l'adoption, en 2001 et 2004, des art. 66.1 et 66.3 a modifié radicalement cette situation juridique. Tout lien juridique entre la mesure des recettes et celle des dépenses a disparu. La perception des cotisations a cessé d'être liée au régime et à ses besoins, contrairement à ce qu'exige l'arrêt *Westbank* (par. 44). Le système de cotisation a perdu son lien juridique avec le régime réglementaire.

[79] Ainsi, à la suite de ces modifications législatives, on ne se trouve plus devant une redevance réglementaire au sens des arrêts *Westbank* et *Connaught*. La contribution est devenue une imposition sur les listes de paie et les salaires. Elle est transformée en une taxe. Si tel est le cas, le procureur général du Canada plaide alors que cette taxe a été imposée valablement en vertu du pouvoir général de taxation accordé au Parlement par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[80] L'ampleur du pouvoir de taxation dévolu au Parlement est admise. Il peut taxer par tous moyens. Cependant, si l'imposition est une taxe, encore faut-il qu'elle ait été imposée conformément à la Constitution. L'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pose alors problème.

#### K. La violation de l'art. 53

[81] La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le Parlement seul a le pouvoir d'imposer une taxe et que la loi doit originer dans la Chambre des communes :

**53.** Tout bill ayant pour but l'appropriation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra originer dans la Chambre des Communes.

[82] This Court has confirmed that s. 53 reflects the ancient, but fundamental, principle of our democratic system that there should be no taxation without representation: *Westbank*, at para. 19, and *Connaught*, at para. 4. According to this principle, a tax can be imposed only by Parliament or a clearly authorized delegate of Parliament (J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (9th ed. 2007), vol. 1, *Federalism / Aboriginal Peoples*, at p. 626).

[83] In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, the majority of this Court held that levies to finance an agricultural products marketing scheme were not taxes, but regulatory charges. There was therefore no need to discuss the delegation of taxing authority. However, in an *obiter dictum* concerning the scope of s. 53, Pigeon J., writing for the majority, appeared to reduce that provision to a mere rule of internal parliamentary procedure:

It may be contended that, in authorizing a board or agency to impose and to use levies or charges, Parliament is indirectly doing what it may not do directly, namely, having a tax levied and appropriated otherwise than by means of a bill voted in the House of Commons on the recommendation of the Governor General. In my view this attack fails for two reasons. I agree with the Chief Justice that adjustment levies, as well as levies for expenses, are not taxes. Furthermore, ss. 53 and 54 are not entrenched provisions of the constitution, they are clearly within those parts which the Parliament of Canada is empowered to amend by s. 91(1). [pp. 1290-91]

[84] This *dictum* has been criticized by Professor Hogg on the basis that s. 53 is a true constitutional rule. In his view, the fact that it can be amended by statute cannot justify violating it (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at p. 14-6). In *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at para. 34, Major J. stated that “[s]ection 53 is a constitutional imperative” and that the Court is not bound by the *dictum*.

[82] Notre Cour a confirmé que l’art. 53 reflète le principe ancien, mais fondamental dans notre régime démocratique, qu’il ne doit y avoir aucune taxation sans représentation, dans *Westbank*, par. 19, et *Connaught*, par. 4. Ce principe signifie aussi qu’une taxe peut seulement être imposée par le Parlement ou par un délégué du Parlement y ayant été clairement autorisé (J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (9<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 1, *Federalism / Aboriginal Peoples*, p. 626).

[83] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, la majorité de notre Cour a conclu que des contributions pour le financement d’un régime de mise en marché de produits agricoles n’étaient pas des taxes, mais des frais réglementaires. Pour cette raison, il n’était pas nécessaire de discuter de la délégation du pouvoir de taxation. Le juge Pigeon, pour la majorité, a toutefois formulé un *obiter dictum* sur la portée de l’art. 53 qui aurait réduit le rôle de cette disposition à celui d’une simple règle de procédure parlementaire interne :

On peut prétendre qu’en autorisant un organisme ou office à imposer des redevances ou droits et à en affecter les recettes, le Parlement fait indirectement ce qu’il ne peut faire directement, c’est-à-dire prélever une taxe et en affecter le produit autrement que par une loi adoptée par la Chambre des communes sur la recommandation du gouverneur général. À mon avis, cet argument ne peut être retenu pour deux motifs. Je partage l’opinion du Juge en chef selon laquelle les contributions de rajustement, comme les contributions aux frais, ne sont pas des taxes. En outre, les art. 53 et 54 ne sont pas des dispositions intangibles de la Constitution; ils tombent clairement dans les catégories de sujets que le Parlement du Canada est autorisé à modifier en vertu de l’art. 91(1). [p. 1290-1291]

[84] Cet *obiter* a été critiqué par le professeur Hogg, qui considérait cette disposition comme une véritable règle constitutionnelle. À son avis, la possibilité d’une modification législative ne saurait en justifier la violation (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 14-6). Dans l’arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, par. 34, le juge Major a affirmé que « [l]’article 53 est un impératif constitutionnel » et que cet *obiter* ne lie pas la Cour.

[85] In *Eurig*, following an analysis based on the principles laid down in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, this Court held that amounts collected in respect of grants of letters probate constituted a tax rather than a regulatory fee (*Eurig*, at paras. 15 *et seq.*). Major J., writing for the majority of the Court, held as a matter of policy that, although the requirement that a tax result from the clearly expressed will of Parliament is absolute, this does not mean that Parliament may not delegate the power to establish “the details . . . of taxation” as well as its mechanism:

My interpretation of s. 53 does not prohibit Parliament or the legislatures from vesting any control over the details and mechanism of taxation in statutory delegates such as the Lieutenant Governor in Council. . . .

The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. In so doing, it ensures parliamentary control over, and accountability for, taxation. [Emphasis added; paras. 30 and 32.]

[86] Finally, the most recent decision in which this Court considered the delegation of taxing authority under s. 53 is *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15. One of the issues in that case was whether provincial legislation authorizing the Minister of Finance to prescribe tax rates for school purposes was constitutional.

[87] Iacobucci J., writing for a unanimous Court, noted that the delegation of the imposition of a tax is constitutional if the legislation provides expressly and unambiguously for the delegation:

The delegation of the imposition of a tax is constitutional if express and unambiguous language is used in making the delegation. The animating principle is that

[85] Dans *Eurig*, à la suite d’une analyse effectuée conformément aux principes de l’arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, notre Cour a décidé que les sommes perçues en vue de la délivrance de lettres d’homologation constituaient le produit d’une taxe plutôt que des frais réglementaires (*Eurig*, par. 15 *et suiv.*). Sur le plan des principes, le juge Major, pour la majorité de la Cour, a statué que, bien qu’une taxe doive absolument découler de la volonté clairement exprimée du Parlement, cette règle n’interdit pas à ce dernier de déléguer le pouvoir de déterminer « le détail de la taxe » ainsi que son mécanisme d’application :

Mon interprétation de l’art. 53 n’a pas pour effet d’interdire au Parlement ou aux législatures de confier à des délégués prévus par la loi — tel le lieutenant-gouverneur en conseil — un certain pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d’application. . . .

L’objet fondamental de l’art. 53 est de constitutionaliser le principe qu’un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d’une mesure législative subordonnée. Ainsi, cette disposition assure la compétence et la responsabilité des parlementaires à l’égard de la taxation. [Je souligne; par. 30 et 32.]

[86] Enfin, la décision la plus récente où cette Cour s’est penchée sur le problème de délégation du pouvoir de taxation que pose l’art. 53 est l’arrêt *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15. Je rappelle que l’une des questions posées dans cette affaire visait à déterminer si la loi provinciale autorisant le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires était constitutionnelle.

[87] Le juge Iacobucci, pour une Cour unanime, a noté qu’une délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle dans la mesure où la loi prévoit cette délégation de manière explicite et non ambiguë :

La délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle si elle est faite dans un langage explicite et non ambigu. Le principe directeur est que seule la

only the legislature can impose a new tax *ab initio*. But if the legislature expressly and clearly authorizes the imposition of a tax by a delegated body or individual, then the requirements of the principle of “no taxation without representation” will be met. In such a situation, the delegated authority is not being used to impose a completely new tax, but only to impose a tax that has been approved by the legislature. [Emphasis added; para. 74.]

[88] According to Professor Hogg, it would be difficult to interpret *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.* as relating to the delegation of control over the details and mechanism of taxation, since “that phrase was never referred to” (p. 14-8). Yet, Iacobucci J. had quoted the relevant passage from *Eurig* (para. 71 of *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.*). The position taken by the Court in *Eurig* therefore remains valid. According to it, the taxing authority of Parliament or of a legislature may not be delegated unless that body clearly and unambiguously expresses its intent to delegate the authority.

[89] In *Eurig*, the majority of the Court disagreed with the view of Gonthier and Bastarache JJ., dissenting, that taxing authority had been validly delegated, because the legislation did not clearly state that the Lieutenant Governor in Council had the power to “tax”:

[T]he probate levy is not enforceable as it was not authorized by s. 5 of the *Administration of Justice Act*. Section 5 reads:

5. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

- (a) requiring the payment of fees for any thing required or authorized under any Act to be done by any person in the administration of justice and prescribing the amounts thereof;
- (b) providing for the payment of fees and allowances by Ontario in connection with services under any Act for the administration of justice and prescribing the amounts thereof;

législature peut imposer une nouvelle taxe *ab initio*. Mais si la législature autorise expressément et clairement un organisme ou un particulier délégataire à imposer une taxe, les exigences du principe « aucune taxation sans représentation » sont remplies. Dans une telle situation, l’autorité délégataire ne sert pas à imposer une taxe complètement nouvelle, mais uniquement à imposer une taxe qui a déjà été approuvée par la législature. [Je souligne; par. 74.]

[88] D’après le professeur Hogg, on ne saurait facilement interpréter *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.* comme portant sur la délégation de pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d’application car, d’après sa lecture, [TRADUCTION] « on n’a jamais renvoyé à ces mots » (p. 14-8). Cependant, le juge Iacobucci renvoie expressément au passage pertinent de l’arrêt *Eurig* (par. 71 de *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.*). La position prise par la Cour dans l’arrêt *Eurig* demeure ainsi valable. Elle interdit la délégation du pouvoir de taxation du Parlement ou des législatures sans une expression claire, dépourvue d’ambiguïté, de leur intention de déléguer ce pouvoir.

[89] La majorité de la Cour dans *Eurig*, à la différence des juges Gonthier et Bastarache qui étaient dissidents, n’acceptait pas qu’un pouvoir de taxation ait été validement délégué en l’espèce car le texte même de la loi n’établissait pas de manière claire que le lieutenant-gouverneur en conseil détenait le pouvoir de « taxer » :

[L]es frais d’homologation ne sont pas exigés par la loi puisqu’ils n’ont pas été autorisés par l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice*, qui est rédigé ainsi :

5 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) exiger le paiement d’honoraires pour tout acte qu’une loi permet ou ordonne à une personne d’accomplir dans le cadre de l’administration de la justice ainsi que le montant de ces honoraires;
- b) prévoir le paiement d’honoraires et d’indemnités par l’Ontario relativement aux services rendus pour l’administration de la justice aux termes d’une loi et prescrire le montant de ces honoraires et indemnités;

- (c) requiring the payment of fees in respect of proceedings in any court and prescribing the amounts thereof.

While these provisions authorize the Lieutenant Governor in Council to impose fees, they do not constitute an express delegation of taxing authority. . . .

Bastarache J. [dissenting] states that the authorization extended to the Lieutenant Governor in Council in the *Administration of Justice Act* to prescribe fees “includes the power to implement a direct tax” (para. 60). With respect, this conclusion cannot be sustained. The distinction between these two forms of charges cannot be erased by simply interpreting the word “fees” to include taxes. This distinction is both legally and constitutionally significant to determining the validity of the enactment. . . . [T]he imposition of taxes is an act of unique political significance, subject to special rules and requirements, none of which the impugned scheme meets. Ontario Regulation 293/92 is both unconstitutional and *ultra vires* as it seeks to impose a tax without clear and unambiguous authorization from the legislature to do so. [Emphasis added; emphasis in original omitted; paras. 38 and 41.]

[90] In *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.*, the impugned provision of Ontario’s *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, read as follows:

**257.12** (1) The Minister of Finance may make regulations,

- (b) prescribing the tax rates for school purposes for the purposes of section 257.7;

[91] As well, the delegation in the statute of the setting of rates was part of a detailed statutory framework in which the “structure of the tax, the tax base, and the principles for its imposition” were set out (para. 75). Relying on the principles established in *Eurig*, Iacobucci J. concluded that this delegation was constitutional:

- c) exiger le paiement de frais relativement à une instance devant un tribunal et prescrire le montant de ces frais.

Bien que ces dispositions autorisent le lieutenant-gouverneur en conseil à exiger des frais, elles ne constituent pas une délégation expresse du pouvoir de taxation. . . .

Le juge Bastarache [dissident] affirme que l’autorisation d’exiger des frais qui est accordée au lieutenant-gouverneur en conseil par la *Loi sur l’administration de la justice* « emporte le pouvoir d’établir une taxe directe » (par. 60). Avec égards, j’estime qu’une telle conclusion ne peut être soutenue. On ne peut écarter la distinction entre ces deux formes de contributions simplement en assimilant les taxes à des « frais ». Cette distinction est importante, tant légalement que constitutionnellement, pour statuer sur la validité du texte de loi en cause. [ . . . ] [L]’établissement d’une taxe est une mesure qui revêt une importance exceptionnelle sur le plan politique et qui est assujettie à des règles et à des exigences spéciales auxquelles le régime contesté ne satisfait pas. Le Règlement de l’Ontario 293/92 est inconstitutionnel et *ultra vires* puisqu’il vise à établir une taxe en l’absence d’une autorisation claire et non ambiguë en ce sens émanant de la législature. [Soulignement ajouté; soulignement dans l’original supprimé; par. 38 et 41.]

[90] Dans l’arrêt *Ontario English Catholic Teachers’ Assn.*, la disposition contestée de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E-2, de l’Ontario était la suivante :

**257.12** (1) Le ministre des Finances peut, par règlement :

- b) prescrire le taux des impôts scolaires à prélever pour l’application de l’article 257.7;

[91] De plus, la loi déléguait le pouvoir de déterminer le taux à l’intérieur d’un cadre législatif détaillé précisant à la fois la « structure de la taxe, l’assiette fiscale et les principes de son imposition » (par. 75). S’inspirant des principes établis dans *Eurig*, le juge Iacobucci a conclu que cette délégation était constitutionnelle :

The *EQIA* meets this requirement, as s. 257.12(1)(b) of the new *Education Act* expressly authorizes the Minister of Finance to prescribe the tax rates for school purposes. When the Minister sets the applicable rates, a tax is not imposed *ab initio*, but is imposed pursuant to a specific legislative grant of authority. [Emphasis added; para. 75.]

[92] In short, in this case concerning employment insurance, only Parliament may impose a tax *ab initio*. According to this Court's decisions, taxing authority must be delegated expressly and unambiguously. Once this requirement is met, the delegate may exercise the power to establish the details and mechanisms of taxation.

[93] The relevant provisions of the *Employment Insurance Act* must therefore be examined to determine whether, as in *Ontario English Catholic Teachers' Assn.*, they are consistent with the principles laid down in this Court's decisions. The provisions in question, ss. 66.1 and 66.3, do not state that Parliament is delegating taxing authority to the Governor General in Council. The nature of the levy remains ambiguous. It is unclear whether Parliament still considered that it was exercising the authority to impose a regulatory charge in enacting those provisions. At the time Parliament delegated the power to collect employment insurance premiums to the Commission and the Governor General in Council, the legislation contained no statement either that its purpose was to collect a tax or that Parliament's taxing authority was being delegated to the Governor General in Council. The delegation concerned a charge that was no longer a levy for specific purposes but had become a levy for general purposes with the meaning of *Westbank*, but it was not specified in the Act that Parliament intended to delegate its taxing authority as such. Parliament would have had to state that it was delegating that authority to the Governor General in Council. Owing to the ambiguous nature of the levy, whether Parliament intended to delegate its taxing authority remained uncertain.

La *LAQÉ* satisfait à cette exigence, puisque l'al. 257.12(1)(b) de la nouvelle *Loi sur l'éducation autorise* expressément le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires. Lorsque le ministre établit les taux applicables, il ne s'agit pas d'une taxe établie *ab initio*, mais d'une taxe établie en vertu d'un octroi législatif d'autorité spécifique. [Je souligne; par. 75.]

[92] En somme, dans cette matière d'assurance-chômage, seul le Parlement peut imposer une taxe *ab initio*. La jurisprudence de cette Cour requiert une délégation explicite et non ambiguë du pouvoir de taxation. Une fois ce critère rempli, cette jurisprudence permet au délégataire d'exercer le pouvoir de détermination des modalités et des mécanismes d'application de la taxe.

[93] Il faut donc examiner les dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi* dont il est question, afin de déterminer si elles respectent, comme dans *Ontario English Catholic Teachers' Assn.*, les principes qui découlent de la jurisprudence de cette Cour. Le libellé des art. 66.1 et 66.3 concernés ne prévoit nulle part que le Parlement délègue un pouvoir de taxation au gouverneur général en conseil. La nature du prélèvement demeure ambiguë. On ne sait pas si le Parlement estime toujours qu'il maintient l'autorisation d'imposer un prélèvement réglementaire, en adoptant ces dispositions. En effet, lors de la délégation par le Parlement — à la Commission et au gouverneur général en conseil — du pouvoir de prélever les cotisations d'assurance-emploi, la loi n'exprimait pas expressément qu'elle visait à prélever une taxe, ni qu'elle déléguait au gouverneur général en conseil le pouvoir de taxation du Parlement. La délégation visait un prélèvement qui n'était plus une imposition affectée à des fins spécifiques, mais qui était devenu une imposition à caractère général au sens de l'arrêt *Westbank*, sans que la loi précise que le Parlement entendait déléguer son pouvoir de taxation lui-même. Il aurait fallu que le Parlement indique qu'il déléguait au gouverneur général en conseil son pouvoir de taxation. L'ambiguïté quant à la nature du prélèvement maintenait elle-même l'incertitude au sujet de la nature de l'intention du Parlement quant à la délégation de son pouvoir de taxation.

[94] I accordingly conclude that the version of s. 66.1 of the *Employment Insurance Act* that applied in 2002 and 2003 is invalid. This means that employment insurance premiums were collected unlawfully, without the necessary legislative authorization. The same conclusion must be reached as regards the version of s. 66.3 that applied in 2005 and the premiums collected that year. In the circumstances of this case, which involves the improper exercise of a power conferred on Parliament, I would suspend the declaration of invalidity to allow the consequences of that invalidity to be rectified. I would dismiss the appellants' other claims and affirm the judgments of the Court of Appeal and the Quebec Superior Court with respect to them.

#### V. Answers to the Constitutional Questions

[95] I therefore answer the constitutional questions as follows:

Question 1: No.

Question 2: No.

Question 3: No for the versions of ss. 66.1 and 66.3 of the *Employment Insurance Act* that applied in 2002, 2003 and 2005, but yes for the other provisions of the Act.

Question 4: No.

Question 5: It is not necessary to answer this question.

#### VI. Conclusion

[96] For these reasons, I would therefore allow the appeals in part and declare that the versions of ss. 66.1 and 66.3 of the *Employment Insurance Act* that applied in 2002, 2003 and 2005 are invalid and that employers' and employees' premiums for 2002, 2003 and 2005 were collected unlawfully. I would suspend the declaration for a period of 12 months from the date of this judgment. I would award costs to the appellants throughout.

[94] En conséquence, je conclus à l'invalidité de l'art. 66.1 de la *Loi sur l'assurance-emploi* applicable en 2002 et 2003. Cette conclusion signifie que les cotisations au régime d'assurance-emploi ont été perçues illégalement, en l'absence de l'autorisation législative nécessaire. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 66.3 applicable en 2005 et des cotisations perçues au cours de cette année. Dans le contexte de cette affaire, qui implique l'exercice irrégulier d'un pouvoir dévolu au Parlement fédéral, je suspendrais l'effet de la déclaration d'invalidité pour permettre de remédier aux conséquences de celle-ci. Je rejetterais les autres demandes des appelants et je confirmerais à leur égard l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure du Québec.

#### V. Réponses aux questions constitutionnelles

[95] Je réponds donc comme suit aux questions constitutionnelles :

Question 1 : Non.

Question 2 : Non.

Question 3 : Non quant aux art. 66.1 et 66.3 de la *Loi sur l'assurance-emploi* applicables en 2002, 2003 et 2005, oui quant aux autres dispositions de la loi.

Question 4 : Non.

Question 5 : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

#### VI. Conclusion

[96] Pour ces motifs, j'accueillerais donc les pourvois en partie pour déclarer invalides, tels qu'ils s'appliquaient en 2002, 2003 et 2005, les art. 66.1 et 66.3 de la *Loi sur l'assurance-emploi* et déclarer que les cotisations d'employeurs et d'employés pour les années 2002, 2003 et 2005 ont été perçues illégalement. Je suspendrais la déclaration pour une période de 12 mois à compter de la date du dépôt du présent arrêt. J'accorderais aux appelants leurs dépens devant toutes les cours.

## APPENDIX

*Constitution Act, 1867*

**53.** Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

*Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23*

**22.** (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy.

. . .

**23.** (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides.

. . .

**24.** (1) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations providing for the payment of work-sharing benefits to claimants who are qualified to receive benefits under this Act and are employed under a work-sharing agreement that has been approved for the purposes of this section by special or general direction of the Commission, . . .

. . .

**25.** (1) For the purposes of this Part, a claimant is unemployed and capable of and available for work during a period when the claimant is

(a) attending a course or program of instruction or training at the claimant's own expense, or under employment benefits or similar benefits that are the subject of an agreement under section 63, to which the Commission, or an authority that the Commission designates, has referred the claimant; or

(b) participating in any other employment activity

## ANNEXE

*Loi constitutionnelle de 1867*

**53.** Tout bill ayant pour but l'appropriation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra originer dans la Chambre des communes.

*Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23*

**22.** (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à la prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse.

. . .

**23.** (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.

. . .

**24.** (1) Avec l'agrément du gouverneur en conseil, la Commission peut prendre des règlements prévoyant le versement de prestations pour travail partagé aux prestataires qui remplissent les conditions requises pour recevoir des prestations en vertu de la présente loi et qui sont employés aux termes d'un accord de travail partagé qu'elle a approuvé par une directive spéciale ou générale pour l'application du présent article, . . .

. . .

**25.** (1) Pour l'application de la présente partie, un prestataire est en chômage, capable de travailler et disponible à cette fin durant toute période où :

a) il suit, à ses frais ou dans le cadre d'une prestation d'emploi ou d'une prestation similaire faisant l'objet d'un accord visé à l'article 63, un cours ou programme d'instruction ou de formation vers lequel il a été dirigé par la Commission ou l'autorité qu'elle peut désigner;

b) il participe à toute autre activité d'emploi pour laquelle il reçoit de l'aide dans le cadre d'une prestation d'emploi prévue par règlement ou d'une prestation similaire faisant l'objet d'un accord visé à



(i) for which assistance has been provided for the claimant under prescribed employment benefits or benefits that are the subject of an agreement under section 63 and are similar to the prescribed employment benefits, and

(ii) to which the Commission, or an authority that the Commission designates, has referred the claimant.

. . .

**57.** (1) Employment benefits and support measures under this Part shall be established in accordance with the following guidelines:

(a) harmonization with provincial employment initiatives to ensure that there is no unnecessary overlap or duplication;

(b) reduction of dependency on unemployment benefits by helping individuals obtain or keep employment;

(c) co-operation and partnership with other governments, employers, community-based organizations and other interested organizations;

(d) flexibility to allow significant decisions about implementation to be made at a local level;

(d.1) availability of assistance under the benefits and measures in either official language where there is significant demand for that assistance in that language;

(e) commitment by persons receiving assistance under the benefits and measures to

(i) achieving the goals of the assistance,

(ii) taking primary responsibility for identifying their employment needs and locating services necessary to allow them to meet those needs, and

(iii) if appropriate, sharing the cost of the assistance; and

(f) implementation of the benefits and measures within a framework for evaluating their success in assisting persons to obtain or keep employment.

l'article 63 et vers laquelle il a été dirigé par la Commission ou l'autorité qu'elle peut désigner.

. . .

**57.** (1) Les prestations d'emploi et les mesures de soutien prévues par la présente partie doivent être mises sur pied conformément aux lignes directrices suivantes :

a) l'harmonisation des prestations d'emploi et des mesures de soutien avec les projets d'emploi provinciaux en vue d'éviter tout double emploi et tout chevauchement;

b) la réduction de la dépendance aux prestations de chômage au moyen de l'aide fournie pour obtenir ou conserver un emploi;

c) la coopération et le partenariat avec d'autres gouvernements, des employeurs, des organismes communautaires et tout autre organisme intéressé;

d) la flexibilité pour permettre que des décisions importantes relatives à la mise en œuvre soient prises par les agents locaux;

d.1) la possibilité de recevoir de l'aide dans le cadre de prestations ou de mesures dans l'une ou l'autre des langues officielles là où l'importance de la demande le justifie;

e) l'engagement des personnes bénéficiant d'une aide au titre d'une prestation d'emploi ou d'une mesure de soutien :

(i) à s'attacher à la réalisation des objectifs visés par l'aide fournie,

(ii) à assumer la responsabilité première de déterminer leurs besoins en matière d'emploi et de trouver les services nécessaires pour les combler,

(iii) s'il y a lieu, à partager les coûts de l'aide;

f) la mise en œuvre des prestations et des mesures selon une structure permettant d'évaluer la pertinence de l'aide fournie pour obtenir ou conserver un emploi.

(2) To give effect to the purpose and guidelines of this Part, the Commission shall work in concert with the government of each province in which employment benefits and support measures are to be implemented in designing the benefits and measures, determining how they are to be implemented and establishing the framework for evaluating their success.

(3) The Commission shall invite the government of each province to enter into agreements for the purposes of subsection (2) or any other agreements authorized by this Part.

**58.** (1) In this Part, “insured participant” means an insured person who requests assistance under employment benefits and, when requesting the assistance, is an unemployed person

(a) for whom a benefit period is established or whose benefit period has ended within the previous 36 months; or

(b) for whom a benefit period has been established in the previous 60 months and who

(i) was paid special benefits under section 22 or 23 during the benefit period,

(ii) subsequently withdrew from active participation in the labour force to care for one or more of their new-born children or one or more children placed with them for the purpose of adoption, and

(iii) is seeking to re-enter the labour force.

(2) For the purposes of subsection (1), “benefit period” includes a benefit period established under the *Unemployment Insurance Act* and “special benefits” includes benefits under sections 18 and 20 of that Act.

**59.** The Commission may establish employment benefits to enable insured participants to obtain employment, including benefits to

(a) encourage employers to hire them;

(b) encourage them to accept employment by offering incentives such as temporary earnings supplements;

(c) help them start businesses or become self-employed;

(d) provide them with employment opportunities through which they can gain work experience

(2) Pour mettre en œuvre l’objet et les lignes directrices de la présente partie, la Commission doit travailler de concert avec le gouvernement de chaque province dans laquelle une prestation d’emploi ou une mesure de soutien doit être mise en œuvre à mettre sur pied la prestation ou la mesure, à fixer les modalités de sa mise en œuvre et à concevoir le cadre permettant d’évaluer la pertinence de l’aide qu’elle fournit aux participants.

(3) La Commission doit inviter le gouvernement de chaque province à conclure avec elle un accord pour l’application du paragraphe (2) ou tout autre accord prévu par la présente partie.

**58.** (1) Dans la présente partie, « participant » désigne l’assuré qui demande de l’aide dans le cadre d’une prestation d’emploi et qui, à la date de la demande, est un chômeur à l’égard de qui, selon le cas :

a) une période de prestations a été établie ou a pris fin au cours des trente-six derniers mois;

b) une période de prestations a été établie au cours des soixante derniers mois et qui :

(i) a bénéficié de prestations spéciales, au titre de l’article 22 ou 23, au cours de la période de prestations,

(ii) a subséquemment quitté le marché du travail pour prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d’un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption,

(iii) tente de réintégrer le marché du travail.

(2) Pour l’application du paragraphe (1), « période de prestations » s’entend en outre d’une période de prestations établie au titre de la *Loi sur l’assurance-chômage* et « prestations spéciales » s’entend en outre des prestations visées aux articles 18 ou 20 de cette loi.

**59.** La Commission peut mettre sur pied des prestations d’emploi en vue d’aider les participants à obtenir un emploi, notamment des prestations visant à :

a) inciter les employeurs à les engager;

b) les encourager, au moyen d’incitatifs tels que les suppléments temporaires de revenu, à accepter un emploi;

c) les aider à créer leur entreprise ou à devenir travailleurs indépendants;

d) leur fournir des occasions d’emploi qui leur permettent d’acquérir une expérience de travail en vue

to improve their long-term employment prospects; and

(e) help them obtain skills for employment, ranging from basic to advanced skills.

60. (1) The Commission shall maintain a national employment service to provide information on employment opportunities across Canada to help workers find suitable employment and help employers find suitable workers.

(2) The Commission shall

(a) collect information concerning employment for workers and workers seeking employment and, to the extent the Commission considers necessary, make the information available with a view to assisting workers to obtain employment for which they are suited and assisting employers to obtain workers most suitable to their needs; and

(b) ensure that in referring a worker seeking employment there will be no discrimination on a prohibited ground of discrimination within the meaning of the *Canadian Human Rights Act* or because of political affiliation, but nothing in this paragraph prohibits the national employment service from giving effect to

(i) any limitation, specification or preference based on a *bona fide* occupational requirement, or

(ii) any special program, plan or arrangement mentioned in section 16 of the *Canadian Human Rights Act*.

(3) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations for the purposes of subsections (1) and (2).

(4) In support of the national employment service, the Commission may establish support measures to support

(a) organizations that provide employment assistance services to unemployed persons;

(b) employers, employee or employer associations, community groups and communities in developing and implementing strategies for dealing with labour force adjustments and meeting human resource requirements; and

d'améliorer leurs possibilités de trouver un emploi durable;

e) les aider à acquérir des compétences — de nature générale ou spécialisée — liées à l'emploi.

60. (1) La Commission maintient un service national de placement fournissant de l'information sur les possibilités d'emploi au Canada en vue d'aider les travailleurs à trouver un emploi convenable et les employeurs à trouver des travailleurs répondant à leurs besoins.

(2) La Commission doit :

a) recueillir des renseignements sur les emplois disponibles et sur les travailleurs en quête d'emploi et, dans la mesure où elle le juge nécessaire, mettre ces renseignements à la disposition des intéressés afin d'aider les travailleurs à obtenir des emplois correspondant à leurs aptitudes et les employeurs à trouver les travailleurs répondant le mieux à leurs besoins;

b) faire en sorte que les travailleurs mis en rapport avec un employeur éventuel ne soient l'objet d'aucune discrimination fondée sur des motifs de distinction illicite, au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ou sur les affiliations politiques; toutefois, le présent alinéa n'a pas pour effet d'interdire au service national de placement de donner effet :

(i) aux restrictions, conditions ou préférences fondées sur des exigences professionnelles justifiées;

(ii) aux programmes, plans ou arrangements spéciaux visés à l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

(3) La Commission peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, prendre des règlements pour l'application des paragraphes (1) et (2).

(4) À l'appui du service national de placement, la Commission peut mettre sur pied des mesures de soutien ayant pour but d'aider ou de soutenir :

a) les organismes qui offrent des services d'aide à l'emploi aux chômeurs;

b) les employeurs, les associations d'employés ou d'employeurs, les organismes communautaires et les collectivités à développer et à mettre en application des stratégies permettant de faire face aux changements au sein de la population active et de satisfaire aux exigences en matière de ressources humaines;

(c) research and innovative projects to identify better ways of helping persons prepare for, return to or keep employment and be productive participants in the labour force.

(5) Support measures established under paragraph (4)(b) shall not

(a) provide assistance for employed persons unless they are facing a loss of their employment; or

(b) provide direct federal government assistance for the provision of labour market training without the agreement of the government of the province in which the assistance is provided.

**61.** (1) For the purpose of implementing employment benefits and support measures, the Commission may, in accordance with terms and conditions approved by the Treasury Board, provide financial assistance in the form of

(a) grants or contributions;

(b) loans or loan guarantees;

(c) payments for any service provided at the request of the Commission; and

(d) vouchers to be exchanged for services and payments for the provision of the services.

(2) The Commission may not provide any financial assistance in a province in support of employment benefits mentioned in paragraph 59(e) without the agreement of the government of the province.

(3) Payments under paragraph (1)(c) include the following transitional payments, which may not be made under this section more than three years after it comes into force:

(a) payments to a public or private educational institution for providing a course or program of instruction or training at the request of the Commission under employment benefits authorized by paragraph 59(e); and

(b) payments to a province in respect of the course or program if it is provided by a public educational institution and there is an agreement between the government of the province and the Commission to remunerate the province for all or part of the cost of providing the course or program.

(c) la recherche et l'innovation afin de trouver de meilleures façons d'aider les personnes à devenir ou rester aptes à occuper ou à reprendre un emploi et à être des membres productifs du marché du travail.

(5) Les mesures prévues à l'alinéa (4)b) :

a) ne sont pas destinées à des employés, sauf s'ils risquent de perdre leur emploi;

b) ne peuvent fournir d'aide directe du gouvernement fédéral pour de la formation liée au marché du travail sans l'accord du gouvernement de la province intéressée.

**61.** (1) Afin de soutenir la mise en œuvre d'une prestation d'emploi ou d'une mesure de soutien, la Commission peut, conformément aux modalités approuvées par le Conseil du Trésor :

a) fournir des subventions et des contributions;

b) consentir des prêts ou se rendre caution de prêts;

c) payer toute personne pour les services fournis à sa demande;

d) émettre des bons échangeables contre des services et honorer ces bons.

(2) La Commission ne fournit aucun soutien financier à l'appui d'une prestation d'emploi prévue à l'alinéa 59e) sans l'accord du gouvernement de la province où cette prestation doit être mise en œuvre.

(3) Les paiements que peut faire la Commission au titre de l'alinéa (1)c) comprennent notamment les paiements ci-après, qui sont de nature transitoire et ne peuvent être faits plus de trois ans après la date d'entrée en vigueur du présent article :

a) le paiement des droits exigés par un établissement d'enseignement public ou privé pour dispenser les cours ou programmes d'instruction ou de formation qu'elle demande dans le cadre d'une prestation d'emploi prévue à l'alinéa 59e);

b) le versement à une province d'une indemnité afférente aux cours ou programmes si ceux-ci sont dispensés par un établissement d'enseignement public et qu'il existe, entre le gouvernement de cette province et la Commission, un accord visant l'indemnisation — totale ou partielle — de la province à l'égard des frais engagés pour dispenser ces cours ou programmes.

**66.** The Commission shall, with the approval of the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance, set the premium rate for each year at a rate that the Commission considers will, to the extent possible,

- (a) ensure that there will be enough revenue over a business cycle to pay the amounts authorized to be charged to the Employment Insurance Account; and
- (b) maintain relatively stable rate levels throughout the business cycle.

**71.** There shall be established in the accounts of Canada an account to be known as the Employment Insurance Account.

**72.** There shall be paid into the Consolidated Revenue Fund

- (a) all amounts received under Parts I and III to IX, as or on account of premiums, fines, penalties, interest, repayment of overpaid benefits and benefit repayment;
- (b) all amounts collected by the Commission for services rendered to other government departments or agencies or to the public; and
- (c) all amounts received on account of principal or interest on loans made by the Commission under Part II or as repayment of overpayments made by the Commission under that Part.

**73.** There shall be credited to the Employment Insurance Account and charged to the Consolidated Revenue Fund

- (a) an amount in each year equal to the amount receivable as or on account of premiums payable for that year under this Act;
- (b) any other amounts provided out of the Consolidated Revenue Fund appropriated by Parliament for any purpose related to employment insurance and administered by the Commission; and
- (c) an amount equal to all benefit repayments receivable under Part VII.

**66.** Pour chaque année, la Commission fixe, avec l'agrément du gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre et du ministre des Finances, le taux de cotisation qui, à son avis, permet le mieux, au cours d'un cycle économique, d'assurer un apport de revenus suffisant pour couvrir les débits autorisés sur le Compte d'assurance-emploi et maintenir une certaine stabilité des taux.

**71.** Est ouvert, parmi les comptes du Canada, un compte intitulé « Compte d'assurance-emploi ».

**72.** Sont versées au Trésor :

- a) toutes les sommes reçues en application des parties I et III à IX au titre des cotisations, amendes, pénalités, intérêts, remboursements des versements excédentaires de prestations ou remboursements de prestations;
- b) toutes les sommes perçues par la Commission pour services rendus à des ministères ou organismes du gouvernement ou au public;
- c) toutes les sommes reçues à titre de capital ou d'intérêts sur des prêts consentis par la Commission en application de la partie II ou à titre de remboursement de versements excédentaires faits par la Commission en application de cette partie.

**73.** Le Compte d'assurance-emploi est crédité et le Trésor est débité :

- a) chaque année d'une somme égale au montant à recevoir au titre des cotisations payables pour cette année en vertu de la présente loi;
- b) des autres sommes payées sur le Trésor et autorisées par affectation de crédits du Parlement qui sont destinées à toute fin relative à l'assurance-emploi relevant des fonctions de la Commission;
- c) d'un montant égal à tous les remboursements de prestations à recevoir en vertu de la partie VII.

*An Act to amend the Employment Insurance Act and the Employment Insurance (Fishing) Regulations, S.C. 2001, c. 5*

**9. The Act is amended by adding the following after section 66:**

**66.1** Notwithstanding section 66, the premium rate for each of the years 2002 and 2003 is the rate set for the year by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance.

*Budget Implementation Act, 2004, S.C. 2004, c. 22*

**25. The Employment Insurance Act is amended by adding the following after section 66.2:**

**66.3** Notwithstanding section 66, the premium rate for the year 2005 is the rate set for the year by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the Minister of Finance.

*Appeals allowed in part with costs.*

*Solicitors for the appellant Confédération des syndicats nationaux: Pepin et Roy, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc Crevier and Marie Langevin: Phillion Leblanc Beaudry, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Loi modifiant la Loi sur l'assurance-emploi et le Règlement sur l'assurance-emploi (pêche), L.C. 2001, ch. 5*

**9. La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 66, de ce qui suit :**

**66.1** Par dérogation à l'article 66, le taux de cotisation pour l'année 2002 et celui pour l'année 2003 sont fixés par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre et du ministre des Finances.

*Loi d'exécution du budget de 2004, L.C. 2004, ch. 22*

**25. La Loi sur l'assurance-emploi est modifiée par adjonction, après l'article 66.2, de ce qui suit :**

**66.3** Par dérogation à l'article 66, le taux de cotisation pour l'année 2005 est fixé par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre et du ministre des Finances.

*Pourvois accueillis en partie avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante la Confédération des syndicats nationaux : Pepin et Roy, Montréal.*

*Procureurs des appelants le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc., Jean-Marc Crevier et Marie Langevin : Phillion Leblanc Beaudry, Québec.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

**BCE Inc. and Bell Canada** *Appellants/  
Respondents on cross-appeals*

v.

**A Group of 1976 Debentureholders composed of: Aegon Capital Management Inc., Addenda Capital Inc., Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life Assurance Company of Canada, CIBC Global Asset Management Inc., Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Finance, Manitoba Civil Service Superannuation Board, TD Asset Management Inc. and Manulife Financial Corporation**

**A Group of 1996 Debentureholders composed of: Aegon Capital Management Inc., Addenda Capital Inc., Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life Insurance (Canada) Limited, CIBC Global Asset Management Inc., Manitoba Civil Service Superannuation Board and TD Asset Management Inc.**

**A Group of 1997 Debentureholders composed of: Addenda Capital Management Inc., Manulife Financial Corporation, Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life Assurance Company of Canada, CIBC Global Asset Management Inc., Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Finance, Wawanesa Life Insurance Company, TD Asset Management Inc., Franklin Templeton Investments Corp. and Barclays Global Investors Canada Limited** *Respondents/  
Appellants on cross-appeals*

and

**BCE Inc. et Bell Canada** *Appelantes/Intimées  
aux pourvois incidents*

c.

**Un groupe de détenteurs de débetures de 1976 composé de : Aegon Capital Management Inc., Addenda Capital Inc., Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, Gestion globale d'actifs CIBC inc., Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Finances, Régie de retraite de la fonction publique du Manitoba, Gestion de Placements TD inc. et Société Financière Manuvie**

**Un groupe de détenteurs de débetures de 1996 composé de : Aegon Capital Management Inc., Addenda Capital Inc., Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life Assurances (Canada) Limitée, Gestion globale d'actifs CIBC inc., Régie de retraite de la fonction publique du Manitoba et Gestion de Placements TD inc.**

**Un groupe de détenteurs de débetures de 1997 composé de : Addenda Capital Management Inc., Société Financière Manuvie, Phillips, Hager & North Investment Management Ltd., Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, Gestion globale d'actifs CIBC inc., Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Finances, Compagnie d'assurance-vie Wawanesa, Gestion de Placements TD inc., Société de Placements Franklin Templeton et Barclays Global Investors Canada Limited** *Intimés/Appelants aux pourvois incidents*

et

**Computershare Trust Company of  
Canada and CIBC Mellon Trust  
Company** *Respondents*

**Société de fiducie Computershare  
du Canada et Société de fiducie CIBC  
Mellon** *Intimées*

and

et

**Director Appointed Pursuant to the CBCA,  
Catalyst Asset Management Inc. and  
Matthew Stewart** *Intervenors*

**Directeur nommé en vertu de la LCSA,  
Catalyst Asset Management Inc. et Matthew  
Stewart** *Intervenants*

- and -

- et -

**6796508 Canada Inc.** *Appellant/Respondent  
on cross-appeals*

**6796508 Canada Inc.** *Appelante/Intimée aux  
pourvois incidents*

v.

c.

**A Group of 1976 Debentureholders composed  
of: Aegon Capital Management Inc.,  
Addenda Capital Inc., Phillips, Hager &  
North Investment Management Ltd., Sun  
Life Assurance Company of Canada, CIBC  
Global Asset Management Inc., Her Majesty  
the Queen in Right of Alberta, as represented  
by the Minister of Finance, Manitoba Civil  
Service Superannuation Board, TD Asset  
Management Inc. and Manulife Financial  
Corporation**

**Un groupe de détenteurs de débentures  
de 1976 composé de : Aegon Capital  
Management Inc., Addenda Capital Inc.,  
Phillips, Hager & North Investment  
Management Ltd., Sun Life du Canada,  
compagnie d'assurance-vie, Gestion globale  
d'actifs CIBC inc., Sa Majesté la Reine du  
chef de l'Alberta, représentée par le ministre  
des Finances, Régie de retraite de la fonction  
publique du Manitoba, Gestion de Placements  
TD inc. et Société Financière Manuvie**

**A Group of 1996 Debentureholders  
composed of: Aegon Capital Management  
Inc., Addenda Capital Inc., Phillips,  
Hager & North Investment Management Ltd.,  
Sun Life Insurance (Canada) Limited, CIBC  
Global Asset Management Inc., Manitoba  
Civil Service Superannuation Board and TD  
Asset Management Inc.**

**Un groupe de détenteurs de débentures  
de 1996 composé de : Aegon Capital  
Management Inc., Addenda Capital Inc.,  
Phillips, Hager & North Investment  
Management Ltd., Sun Life Assurances  
(Canada) Limitée, Gestion globale d'actifs  
CIBC inc., Régie de retraite de la fonction  
publique du Manitoba et Gestion de  
Placements TD inc.**

**A Group of 1997 Debentureholders composed  
of: Addenda Capital Management Inc.,  
Manulife Financial Corporation, Phillips,  
Hager & North Investment Management Ltd.,  
Sun Life Assurance Company of Canada,**

**Un groupe de détenteurs de débentures  
de 1997 composé de : Addenda Capital  
Management Inc., Société Financière  
Manuvie, Phillips, Hager & North Investment  
Management Ltd., Sun Life du Canada,**



**CIBC Global Asset Management Inc., Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Finance, Wawanesa Life Insurance Company, TD Asset Management Inc., Franklin Templeton Investments Corp. and Barclays Global Investors Canada Limited** *Respondents/Appellants on cross-appeals*

and

**Computershare Trust Company of Canada and CIBC Mellon Trust Company** *Respondents*

and

**Director Appointed Pursuant to the CBCA, Catalyst Asset Management Inc. and Matthew Stewart** *Intervenors*

**INDEXED AS: BCE INC. v. 1976 DEBENTUREHOLDERS**

**Neutral citation: 2008 SCC 69.**

File No.: 32647.

2008: June 17; 2008: June 20.

Reasons delivered: December 19, 2008.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache,\* Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

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

*Commercial law — Corporations — Oppression — Fiduciary duty of directors of corporation to act in accordance with best interests of corporation — Reasonable expectation of security holders of fair treatment — Directors approving change of control transaction which would affect economic interests of security holders — Whether evidence supported reasonable expectations*

\* Bastarache J. joined in the judgment of June 20, 2008, but took no part in these reasons for judgment.

**compagnie d'assurance-vie, Gestion globale d'actifs CIBC inc., Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Finances, Compagnie d'assurance-vie Wawanesa, Gestion de Placements TD inc., Société de Placements Franklin Templeton et Barclays Global Investors Canada Limited** *Intimés/Appellants aux pourvois incidents*

et

**Société de fiducie Computershare du Canada et Société de fiducie CIBC Mellon** *Intimées*

et

**Directeur nommé en vertu de la LCSA, Catalyst Asset Management Inc. et Matthew Stewart** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BCE INC. c. DÉTENTEURS DE DÉBENTURES DE 1976**

**Référence neutre : 2008 CSC 69.**

N<sup>o</sup> du greffe : 32647.

2008 : 17 juin; 2008 : 20 juin.

Motifs déposés : 19 décembre 2008.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache\*, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Obligation fiduciaire des administrateurs envers la société d'agir au mieux des intérêts de la société — Attente raisonnable des détenteurs de valeurs mobilières d'être traités équitablement — Approbation par les administrateurs d'une opération de changement de contrôle qui porterait atteinte aux intérêts financiers de*

\* Le juge Bastarache a pris part au jugement du 20 juin 2008, mais n'a pas pris part aux présents motifs de jugement.

*asserted by security holders — Whether reasonable expectation was violated by conduct found to be oppressive, unfairly prejudicial or that unfairly disregards a relevant interest — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 122(1)(a), 241.*

*Commercial law — Corporations — Plan of arrangement — Proposed plan of arrangement not arranging rights of security holders but affecting their economic interests — Whether plan of arrangement was fair and reasonable — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192.*

At issue is a plan of arrangement that contemplates the purchase of the shares of BCE Inc. (“BCE”) by a consortium of purchasers (the “Purchaser”) by way of a leveraged buyout. After BCE was put “in play”, an auction process was held and offers were submitted by three groups. All three offers contemplated the addition of a substantial amount of new debt for which Bell Canada, a wholly owned subsidiary of BCE, would be liable. BCE’s board of directors found that the Purchaser’s offer was in the best interests of BCE and BCE’s shareholders. Essentially, the arrangement provides for the compulsory acquisition of all of BCE’s outstanding shares. The price to be paid by the Purchaser represents a premium of approximately 40 percent over the market price of BCE shares at the relevant time. The total capital required for the transaction is approximately \$52 billion, \$38.5 billion of which will be supported by BCE. Bell Canada will guarantee approximately \$30 billion of BCE’s debt. The Purchaser will invest nearly \$8 billion of new equity capital in BCE.

The plan of arrangement was approved by 97.93 percent of BCE’s shareholders, but was opposed by a group of financial and other institutions that hold debentures issued by Bell Canada. These debentureholders sought relief under the oppression remedy under s. 241 of the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”). They also alleged that the arrangement was not “fair and reasonable” and opposed court approval of the arrangement under s. 192 of the CBCA. The crux of their complaints is that, upon the completion of the arrangement, the short-term trading value of the debentures would decline by an average of 20 percent and could lose investment grade status.

*détenteurs de valeurs mobilières — Les attentes raisonnables invoquées par les détenteurs de valeurs mobilières étaient-elles étayées par la preuve? — Une attente raisonnable a-t-elle été frustrée par un comportement constituant un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte d’un intérêt pertinent? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)(a), 241.*

*Droit commercial — Sociétés par actions — Plan d’arrangement — Plan d’arrangement proposé ne visant pas les droits de détenteurs de valeurs mobilières, mais portant atteinte à leurs intérêts financiers — Le plan d’arrangement était-il équitable et raisonnable? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 192.*

Le litige porte sur un plan d’arrangement concernant l’achat des actions de BCE Inc. (« BCE ») par un consortium (l’« acquéreur ») au moyen d’une acquisition par emprunt. BCE ayant été « mise en jeu », un processus d’enchères a été lancé et trois groupes ont présenté des offres. Chaque offre prévoyait une hausse sensible du niveau d’endettement de Bell Canada, une filiale en propriété exclusive de BCE. Le conseil d’administration de BCE a conclu que l’offre d’achat de l’acquéreur servait les intérêts de BCE et des actionnaires de BCE. Essentiellement, l’entente prévoit l’acquisition forcée de toutes les actions en circulation de BCE. Le prix offert par l’acquéreur représente une prime d’environ 40 p. 100 par rapport au cours de clôture des actions de BCE à la date pertinente. Le capital requis pour l’opération s’élève au total à environ 52 milliards de dollars, dont 38,5 milliards de dollars sont à la charge de BCE. Bell Canada fournira une garantie d’emprunt d’environ 30 milliards de dollars pour la dette de BCE. L’acquéreur investira près de 8 milliards de dollars de nouveaux capitaux propres dans BCE.

Les actionnaires de BCE ont approuvé l’entente dans une proportion de 97,93 p. 100, mais des détenteurs de débentures de Bell Canada, notamment des institutions financières, s’y sont opposés. Ces détenteurs de débentures ont intenté un recours pour abus prévu à l’art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA »). Ils ont aussi allégué que l’arrangement n’était pas « équitable et raisonnable » et contesté l’approbation de l’arrangement exigée par l’art. 192 LCSA. Leur principal argument est que, une fois la transaction achevée, la valeur marchande à court terme de leurs débentures fléchirait de 20 p. 100 en moyenne, et leurs débentures ne seraient plus cotées comme admissibles pour des placements.

The Quebec Superior Court approved the arrangement as fair and dismissed the claim for oppression. The Court of Appeal set aside that decision, finding the arrangement had not been shown to be fair and held that it should not have been approved. It held that the directors had not only the duty to ensure that the debentureholders' contractual rights would be respected, but also to consider their reasonable expectations which, in its view, required directors to consider whether the adverse impact on debentureholders' economic interests could be alleviated. Since the requirements of s. 192 of the *CBCA* were not met, the court found it unnecessary to consider the oppression claim. BCE and Bell Canada appealed the overturning of the trial judge's approval of the plan of arrangement, and the debentureholders cross-appealed the dismissal of the claims for oppression.

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

The s. 241 oppression action and the s. 192 requirement for court approval of a change to the corporate structure are different types of proceedings, engaging different inquiries. The Court of Appeal's decision rested on an approach that erroneously combined the substance of the s. 241 oppression remedy with the onus of the s. 192 arrangement approval process, resulting in a conclusion that could not have been sustained under either provision, read on its own terms. [47] [165]

### 1. *The Section 241 Oppression Remedy*

The oppression remedy focuses on harm to the legal and equitable interests of a wide range of stakeholders affected by oppressive acts of a corporation or its directors. This remedy gives a court a broad jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair. Oppression is also fact specific: what is just and equitable is judged by the reasonable expectations of the stakeholders in the context and in regard to the relationships at play. [45] [58-59]

In assessing a claim of oppression, a court must answer two questions: (1) Does the evidence support the reasonable expectation asserted by the claimant? and (2) Does the evidence establish that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard"

La Cour supérieure du Québec a approuvé l'arrangement, le jugeant équitable, et elle a rejeté la demande de redressement pour abus. La Cour d'appel a annulé cette décision, jugeant que le caractère équitable de l'arrangement n'avait pas été démontré et qu'il n'aurait pas dû être approuvé. Elle a statué que les administrateurs avaient l'obligation non seulement de s'assurer du respect des droits contractuels des détenteurs de débentures, mais aussi de tenir compte de leurs attentes raisonnables, ce qui, selon elle, les obligeait à examiner s'il était possible d'atténuer l'effet préjudiciable de l'arrangement sur les intérêts financiers des détenteurs de débentures. Les conditions fixées par l'art. 192 n'étant pas remplies, la cour a jugé inutile d'examiner la demande de redressement pour abus. BCE et Bell Canada ont interjeté appel de l'annulation de l'approbation du plan d'arrangement par le juge de première instance, et les détenteurs de débentures ont formé un appel incident contre le rejet des demandes de redressement pour abus.

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

La demande de redressement pour abus prévue à l'art. 241 et l'approbation judiciaire d'une modification de structure exigée par l'art. 192 sont des recours différents qui soulèvent des questions différentes. La décision de la Cour d'appel s'appuie sur un raisonnement qui combine à tort les éléments substantiels de la demande de redressement pour abus de l'art. 241 et le fardeau de la preuve applicable à l'approbation d'un arrangement exigée par l'art. 192, ce qui l'a menée à une conclusion qu'aucune de ces dispositions, isolément, n'aurait pu justifier. [47] [165]

### 1. *La demande de redressement pour abus prévue à l'art. 241*

La demande de redressement pour abus vise la réparation d'une atteinte aux intérêts en law ou en equity d'un vaste éventail de parties intéressées touchées par le comportement abusif d'une société ou de ses administrateurs. Ce recours confère au tribunal un vaste pouvoir d'imposer le respect non seulement du droit, mais de l'équité. Le sort d'une demande de redressement pour abus dépend en outre des faits : ce qui est juste et équitable est fonction des attentes raisonnables des parties intéressées compte tenu du contexte et des rapports entre les parties. [45] [58-59]

Le tribunal saisi d'une demande de redressement pour abus doit répondre à deux questions : (1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant? (2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement pouvant être qualifié d'« abus », de « préjudice injuste » ou d'« omission injuste

of a relevant interest? For the first question, useful factors from the case law in determining whether a reasonable expectation exists include: general commercial practice; the nature of the corporation; the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders. For the second question, a claimant must show that the failure to meet the reasonable expectation involved unfair conduct and prejudicial consequences under s. 241. [68] [72] [89] [95]

Where conflicting interests arise, it falls to the directors of the corporation to resolve them in accordance with their fiduciary duty to act in the best interests of the corporation. The cases on oppression, taken as a whole, confirm that this duty comprehends a duty to treat individual stakeholders affected by corporate actions equitably and fairly. There are no absolute rules and no principle that one set of interests should prevail over another. In each case, the question is whether, in all the circumstances, the directors acted in the best interests of the corporation, having regard to all relevant considerations, including — but not confined to — the need to treat affected stakeholders in a fair manner, commensurate with the corporation's duties as a responsible corporate citizen. Where it is impossible to please all stakeholders, it will be irrelevant that the directors rejected alternative transactions that were no more beneficial than the chosen one. [81-83]

Here, the debentureholders did not establish that they had a reasonable expectation that the directors of BCE would protect their economic interests by putting forth a plan of arrangement that would maintain the investment grade trading value of their debentures. The trial judge concluded that this expectation was not made out on the evidence, given the overall context of the relationship, the nature of the corporation, its situation as the target of a bidding war, the fact that the claimants could have protected themselves against reductions in market value by negotiating appropriate contractual terms, and that any statements by Bell Canada suggesting a commitment to retain investment grade ratings for the debentures were accompanied by warnings precluding such expectations. The trial judge recognized that the content of the directors' fiduciary duty to act in the best interests of the corporation was affected by the various interests at stake in the context of the auction process, and that they might have to approve transactions that were in the best interests of the corporation

de tenir compte » d'un intérêt pertinent? En ce qui a trait à la première question, les facteurs utiles d'appréciation d'une attente raisonnable qui ressortent de la jurisprudence incluent : les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées. En ce qui concerne la deuxième question, le plaignant doit prouver que le défaut de répondre à son attente raisonnable est imputable à une conduite injuste et qu'il en a résulté des conséquences préjudiciables au sens de l'art. 241. [68] [72] [89] [95]

Lorsque surgit un conflit d'intérêts, les administrateurs doivent le résoudre conformément à leur obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société. Dans son ensemble, la jurisprudence en matière d'abus confirme que cette obligation inclut le devoir de traiter de façon juste et équitable chaque partie intéressée touchée par les actes de la société. Il n'existe pas de règles absolues ni de principe voulant que les intérêts d'un groupe doivent prévaloir sur ceux d'un autre groupe. Il faut se demander chaque fois si, dans les circonstances, les administrateurs ont agi au mieux des intérêts de la société, en prenant en considération tous les facteurs pertinents, ce qui inclut, sans s'y limiter, la nécessité de traiter les parties intéressées touchées de façon équitable, conformément aux obligations de la société en tant qu'entreprise socialement responsable. Lorsqu'il est impossible de satisfaire toutes les parties intéressées, il importe peu que les administrateurs aient écarté d'autres transactions qui n'étaient pas plus avantageuses que celle qui a été choisie. [81-83]

En l'espèce, les détenteurs de débentures n'ont pas démontré qu'ils s'attendaient raisonnablement à ce que les administrateurs de BCE protègent leurs intérêts financiers en proposant un plan d'arrangement qui maintiendrait la valeur marchande de leurs débentures cotées comme admissibles pour des placements. Le juge de première instance a conclu que la preuve de cette attente n'avait pas été établie compte tenu du contexte global de la relation, de la nature de la société, de sa situation en tant que cible de plusieurs offres d'achat, du fait que les plaignants auraient pu se protéger eux-mêmes contre le fléchissement de la valeur marchande en négociant des clauses contractuelles appropriées et que les déclarations de Bell Canada concernant son engagement à conserver aux débentures une cote de placements admissibles s'accompagnaient de mises en garde excluant pareilles attentes. Le juge de première instance a reconnu que le contenu de l'obligation fiduciaire des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société dépendait des divers intérêts en jeu dans le contexte du processus

but which benefited some groups at the expense of others. All three competing bids required Bell Canada to assume additional debt. Under the business judgment rule, deference should be accorded to the business decisions of directors acting in good faith in performing the functions they were elected to perform. In this case, there was no error in the principles applied by the trial judge nor in his findings of fact. [96-100]

The debentureholders had also argued that they had a reasonable expectation that the directors would consider their economic interests in maintaining the trading value of the debentures. While the evidence, objectively viewed, supports a reasonable expectation that the directors would consider the position of the debentureholders in making their decisions on the various offers under consideration, it is apparent that the directors considered the interests of debentureholders, and concluded that while the contractual terms of the debentures would be honoured, no further commitments could be made. This fulfilled the duty of the directors to consider the debentureholders' interests and did not amount to "unfair disregard" of the interests of debentureholders. What the claimants contend is, in reality, an expectation that the directors would take positive steps to restructure the purchase in a way that would provide a satisfactory price to shareholders and preserve the high market value of the debentures. There was no evidence that it was reasonable to suppose this could be achieved, since all three bids involved a substantial increase in Bell Canada's debt. Commercial practice and reality also undermine their claim. Leveraged buyouts are not unusual or unforeseeable, and the debentureholders could have negotiated protections in their contracts. Given the nature and the corporate history of Bell Canada, it should not have been outside the contemplation of debentureholders that plans of arrangements could occur in the future. While the debentureholders rely on the past practice of maintaining the investment grade rating of the debentures, the events precipitating the leveraged buyout transaction were market realities affecting what were reasonable practices. No representations had been made to debentureholders upon which they could reasonably rely. [96] [102] [104-106] [108-110]

d'enchères et qu'ils pouvaient n'avoir d'autre choix que d'approuver des transactions qui, bien qu'elles servent au mieux les intérêts de la société, privilégieraient certains groupes au détriment d'autres groupes. Les trois offres concurrentes comportaient toutes un endettement supplémentaire de Bell Canada. La règle de l'appréciation commerciale commande la retenue à l'égard des décisions commerciales prises de bonne foi par les administrateurs dans l'exécution des fonctions pour lesquelles ils ont été élus. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son application des principes ni dans ses conclusions de fait. [96-100]

Les détenteurs de débetures avaient aussi fait valoir qu'ils s'attendaient raisonnablement à ce que les administrateurs tiennent compte de leurs intérêts financiers en préservant la valeur marchande des débetures. La preuve, considérée objectivement, permet de conclure qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que les administrateurs tiennent compte de la position des détenteurs de débetures dans leurs décisions sur les diverses offres à l'étude, mais ils ont manifestement pris en considération les intérêts des détenteurs de débetures et conclu qu'ils ne pouvaient prendre aucun autre engagement que celui de respecter les dispositions contractuelles rattachées aux débetures. Cela répondait à l'obligation des administrateurs de tenir compte des intérêts des détenteurs de débetures et ne constituait pas une « omission injuste de tenir compte » de leurs intérêts. Ce que les plaignants font valoir en réalité, c'est qu'ils comprenaient que les administrateurs adoptent des mesures concrètes pour restructurer l'acquisition de manière à assurer un prix d'achat satisfaisant pour les actionnaires et à préserver la valeur marchande élevée des débetures. Rien dans la preuve n'indique qu'il était raisonnable de supposer que ce résultat pouvait être atteint, puisque les trois offres comportaient toutes un accroissement substantiel de l'endettement de Bell Canada. La réalité et les pratiques commerciales affaiblissent aussi leur prétention. Les acquisitions par emprunt n'ont rien d'inhabituel ou d'imprévisible, et les détenteurs de débetures auraient pu négocier des mesures de protection contractuelles. Compte tenu de la nature et de l'historique de Bell Canada, les détenteurs de débetures devaient savoir que des arrangements pouvaient être conclus dans l'avenir. Bien que les détenteurs de débetures invoquent les pratiques antérieures selon lesquelles la cote des débetures comme admissibles pour des placements avait toujours été maintenue, les événements qui ont conduit à la transaction d'acquisition par emprunt faisaient partie des conditions du marché au gré desquelles les pratiques raisonnables peuvent changer. Aucune déclaration à laquelle les détenteurs de débetures auraient pu raisonnablement se fier ne leur avait été faite. [96] [102] [104-106] [108-110]

With respect to the duty on directors to resolve the conflicting interests of stakeholders in a fair manner that reflected the best interests of the corporation, the corporation's best interests arguably favoured acceptance of the offer at the time. The trial judge accepted the evidence that Bell Canada needed to undertake significant changes to be successful, and the momentum of the market made a buyout inevitable. Considering all the relevant factors, the debentureholders failed to establish a reasonable expectation that could give rise to a claim for oppression. [111-113]

## 2. *The Section 192 Approval Process*

The s. 192 approval process is generally applicable to change of control transactions where the arrangement is sponsored by the directors of the target company and the goal is to require some or all shareholders to surrender their shares. The approval process focuses on whether the arrangement, viewed objectively, is fair and reasonable. Its purpose is to permit major changes in corporate structure to be made while ensuring that individuals whose rights may be affected are treated fairly, and its spirit is to achieve a fair balance between conflicting interests. In seeking court approval of an arrangement, the onus is on the corporation to establish that (1) the statutory procedures have been met; (2) the application has been put forth in good faith; and (3) the arrangement is "fair and reasonable". [119] [126] [128] [137]

To approve a plan of arrangement as fair and reasonable, courts must be satisfied that (a) the arrangement has a valid business purpose, and (b) the objections of those whose legal rights are being arranged are being resolved in a fair and balanced way. Whether these requirements are met is determined by taking into account a variety of relevant factors, including the necessity of the arrangement to the corporation's continued existence, the approval, if any, of a majority of shareholders and other security holders entitled to vote, and the proportionality of the impact on affected groups. Where there has been no vote, courts may consider whether an intelligent and honest business person, as a member of the class concerned and acting in his or her own interest, might reasonably approve of the plan. Courts must focus on the terms and impact of the arrangement itself, rather than the process by which it was reached, and must be satisfied that the burden imposed by the arrangement on security holders is justified by the interests of the corporation. Courts on a

En ce qui a trait à l'obligation des administrateurs de résoudre les conflits entre parties intéressées de façon équitable conformément aux intérêts de la société, il est possible de soutenir que les intérêts de la société favorisaient à l'époque l'acceptation de l'offre. Le juge de première instance a retenu la preuve tendant à démontrer que Bell Canada devait procéder à des changements substantiels pour continuer à prospérer et la dynamique du marché rendait l'acquisition inévitable. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, les détenteurs de débentures n'ont pas démontré qu'ils avaient une attente raisonnable pouvant donner ouverture à une demande de redressement pour abus. [111-113]

## 2. *Le processus d'approbation prévu à l'art. 192*

Le processus d'approbation prévu à l'art. 192 s'applique en général aux changements de contrôle lorsque l'arrangement est appuyé par les administrateurs de la société ciblée et vise la remise d'une partie ou de la totalité des actions. Le processus d'approbation est axé sur la question de savoir si l'arrangement est équitable et raisonnable, d'un point de vue objectif. Il a pour but de permettre la réalisation de changements importants dans la structure d'une société tout en assurant un traitement équitable aux personnes dont les droits peuvent être touchés, et l'esprit du processus consiste à établir un juste équilibre entre des intérêts opposés. La société qui demande l'approbation d'un arrangement doit convaincre le tribunal que : (1) la procédure prévue par la loi a été suivie, (2) la demande a été soumise de bonne foi et (3) l'arrangement est « équitable et raisonnable ». [119] [126] [128] [137]

Pour approuver un plan d'arrangement, parce qu'il le juge équitable et raisonnable, un tribunal doit être convaincu que l'arrangement a) poursuit un objectif commercial légitime et b) répond de façon équitable et équilibrée aux objections de ceux dont les droits sont visés. Pour décider si un arrangement répond à ces critères, on tient compte de divers facteurs pertinents, dont la nécessité de l'arrangement pour la continuité de la société, l'approbation du plan par la majorité des actionnaires et des autres détenteurs de valeurs mobilières ayant droit de vote, le cas échéant, et la proportionnalité des effets du plan sur les groupes touchés. En l'absence de vote, les tribunaux peuvent se demander si une femme ou un homme d'affaires intelligent et honnête, en tant que membre de la catégorie en cause et agissant dans son propre intérêt, approuverait raisonnablement le plan. Le tribunal doit s'attacher aux modalités et aux effets de l'arrangement lui-même plutôt qu'au processus suivi pour y parvenir, et être convaincu que l'intérêt de la société justifie le fardeau imposé par

s. 192 application should refrain from substituting their views of the “best” arrangement, but should not surrender their duty to scrutinize the arrangement. [136] [138] [145] [151] [154-155]

The purpose of s. 192 suggests that only security holders whose legal rights stand to be affected by the proposal are envisioned. It is the fact that the corporation is permitted to alter individual rights that places the matter beyond the power of the directors and creates the need for shareholder and court approval. However, in some circumstances, interests that are not strictly legal could be considered. The fact that a group whose legal rights are left intact faces a reduction in the trading value of its securities generally does not, without more, constitute a circumstance where non-legal interests should be considered on a s. 192 application. [133-135]

Here, the debentureholders no longer argue that the arrangement lacks a valid business purpose. The debate focuses on whether the objections of those whose rights are being arranged were resolved in a fair and balanced way. Since only their economic interests were affected by the proposed transaction, not their legal rights, and since they did not fall within an exceptional situation where non-legal interests should be considered under s. 192, the debentureholders did not constitute an affected class under s. 192, and the trial judge was correct in concluding that they should not be permitted to veto almost 98 percent of the shareholders simply because the trading value of their securities would be affected. Although not required, it remained open to the trial judge to consider the debentureholders’ economic interests, and he did not err in concluding that the arrangement addressed the debentureholders’ interests in a fair and balanced way. The arrangement did not fundamentally alter the debentureholders’ rights, as the investment and return they contracted for remained intact. It was well known that alteration in debt load could cause fluctuations in the trading value of the debentures, and yet the debentureholders had not contracted against this contingency. It was clear to the judge that the continuance of the corporation required acceptance of an arrangement that would entail increased debt and debt guarantees by Bell Canada. No superior arrangement had been put forward and BCE had been assisted throughout by expert legal and financial advisors. Recognizing that there is no such thing as a perfect arrangement, the trial judge correctly concluded that the arrangement

l’arrangement aux détenteurs de valeurs mobilières. Les tribunaux appelés à approuver un plan en vertu de l’art. 192 doivent s’abstenir d’y substituer leur propre conception du « meilleur » arrangement, mais ne doivent pas renoncer pour autant à s’acquitter de leur obligation d’examiner l’arrangement. [136] [138] [145] [151] [154-155]

L’objet de l’art. 192 laisse croire qu’il ne vise que les détenteurs de valeurs mobilières dont les droits sont touchés par la proposition. C’est le fait que la société puisse modifier les droits des parties qui place la transaction hors du ressort des administrateurs et engendre la nécessité d’obtenir l’approbation des actionnaires et du tribunal. Toutefois, dans certaines circonstances, des intérêts qui ne constituent pas des droits à strictement parler peuvent être pris en considération. Une diminution possible de la valeur marchande des valeurs mobilières d’un groupe dont les droits demeurent par ailleurs intacts ne constitue généralement pas, à elle seule, une situation où de simples intérêts doivent être pris en compte pour l’examen d’une demande sous le régime de l’art. 192. [133-135]

En l’espèce, les détenteurs de débetures ne contestent plus que l’arrangement poursuive un objectif commercial légitime. Le débat porte sur la question de savoir si les objections de ceux dont les droits sont visés par l’arrangement ont été résolues de façon équitable et équilibrée. Puisque la transaction proposée touchait uniquement les intérêts financiers des détenteurs de débetures, et non leurs droits, et puisqu’ils ne se trouvaient pas dans des circonstances particulières commandant la prise en compte de simples intérêts sous le régime de l’art. 192, les détenteurs de débetures ne constituaient pas une catégorie touchée pour l’application de cette disposition et le juge de première instance était fondé à conclure qu’ils ne pouvaient être autorisés à opposer un veto à près de 98 p. 100 des actionnaires simplement parce que la transaction pouvait avoir des répercussions négatives sur la valeur de leurs titres. Même s’il n’en avait pas l’obligation, le juge de première instance avait le droit de tenir compte des intérêts financiers des détenteurs de débetures et il n’a pas commis d’erreur en concluant que l’arrangement répondait de façon équitable et équilibrée aux intérêts des détenteurs de débetures. L’arrangement ne modifiait pas fondamentalement les droits des détenteurs de débetures, l’investissement et le rendement prévus par leur contrat demeurant inchangés. Il était bien connu qu’une variation de l’endettement pouvait faire fluctuer la valeur marchande des débetures et les détenteurs de débetures ne se sont malgré tout pas prémunis contractuellement contre cette éventualité. Il était clair pour le juge que, pour la continuité de la société, l’approbation

had been shown to be fair and reasonable. [157] [161] [163-164]

### Cases Cited

**Referred to:** *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68; *Bradbury v. English Sewing Cotton Co.*, [1923] A.C. 744; *Zwicker v. Stanbury*, [1953] 2 S.C.R. 438; *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Kerr v. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 331, 2007 SCC 44; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer*, [1959] A.C. 324; *Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36; *Stech v. Davies*, [1987] 5 W.W.R. 563; *First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 40 B.L.R. 28, var'd (1989), 45 B.L.R. 110; *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Westfair Foods Ltd. v. Watt* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48; *Wright v. Donald S. Montgomery Holdings Ltd.* (1998), 39 B.L.R. (2d) 266; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368; *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360; *Main v. Delcan Group Inc.* (1999), 47 B.L.R. (2d) 200; *GATX Corp. v. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251; *Adecco Canada Inc. v. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275; *SCI Systems Inc. v. Gornitzki Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300, var'd (1998), 110 O.A.C. 160; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 200 D.L.R. (4th) 289, leave to appeal refused, [2002] 1 S.C.R. vi; *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 718; *Gibbons v. Medical Carriers Ltd.* (2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229; *Alberta Treasury Branches v. SevenWay Capital Corp.* (1999), 50 B.L.R. (2d) 294, aff'd (2000), 8 B.L.R. (3d) 1, 2000 ABCA 194; *Lyall v. 147250 Canada Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 304; *Tsui v. International Capital Corp.*, [1993] 4 W.W.R. 613, aff'd (1993), 113 Sask. R. 3; *Deutsche Bank Canada v. Oxford Properties Group Inc.* (1998), 40 B.L.R. (2d) 302; *Themadel Foundation v. Third Canadian Investment Trust Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 7, var'd (1998), 38 O.R. (3d) 749; *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (1986); *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (1985); *Trizec Corp., Re* (1994), 21 Alta. L.R. (3d)

d'un arrangement comportant un accroissement de l'endettement et des garanties à la charge de Bell Canada était nécessaire. Aucun arrangement supérieur n'avait été soumis et BCE avait bénéficié, pendant tout le processus, des conseils de spécialistes du droit et de la finance. Reconnaisant qu'il n'existe pas d'arrangement parfait, le juge de première instance a conclu à bon droit que le caractère équitable et raisonnable de l'arrangement avait été démontré. [157] [161] [163-164]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68; *Bradbury c. English Sewing Cotton Co.*, [1923] A.C. 744; *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331, 2007 CSC 44; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. c. Meyer*, [1959] A.C. 324; *Diligenti c. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36; *Stech c. Davies*, [1987] 5 W.W.R. 563; *First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 40 B.L.R. 28, mod. par (1989), 45 B.L.R. 110; *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Westfair Foods Ltd. c. Watt* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48; *Wright c. Donald S. Montgomery Holdings Ltd.* (1998), 39 B.L.R. (2d) 266; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368; *Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360; *Main c. Delcan Group Inc.* (1999), 47 B.L.R. (2d) 200; *GATX Corp. c. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251; *Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275; *SCI Systems Inc. c. Gornitzki Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300, mod. par (1998), 110 O.A.C. 160; *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 200 D.L.R. (4th) 289, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 1 R.C.S. vi; *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 718; *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.* (2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229; *Alberta Treasury Branches c. SevenWay Capital Corp.* (1999), 50 B.L.R. (2d) 294, conf. par (2000), 8 B.L.R. (3d) 1, 2000 ABCA 194; *Lyall c. 147250 Canada Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 304; *Tsui c. International Capital Corp.*, [1993] 4 W.W.R. 613, conf. par (1993), 113 Sask. R. 3; *Deutsche Bank Canada c. Oxford Properties Group Inc.* (1998), 40 B.L.R. (2d) 302; *Themadel Foundation c. Third Canadian Investment Trust Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 7, mod. par (1998), 38 O.R. (3d) 749; *Revlon, Inc. c. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (1986); *Unocal Corp. c. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d



435; *Pacifica Papers Inc. v. Johnstone* (2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069; *Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à)*, [2007] Q.J. No. 16158 (QL), 2007 QCCS 6830; *Canadian Pacific Ltd. (Re)* (1990), 73 O.R. (2d) 212; *Cinar Corp. v. Shareholders of Cinar Corp.* (2004), 4 C.B.R. (5th) 163; *PetroKazakhstan Inc. v. Lukoil Overseas Kumkol B.V.* (2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789; *St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re)*, [1998] O.J. No. 3934 (QL); *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co.*, [1891] 1 Ch. 213; *Stelco Inc., Re* (2006), 18 C.B.R. (5th) 173; *UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496, aff'd (2004), 42 B.L.R. (3d) 34.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 102(1), 122, 192, 239, 241.  
*Companies Act Amending Act, 1923*, S.C. 1923, c. 39, s. 4.

### Authors Cited

Canada. Consumer and Corporate Affairs Canada. *Detailed background paper for an Act to amend the Canada Business Corporations Act*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977.  
 Canada. Industry Canada. Corporations Canada. *Policy concerning Arrangements Under Section 192 of the CBCA: Policy Statement 15.1*. Ottawa: Industry Canada, November 7, 2003 (online: [www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-en/cs01073e.html](http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-en/cs01073e.html)).  
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. I. Ottawa: Information Canada, 1971.  
 Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.  
 Nicholls, Christopher C. *Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control*. Toronto: Irwin Law, 2007.  
 Shapira, G. "Minority Shareholders' Protection — Recent Developments" (1982), 10 *N.Z. Univ. L. Rev.* 134.  
 Veasey, E. Norman, with Christine T. Di Guglielmo. "What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments" (2005), 153 *U. Pa. L. Rev.* 1399.

APPEALS and CROSS-APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Otis, Nuss, Pelletier and Dalphond J.J.A.), [2008]

946 (1985); *Trizec Corp., Re* (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 435; *Pacifica Papers Inc. c. Johnstone* (2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069; *Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à)*, [2007] J.Q. n° 16158 (QL), 2007 QCCS 6830; *Canadian Pacific Ltd. (Re)* (1990), 73 O.R. (2d) 212; *Cinar Corp. c. Shareholders of Cinar Corp.* (2004), 4 C.B.R. (5th) 163; *PetroKazakhstan Inc. c. Lukoil Overseas Kumkol B.V.* (2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789; *St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re)*, [1998] O.J. No. 3934 (QL); *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co.*, [1891] 1 Ch. 213; *Stelco Inc., Re* (2006), 18 C.B.R. (5th) 173; *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496, conf. par (2004), 42 B.L.R. (3d) 34.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 102(1), 122, 192, 239, 241.  
*Loi de 1923 modifiant la Loi des compagnies*, S.C. 1923, ch. 39, art. 4.

### Doctrine citée

Canada. Consommation et Corporations Canada. *Exposé détaillé d'une Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1977.  
 Canada. Industrie Canada. Corporations Canada. *Politique à l'égard des arrangements pris en vertu de l'article 192 de la LCSA: Énoncé de politique 15.1*. Ottawa: Industrie Canada, 7 novembre 2003 (en ligne: [www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-fr/cs01073f.html](http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/site/cd-dgc.nsf/print-fr/cs01073f.html)).  
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I. Ottawa: Information Canada, 1971.  
 Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.  
 Nicholls, Christopher C. *Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control*. Toronto: Irwin Law, 2007.  
 Shapira, G. « Minority Shareholders' Protection — Recent Developments » (1982), 10 *N.Z. Univ. L. Rev.* 134.  
 Veasey, E. Norman, with Christine T. Di Guglielmo. « What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments » (2005), 153 *U. Pa. L. Rev.* 1399.

POURVOIS PRINCIPAUX et POURVOIS INCIDENTS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Otis,

R.J.Q. 1298, 43 B.L.R. (4th) 157, [2008] Q.J. No. 4173 (QL), 2008 CarswellQue 4179, 2008 QCCA 935; [2008] Q.J. No. 4170 (QL), 2008 QCCA 930; [2008] Q.J. No. 4171 (QL), 2008 QCCA 931; [2008] Q.J. No. 4172 (QL), 2008 QCCA 932; [2008] Q.J. No. 4174 (QL), 2008 QCCA 933; [2008] Q.J. No. 4175 (QL), 2008 QCCA 934, setting aside decisions by Silcoff J., [2008] R.J.Q. 1029, 43 B.L.R. (4th) 39, [2008] Q.J. No. 4376 (QL), 2008 CarswellQue 1805, 2008 QCCS 898; (2008), 43 B.L.R. (4th) 69, [2008] Q.J. No. 1728 (QL), 2008 CarswellQue 2226, 2008 QCCS 899; [2008] R.J.Q. 1097, 43 B.L.R. (4th) 1, [2008] Q.J. No. 1788 (QL), 2008 CarswellQue 2227, 2008 QCCS 905; (2008), 43 B.L.R. (4th) 135, [2008] Q.J. No. 1789 (QL), 2008 CarswellQue 2228, 2008 QCCS 906; [2008] R.J.Q. 1119, 43 B.L.R. (4th) 79, [2008] Q.J. No. 1790 (QL), 2008 CarswellQue 2229, 2008 QCCS 907. Appeals allowed and cross-appeals dismissed.

*Guy Du Pont, Kent E. Thomson, William Brock, James Doris, Louis-Martin O'Neill, Pierre Bienvenu and Steve Tenai*, for the appellants/respondents on cross-appeals BCE Inc. and Bell Canada.

*Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel, James A. Woods and Christopher L. Richter*, for the appellant/respondent on cross-appeals 6796508 Canada Inc.

*John Finnigan, John Porter, Avram Fishman and Mark Meland*, for the respondents/appellants on cross-appeals Group of 1976 Debentureholders and Group of 1996 Debentureholders.

*Markus Koehnen, Max Mendelsohn, Paul Macdonald, Julien Brazeau and Erin Cowling*, for the respondent/appellant on cross-appeals Group of 1997 Debentureholders.

Written submissions only by *Robert Tessier and Ronald Auclair*, for the respondent Computershare Trust Company of Canada.

*Christian S. Tacit*, for the intervener Catalyst Asset Management Inc.

Nuss, Pelletier et Dalphond), [2008] R.J.Q. 1298, 43 B.L.R. (4th) 157, [2008] J.Q. n° 4173 (QL), 2008 CarswellQue 4179, 2008 QCCA 935; [2008] J.Q. n° 4170 (QL), 2008 QCCA 930; [2008] J.Q. n° 4171 (QL), 2008 QCCA 931; [2008] J.Q. n° 4172 (QL), 2008 QCCA 932; [2008] J.Q. n° 4174 (QL), 2008 QCCA 933; [2008] J.Q. n° 4175 (QL), 2008 QCCA 934, qui ont infirmé des décisions du juge Silcoff, [2008] R.J.Q. 1029, 43 B.L.R. (4th) 39, [2008] J.Q. n° 4376 (QL), 2008 CarswellQue 1805, 2008 QCCS 898; (2008), 43 B.L.R. (4th) 69, [2008] J.Q. n° 1728 (QL), 2008 CarswellQue 2226, 2008 QCCS 899; [2008] R.J.Q. 1097, 43 B.L.R. (4th) 1, [2008] J.Q. n° 1788 (QL), 2008 CarswellQue 2227, 2008 QCCS 905; (2008), 43 B.L.R. (4th) 135, [2008] J.Q. n° 1789 (QL), 2008 CarswellQue 2228, 2008 QCCS 906; [2008] R.J.Q. 1119, 43 B.L.R. (4th) 79, [2008] J.Q. n° 1790 (QL), 2008 CarswellQue 2229, 2008 QCCS 907. Pourvois principaux accueillis et pourvois incidents rejetés.

*Guy Du Pont, Kent E. Thomson, William Brock, James Doris, Louis-Martin O'Neill, Pierre Bienvenu et Steve Tenai*, pour les appelantes/intimées aux pourvois incidents BCE Inc. et Bell Canada.

*Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel, James A. Woods et Christopher L. Richter*, pour l'appelante/intimée aux pourvois incidents 6796508 Canada Inc.

*John Finnigan, John Porter, Avram Fishman et Mark Meland*, pour les intimés/appellants aux pourvois incidents un groupe de détenteurs de débentures de 1976 et un groupe de détenteurs de débentures de 1996.

*Markus Koehnen, Max Mendelsohn, Paul Macdonald, Julien Brazeau et Erin Cowling*, pour l'intimé/appelant aux pourvois incidents un groupe de détenteurs de débentures de 1997.

Argumentation écrite seulement par *Robert Tessier et Ronald Auclair*, pour l'intimée la Société de fiducie Computershare du Canada.

*Christian S. Tacit*, pour l'intervenante Catalyst Asset Management Inc.

*Raynold Langlois, Q.C., and Gerald Apostolatos,*  
for the intervener Matthew Stewart.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

### I. Introduction

[1] These appeals arise out of an offer to purchase all shares of BCE Inc. (“BCE”), a large telecommunications corporation, by a group headed by the Ontario Teachers Pension Plan Board (“Teachers”), financed in part by the assumption by Bell Canada, a wholly owned subsidiary of BCE, of a \$30 billion debt. The leveraged buyout was opposed by debentureholders of Bell Canada on the ground that the increased debt contemplated by the purchase agreement would reduce the value of their bonds. Upon request for court approval of an arrangement under s. 192 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), the debentureholders argued that it should not be found to be fair. They also opposed the arrangement under s. 241 of the CBCA on the ground that it was oppressive to them.

[2] The Quebec Superior Court, *per* Silcoff J., approved the arrangement as fair under the CBCA and dismissed the claims for oppression. The Quebec Court of Appeal found that the arrangement had not been shown to be fair and held that it should not have been approved. Thus, it found it unnecessary to consider the oppression claim.

[3] On June 20, 2008, this Court allowed the appeals from the Court of Appeal’s disapproval of the arrangement and dismissed two cross-appeals from the dismissal of the claims for oppression, with reasons to follow. These are those reasons.

*Raynold Langlois, c.r., et Gerald Apostolatos,*  
pour l’intervenant Matthew Stewart.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

### I. Introduction

[1] Les pourvois ont pour origine une offre d’acquisition visant la totalité des actions d’une grande société de télécommunications, BCE Inc. (« BCE »), offre émanant d’un groupe mené par le Conseil du régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l’Ontario (« RREO ») et financée en partie par la prise en charge d’une dette de 30 milliards de dollars par Bell Canada, filiale en propriété exclusive de BCE. Les détenteurs de débentures de Bell Canada se sont opposés à l’acquisition par emprunt, soutenant que l’augmentation de la dette prévue par la convention d’acquisition réduirait la valeur de leurs obligations. Lors de l’examen de la demande d’approbation d’un arrangement exigée par l’art. 192 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« LCSA »), ils ont fait valoir que l’arrangement ne devait pas être jugé équitable. Ils ont également plaidé qu’il constituait un abus de leurs droits au sens de l’art. 241 de la LCSA.

[2] Le juge Silcoff de la Cour supérieure du Québec a conclu au caractère équitable de l’arrangement, l’a approuvé et a rejeté les demandes de redressement pour abus. La Cour d’appel du Québec a jugé que le caractère équitable de l’arrangement n’avait pas été démontré et que l’arrangement n’aurait pas dû être approuvé. Elle n’a donc pas jugé utile d’examiner la demande de redressement pour abus.

[3] Le 20 juin 2008, notre Cour a accueilli les pourvois interjetés contre le refus de la Cour d’appel d’approuver l’arrangement et elle a rejeté deux pourvois incidents formés à l’encontre du rejet des demandes de redressement pour abus, avec motifs à suivre. Voici maintenant ces motifs.

## II. Facts

[4] At issue is a plan of arrangement valued at approximately \$52 billion, for the purchase of the shares of BCE by way of a leveraged buyout. The arrangement was opposed by a group, comprised mainly of financial institutions, that hold debentures issued by Bell Canada. The crux of their complaints is that the arrangement would diminish the trading value of their debentures by an average of 20 percent, while conferring a premium of approximately 40 percent on the market price of BCE shares.

[5] Bell Canada was incorporated in 1880 by a special Act of the Parliament of Canada. The corporation was subsequently continued under the *CBCA*. BCE, a management holding company, was incorporated in 1970 and continued under the *CBCA* in 1979. Bell Canada became a wholly owned subsidiary of BCE in 1983 pursuant to a plan of arrangement under which Bell Canada's shareholders surrendered their shares in exchange for shares of BCE. BCE and Bell Canada are separate legal entities with separate charters, articles and bylaws. Since January 2003, however, they have shared a common set of directors and some senior officers.

[6] At the time relevant to these proceedings, Bell Canada had \$7.2 billion in outstanding long-term debt comprised of debentures issued pursuant to three trust indentures: the 1976, the 1996 and the 1997 trust indentures. The trust indentures contain neither change of control nor credit rating covenants, and specifically allow Bell Canada to incur or guarantee additional debt subject to certain limitations.

[7] Bell Canada's debentures were perceived by investors to be safe investments and, up to the time of the proposed leveraged buyout, had maintained an investment grade rating. The debentureholders are some of Canada's largest and most reputable financial institutions, pension funds and insurance

## II. Les faits

[4] Le litige porte sur un plan d'arrangement d'une valeur approximative de 52 milliards de dollars concernant l'achat des actions de BCE au moyen d'une acquisition par emprunt. Un groupe de détenteurs de débentures, composé principalement d'institutions financières, s'est opposé à l'arrangement. Son principal argument est que l'arrangement ferait fléchir la valeur marchande de leurs débentures de 20 p. 100 en moyenne, tout en permettant aux actionnaires de toucher une prime d'environ 40 p. 100 par rapport au cours des actions de BCE.

[5] Bell Canada a été constituée en société en 1880 par une loi spéciale du Parlement du Canada. Elle a ensuite été prorogée en vertu de la *LCSA*. BCE est une société de portefeuille de gestion qui a été constituée en 1970, puis prorogée en vertu de la *LCSA* en 1979. Bell Canada est devenue une filiale en propriété exclusive de BCE en 1983, conformément à un plan d'arrangement en vertu duquel les actionnaires de Bell Canada ont reçu des actions de BCE en échange de leurs actions. BCE et Bell Canada sont des entités juridiques distinctes possédant chacune leurs propres chartes, statuts constitutifs et règlements administratifs. Depuis janvier 2003, elles ont les mêmes administrateurs et quelques hauts dirigeants en commun.

[6] À l'époque pertinente pour l'examen des pourvois, Bell Canada avait une dette à long terme de 7,2 milliards de dollars composée de débentures émises en vertu de trois actes de fiducie établis respectivement en 1976, 1996 et 1997. Ces actes ne comportent aucune disposition concernant le changement de contrôle ou la cote financière et ils autorisent expressément Bell Canada à contracter ou à garantir de nouvelles dettes sous réserve de certaines restrictions.

[7] Les débentures de Bell Canada étaient considérées comme des placements sûrs par les investisseurs et, jusqu'à la proposition d'acquisition par emprunt, elles étaient cotées admissibles pour des placements. Les détenteurs de débentures sont des institutions financières, des caisses de retraite et

companies. They are major participants in the debt markets and possess an intimate and historic knowledge of the financial markets.

[8] A number of technological, regulatory and competitive changes have significantly altered the industry in which BCE operates. Traditionally highly regulated and focused on circuit-switch line telephone service, the telecommunication industry is now guided primarily by market forces and characterized by an ever-expanding group of market participants, substantial new competition and increasing expectations regarding customer service. In response to these changes, BCE developed a new business plan by which it would focus on its core business, telecommunications, and divest its interest in unrelated businesses. This new business plan, however, was not as successful as anticipated. As a result, the shareholder returns generated by BCE remained significantly less than the ones generated by its competitors.

[9] Meanwhile, by the end of 2006, BCE had large cash flows and strong financial indicators, characteristics perceived by market analysts to make it a suitable target for a buyout. In November 2006, BCE was made aware that Kohlberg Kravis Roberts & Co. (“KKR”), a United States private equity firm, might be interested in a transaction involving BCE. Mr. Michael Sabia, President and Chief Executive Officer of BCE, contacted KKR to inform them that BCE was not interested in pursuing such a transaction at that time.

[10] In February 2007, new rumours surfaced that KKR and the Canada Pension Plan Investment Board were arranging financing to initiate a bid for BCE. Shortly thereafter, additional rumours began to circulate that an investment banking firm was assisting Teachers with a potential transaction involving BCE. Mr. Sabia, after meeting with

des sociétés d’assurance comptant parmi les plus importantes et les plus renommées du Canada. Ce sont des participants d’envergure dans les marchés de la dette, qui ont une expérience approfondie et une connaissance historique des marchés financiers.

[8] Le secteur d’activité de BCE a connu des changements d’ordre technologique, réglementaire et concurrentiel qui en ont profondément modifié le cadre. Auparavant très réglementée et axée sur la téléphonie classique par ligne téléphonique, l’industrie des télécommunications obéit aujourd’hui principalement aux forces du marché et se caractérise par l’augmentation continue des participants, l’arrivée de nouveaux concurrents et des attentes croissantes en matière de services aux consommateurs. Pour s’ajuster à ces changements, BCE a établi un nouveau plan d’entreprise mettant l’accent sur son activité centrale, les télécommunications, et prévoyant l’abandon de sa participation dans des entreprises non liées à ce secteur. Ce plan, toutefois, n’a pas donné les résultats escomptés, de sorte que les gains des actionnaires de BCE sont demeurés beaucoup moindres que ceux des actionnaires de ses concurrents.

[9] En outre, à la fin de 2006, BCE disposait d’un important flux de trésorerie et ses indicateurs financiers étaient très positifs, caractéristiques qui en faisaient une cible toute désignée pour une acquisition aux yeux des analystes financiers. Au mois de novembre 2006, BCE a appris que Kohlberg Kravis Roberts & Co. (« KKR »), une société américaine gérant un fonds privé d’investissement, pouvait être intéressée par une transaction visant BCE. Monsieur Michael Sabia, président et chef de la direction de BCE, a pris contact avec KKR pour lui indiquer que BCE n’était alors pas intéressée par une telle transaction.

[10] Au mois de février 2007, la rumeur que KKR et l’Office d’investissement du régime de pensions du Canada préparaient le montage financier d’une offre d’achat de BCE a recommencé à courir. Peu après, d’autres rumeurs se sont propagées, selon lesquelles une société bancaire d’investissement assistait le RREO relativement à une éventuelle

BCE's board of directors ("Board"), contacted the representatives of both KKR and Teachers to reiterate that BCE was not interested in pursuing a "going-private" transaction at the time because it was set on creating shareholder value through the execution of its 2007 business plan.

[11] On March 29, 2007, after an article appeared on the front page of the *Globe and Mail* that inaccurately described BCE as being in discussions with a consortium comprised of KKR and Teachers, BCE issued a press release confirming that there were no ongoing discussions being held with private equity investors with respect to a "going-private" transaction for BCE.

[12] On April 9, 2007, Teachers filed a report (Schedule 13D) with the United States Securities and Exchange Commission reflecting a change from a passive to an active holding of BCE shares. This filing heightened press speculation concerning a potential privatization of BCE.

[13] Faced with renewed speculation and BCE having been put "in play" by the filing by Teachers of the Schedule 13D report, the Board met with its legal and financial advisors to assess strategic alternatives. It decided that it would be in the best interests of BCE and its shareholders to have competing bidding groups and to guard against the risk of a single bidding group assembling such a significant portion of available debt and equity that the group could preclude potential competing bidding groups from participating effectively in an auction process.

[14] In a press release dated April 17, 2007, BCE announced that it was reviewing its strategic alternatives with a view to further enhancing shareholder value. On the same day, a Strategic Oversight Committee ("SOC") was created. None of its members had ever been part of management at BCE. Its

transaction visant BCE. Après avoir rencontré le conseil d'administration de BCE (« Conseil d'administration »), M. Sabia a communiqué avec les représentants de KKR et avec ceux du RREO et leur a réitéré que BCE n'était pas intéressée à une « opération de fermeture » parce que BCE avait pour objectif de créer une valeur actionnariale par la réalisation de son plan d'entreprise de 2007.

[11] Le 29 mars 2007, à la suite de la parution à la une du *Globe and Mail* d'un article faisant incorrectement état de discussions entre BCE et un consortium constitué de KKR et du RREO, BCE a publié un communiqué de presse dans lequel elle affirmait qu'aucune discussion n'était en cours avec des fonds privés d'investissement au sujet d'une « opération de fermeture » de BCE.

[12] Le 9 avril 2007, le RREO a déposé un formulaire 13D auprès de la Securities and Exchange Commission des États-Unis, dans lequel il indiquait que, de passive, sa participation comme actionnaire de BCE devenait active. Le dépôt de ce formulaire est venu renforcer l'hypothèse, véhiculée par les médias, de la transformation possible de BCE en société fermée.

[13] Devant la recrudescence des conjectures et la « mise en jeu » de BCE résultant du dépôt du formulaire 13D par le RREO, le Conseil d'administration a convoqué ses conseillers juridiques et financiers afin d'examiner différentes options stratégiques. Il en est venu à la conclusion qu'il était dans l'intérêt de BCE et de ses actionnaires de bénéficier de la concurrence entre plusieurs groupes soumissionnaires et de parer au risque qu'un groupe soumissionnaire mobilise à lui seul une telle part des prêts et des capitaux disponibles qu'il empêcherait les groupes concurrents potentiels de participer efficacement au processus d'enchères.

[14] Dans un communiqué de presse daté du 17 avril 2007, BCE a annoncé qu'elle examinait les options stratégiques qui s'offraient à elle en vue d'améliorer davantage la valeur actionnariale. Le même jour, elle a mis sur pied un comité de surveillance stratégique (« CSS »), dont aucun des

mandate was, notably, to set up and supervise the auction process.

[15] Following the April 17 press release, several debentureholders sent letters to the Board voicing their concerns about a potential leveraged buyout transaction. They sought assurance that their interests would be considered by the Board. BCE replied in writing that it intended to honour the contractual terms of the trust indentures.

[16] On June 13, 2007, BCE provided the potential participants in the auction process with bidding rules and the general form of a definitive transaction agreement. The bidders were advised that, in evaluating the competitiveness of proposed bids, BCE would consider the impact that their proposed financing arrangements would have on BCE and on Bell Canada's debentureholders and, in particular, whether their bids respected the debentureholders' contractual rights under the trust indentures.

[17] Offers were submitted by three groups. All three offers contemplated the addition of a substantial amount of new debt for which Bell Canada would be liable. All would have likely resulted in a downgrade of the debentures below investment grade. The initial offer submitted by the appellant 6796508 Canada Inc. (the "Purchaser"), a corporation formed by Teachers and affiliates of Providence Equity Partners Inc. and Madison Dearborn Partners LLC, contemplated an amalgamation of Bell Canada that would have triggered the voting rights of the debentureholders under the trust indentures. The Board informed the Purchaser that such an amalgamation made its offer less competitive. The Purchaser submitted a revised offer with an alternative structure for the transaction that did not involve an amalgamation of Bell Canada. Also, the Purchaser's revised offer increased the initial price per share from \$42.25 to \$42.75.

membres n'avait déjà fait partie de la direction de BCE. Le mandat du CSS consistait notamment à mettre en marche et à surveiller le processus d'enchères.

[15] À la suite du communiqué de presse du 17 avril, plusieurs détenteurs de débetures ont écrit au Conseil d'administration pour exprimer leurs craintes concernant la possibilité d'une acquisition par emprunt. Ils voulaient recevoir l'assurance que le Conseil d'administration tiendrait compte de leurs intérêts. BCE leur a répondu par écrit qu'elle avait l'intention de respecter les dispositions contractuelles des actes de fiducie.

[16] Le 13 juin 2007, BCE a communiqué aux soumissionnaires potentiels les règles de soumission des propositions ainsi qu'une ébauche générale d'entente définitive. Elle les a informés que, lorsqu'elle étudierait les offres, elle tiendrait compte de l'incidence du mécanisme de financement proposé sur BCE et sur les détenteurs de débetures de Bell Canada et, en particulier, du fait que leurs offres respectent ou non les droits contractuels que les actes de fiducie conféraient aux détenteurs de débetures.

[17] Trois groupes ont présenté des offres. Chaque offre prévoyait une hausse sensible du niveau d'endettement de Bell Canada. Les trois offres auraient probablement pour effet d'abaisser la cote des débetures au-dessous de celle requise pour qu'elles constituent un placement admissible. L'offre initiale présentée par l'appelante 6796508 Canada Inc. (l'« Acquéreur »), une société constituée par le RREO, et des membres du groupe de Providence Equity Partners Inc. et de Madison Dearborn Partners LLC, prévoyait une fusion de Bell Canada qui aurait déclenché l'exercice des droits de vote des détenteurs de débetures en vertu des actes de fiducie. Le Conseil d'administration a informé l'Acquéreur que ce projet de fusion rendait son offre moins attrayante. L'Acquéreur a donc présenté une nouvelle offre dans laquelle il proposait une structure différente pour la transaction qui n'impliquait pas de fusion de Bell Canada. De plus, il haussait à 42,75 \$ le prix de 42,25 \$ initialement offert pour chaque action.

[18] The Board, after a review of the three offers and based on the recommendation of the SOC, found that the Purchaser's revised offer was in the best interests of BCE and BCE's shareholders. In evaluating the fairness of the consideration to be paid to the shareholders under the Purchaser's offer, the Board and the SOC received opinions from several reputable financial advisors. In the meantime, the Purchaser agreed to cooperate with the Board in obtaining a solvency certificate stating that BCE would still be solvent (and hence in a position to meet its obligations after completion of the transaction). The Board did not seek a fairness opinion in respect of the debentureholders, taking the view that their rights were not being arranged.

[19] On June 30, 2007, the Purchaser and BCE entered into a definitive agreement. On September 21, 2007, BCE's shareholders approved the arrangement by a majority of 97.93 percent.

[20] Essentially, the arrangement provides for the compulsory acquisition of all of BCE's outstanding shares. The price to be paid by the Purchaser is \$42.75 per common share, which represents a premium of approximately 40 percent to the closing price of the shares as of March 28, 2007. The total capital required for the transaction is approximately \$52 billion, \$38.5 billion of which will be supported by BCE. Bell Canada will guarantee approximately \$30 billion of BCE's debt. The Purchaser will invest nearly \$8 billion of new equity capital in BCE.

[21] As a result of the announcement of the arrangement, the credit ratings of the debentures by the time of trial had been downgraded from investment grade to below investment grade. From the perspective of the debentureholders, this downgrade was problematic for two reasons. First, it caused the debentures to decrease in value by an average of approximately 20 percent. Second, the downgrade could oblige debentureholders with credit-rating restrictions on their holdings to sell their debentures at a loss.

[18] Après avoir étudié les trois offres, le Conseil d'administration a conclu, suivant la recommandation du CSS, que l'offre révisée de l'Acquéreur servait les intérêts de BCE et des actionnaires de BCE. Pour évaluer le caractère équitable de la contrepartie qui serait versée aux actionnaires selon cette offre, le Conseil d'administration et le CSS ont sollicité l'avis de plusieurs conseillers financiers réputés. Par ailleurs, l'Acquéreur a accepté de prêter son concours au Conseil d'administration pour l'obtention d'un certificat de solvabilité attestant que BCE demeurerait solvable (et serait donc en mesure de respecter ses obligations une fois la transaction achevée). Le Conseil d'administration n'a pas sollicité l'avis d'experts sur le caractère équitable de la transaction pour les détenteurs de débentures, estimant que l'arrangement ne visait pas leurs droits.

[19] Le 30 juin 2007, l'Acquéreur et BCE ont conclu une entente définitive. Le 21 septembre suivant, les actionnaires de BCE ont approuvé l'entente dans une proportion de 97,93 p. 100.

[20] Essentiellement, l'entente prévoit l'acquisition forcée de toutes les actions en circulation de BCE au prix de 42,75 \$ l'action ordinaire, ce qui représente une prime d'environ 40 p. 100 par rapport au cours de clôture des actions en date du 28 mars 2007. Le capital requis pour la transaction s'élève à environ 52 milliards de dollars, dont 38,5 milliards de dollars sont à la charge de BCE. Bell Canada fournira une garantie d'emprunt d'environ 30 milliards de dollars pour la dette de BCE. Enfin, l'Acquéreur investira près de 8 milliards de dollars de nouveaux capitaux propres dans BCE.

[21] L'annonce de cette entente a entraîné une baisse de la cote de crédit des débentures de sorte que, lors du procès, elles n'étaient plus considérées comme des placements admissibles. Du point de vue des détenteurs de débentures, cette décote pose problème à deux égards. Premièrement, elle a entraîné une diminution de la valeur des débentures de l'ordre d'environ 20 p. 100 en moyenne. Deuxièmement, elle risque d'obliger les détenteurs de débentures qui sont assujettis à des restrictions concernant la cote de crédit des titres qu'ils détiennent à vendre leurs débentures à perte.



[22] The debentureholders at trial opposed the arrangement on a number of grounds. First, the debentureholders sought relief under the oppression provision in s. 241 of the *CBCA*. Second, they opposed court approval of the arrangement, as required by s. 192 of the *CBCA*, alleging that the arrangement was not “fair and reasonable” because of the adverse effect on their economic interests. Finally, the debentureholders brought motions for declaratory relief under the terms of the trust indentures, which are not before us: (2008), 43 B.L.R. (4th) 39, 2008 QCCS 898; (2008), 43 B.L.R. (4th) 69, 2008 QCCS 899.

### III. Judicial History

[23] The trial judge reviewed the s. 241 oppression claim as lying against both BCE and Bell Canada, since s. 241 refers to actions by the “corporation or any of its affiliates”. He dismissed the claims for oppression on the grounds that the debt guarantee to be assumed by Bell Canada had a valid business purpose; that the transaction did not breach the reasonable expectations of the debentureholders; that the transaction was not oppressive by reason of rendering the debentureholders vulnerable; and that BCE and its directors had not unfairly disregarded the interests of the debentureholders: (2008), 43 B.L.R. (4th) 79, 2008 QCCS 907; (2008), 43 B.L.R. (4th) 135, 2008 QCCS 906.

[24] In arriving at these conclusions, the trial judge proceeded on the basis that the BCE directors had a fiduciary duty under s. 122 of the *CBCA* to act in the best interests of the corporation. He held that while the best interests of the corporation are not to be confused with the interests of the shareholders or other stakeholders, corporate law recognizes fundamental differences between shareholders and debt security holders. He held that these differences affect the content of the directors’ fiduciary duty. As a result, the directors’ duty to act in the best interests of the corporation might require them to approve transactions that, while in the interests

[22] En première instance, les détenteurs de débentures ont invoqué plusieurs motifs d’opposition à l’arrangement. Ils ont d’abord invoqué la disposition de la *LCSA* applicable en cas d’abus, l’art. 241. Ils ont ensuite contesté la demande d’approbation de l’arrangement exigée par l’art. 192 de la *LCSA* en alléguant que l’arrangement n’était pas « équitable et raisonnable » en raison de ses effets préjudiciables sur leurs intérêts financiers. Enfin, ils ont présenté des demandes de jugement déclaratoire fondées sur les actes de fiducie, sur lesquelles la Cour n’est pas appelée à se prononcer : (2008), 43 B.L.R. (4th) 39, 2008 QCCS 898; (2008), 43 B.L.R. (4th) 69, 2008 QCCS 899.

### III. Historique judiciaire

[23] Le juge de première instance a examiné les demandes de redressement pour abus à la fois contre Bell Canada et contre BCE, puisque l’art. 241 vise la situation provoquée par « la société ou l’une des personnes morales de son groupe ». Il a rejeté ces recours parce que, selon lui, la garantie d’emprunt fournie par Bell Canada poursuivait un objectif commercial légitime, la transaction ne frustrait pas les attentes raisonnables des détenteurs de débentures, la prétention que la transaction constituait un abus parce qu’elle rendait les détenteurs de débentures vulnérables n’était pas fondée et celle selon laquelle BCE et ses administrateurs s’étaient montrés injustes en ne tenant pas compte des intérêts des détenteurs de débentures ne pouvait être retenue : (2008), 43 B.L.R. (4th) 79, 2008 QCCS 907; (2008), 43 B.L.R. (4th) 135, 2008 QCCS 906.

[24] Pour parvenir à ces conclusions, le juge a considéré que l’art. 122 de la *LCSA* imposait aux administrateurs de BCE l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société. Selon lui, bien que les intérêts de la société ne doivent pas être confondus avec ceux des actionnaires ou d’autres parties intéressées, le droit des sociétés reconnaît l’existence de différences fondamentales entre les actionnaires et les détenteurs de titres de créance. À son avis, ces différences ont une incidence sur le contenu de l’obligation fiduciaire des administrateurs. Ainsi, leur devoir d’agir au mieux des intérêts de la société pourrait les obliger à

of the corporation, might also benefit some or all shareholders at the expense of other stakeholders. He also noted that in accordance with the business judgment rule, Canadian courts tend to accord deference to business decisions of directors taken in good faith and in the performance of the functions they were elected to perform by shareholders.

[25] The trial judge held that the debentureholders' reasonable expectations must be assessed on an objective basis and, absent compelling reasons, must derive from the trust indentures and the relevant prospectuses issued in connection with the debt offerings. Statements by Bell Canada indicating a commitment to retaining investment grade ratings did not assist the debentureholders, since these statements were accompanied by warnings, repeated in the prospectuses pursuant to which the debentures were issued, that negated any expectation that this policy would be maintained indefinitely. The reasonableness of the alleged expectation was further negated by the fact that the debentureholders could have guarded against the business risks arising from a change of control by negotiating protective contract terms. The fact that the shareholders stood to benefit from the transaction and that the debentureholders were prejudiced did not in itself give rise to a conclusion that the directors had breached their fiduciary duty to the corporation. All three competing bids required Bell Canada to assume additional debt, and there was no evidence that the bidders were prepared to treat the debentureholders any differently. The materialization of certain risks as a result of decisions taken by the directors in accordance with their fiduciary duty to the corporation did not constitute oppression against the debentureholders or unfair disregard of their interests.

[26] Having dismissed the claim for oppression, the trial judge went on to consider BCE's application for approval of the transaction under s. 192 of the *CBCA*: (2008), 43 B.L.R. (4th) 1, 2008 QCCS

approuver des transactions qui, tout en servant les intérêts de la société, privilégient une partie ou la totalité des actionnaires au détriment d'autres parties intéressées. Le juge a aussi indiqué que, suivant la règle de l'appréciation commerciale, les tribunaux canadiens ont tendance à faire preuve de retenue à l'égard des décisions commerciales que les administrateurs prennent de bonne foi et dans l'exécution des fonctions que les actionnaires leur ont confiées en les élisant.

[25] Le juge de première instance a statué que les attentes raisonnables des détenteurs de débentures doivent être évaluées objectivement et qu'elles doivent, à moins de motifs impérieux, découler des actes de fiducie et des prospectus d'émission des débentures. Les déclarations de Bell Canada concernant son engagement à conserver une cote de placements admissibles n'ont été d'aucun secours pour les détenteurs de débentures, car ces déclarations étaient accompagnées de mises en garde, réitérées dans les prospectus d'émission des débentures, qui excluaient toute attente quant au maintien indéfini de cette politique. En outre, le fait que les détenteurs de débentures auraient pu se protéger contractuellement contre les risques associés à un changement de contrôle en négociant des clauses de protection rendait leurs prétendues attentes déraisonnables. Le fait que la transaction serait profitable pour les actionnaires alors qu'elle désavantagerait les détenteurs de débentures ne permettait pas en soi de conclure à un manquement à l'obligation fiduciaire des administrateurs envers la société. Les trois offres concurrentes comportaient toutes un endettement supplémentaire de Bell Canada, et rien dans la preuve n'indiquait que leurs auteurs étaient disposés à traiter les détenteurs de débentures différemment. Par conséquent, la réalisation de certains risques par suite des décisions prises par les administrateurs en conformité avec leur obligation fiduciaire envers la société ne constituait ni un abus des droits des détenteurs de débentures ni une omission injuste de tenir compte de leurs intérêts.

[26] Après avoir rejeté les demandes de redressement pour abus, le juge de première instance a examiné la demande d'approbation de la transaction exigée par l'art. 192 de la *LCSA* : (2008), 43 B.L.R.

905. He dismissed the debentureholders' claim for voting rights on the arrangement on the ground that their legal interests were not compromised by the arrangement and that it would be unfair to allow them in effect to veto the shareholder vote. However, in determining whether the arrangement was fair and reasonable — the main issue on the application for approval — he considered the fairness of the transaction with respect to both the shareholders and the debentureholders, and concluded that the arrangement was fair and reasonable. He considered the necessity of the arrangement for Bell Canada's continued operations; that the Board, comprised almost entirely of independent directors, had determined the arrangement was fair and reasonable and in the best interests of BCE and the shareholders; that the arrangement had been approved by over 97 percent of the shareholders; that the arrangement was the culmination of a robust strategic review and auction process; the assistance the Board received throughout from leading legal and financial advisors; the absence of a superior proposal; and the fact that the proposal did not alter or arrange the debentureholders' legal rights. While the proposal stood to alter the debentureholders' economic interests, in the sense that the trading value of their securities would be reduced by the added debt load, their contractual rights remained intact. The trial judge noted that the debentureholders could have protected themselves against this eventuality through contract terms, but had not. Overall, he concluded that taking all relevant matters into account, the arrangement was fair and reasonable and should be approved.

[27] The Court of Appeal allowed the appeals on the ground that BCE had failed to meet its onus on the test for approval of an arrangement under s. 192, by failing to show that the transaction was fair and reasonable to the debentureholders. Basing its analysis on this Court's decision in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68, the Court of Appeal found that the directors were required to consider

(4th) 1, 2008 QCCS 905. Il a refusé aux détenteurs de débetures le droit de voter sur l'arrangement, estimant que celui-ci ne compromettait pas leurs droits et qu'il serait injuste de leur permettre en fait d'opposer leur veto au vote des actionnaires. Toutefois, pour déterminer si l'arrangement était équitable et raisonnable — la question déterminante pour l'octroi de l'approbation — le juge a examiné le caractère équitable de la transaction à l'égard à la fois des actionnaires et des détenteurs de débetures, et il a conclu que l'arrangement était équitable et raisonnable. Il a pris en compte la nécessité de l'arrangement pour la continuité des activités de Bell Canada; le fait que le Conseil d'administration — constitué presque entièrement d'administrateurs indépendants — avait déterminé que l'arrangement était équitable et raisonnable et qu'il servait au mieux les intérêts de BCE et des actionnaires; l'approbation de l'arrangement par plus de 97 p. 100 des actionnaires; le fait que l'arrangement était l'aboutissement d'un processus rigoureux d'analyse stratégique et d'enchères; l'aide de conseillers juridiques et financiers renommés reçue par le Conseil d'administration pendant tout le processus; l'absence d'offre supérieure; et le fait que l'offre ne modifiait ni ne visait les droits contractuels des détenteurs de débetures. Bien que l'offre modifie les intérêts financiers des détenteurs de débetures, au sens où l'accroissement de l'endettement ferait fléchir la valeur marchande de leurs titres, leurs droits contractuels demeuraient intacts. Le juge de première instance a souligné que les détenteurs de débetures auraient pu se protéger contractuellement contre ce risque, mais qu'ils ne l'avaient pas fait. Il a conclu dans l'ensemble que, compte tenu de tous les facteurs pertinents, l'arrangement était équitable et raisonnable et devait être approuvé.

[27] La Cour d'appel a accueilli les appels, jugeant que BCE n'avait pas démontré que la transaction était équitable et raisonnable pour les détenteurs de débetures, de sorte qu'elle ne satisfaisait pas au critère d'approbation d'un arrangement en vertu de l'art. 192. S'appuyant sur nos motifs dans l'affaire *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, elle a conclu que les administrateurs avaient l'obligation

the non-contractual interests of the debentureholders. It held that representations made by Bell Canada over the years could have created reasonable expectations above and beyond the contractual rights of the debentureholders. In these circumstances, the directors were under a duty, not simply to accept the best offer, but to consider whether the arrangement could be restructured in a way that provided a satisfactory price to the shareholders while avoiding an adverse effect on the debentureholders. In the absence of such efforts, BCE had not discharged its onus under s. 192 of showing that the arrangement was fair and reasonable. The Court of Appeal therefore overturned the trial judge's order approving the plan of arrangement: (2008), 43 B.L.R. (4th) 157, 2008 QCCA 930, 2008 QCCA 931, 2008 QCCA 932, 2008 QCCA 933, 2008 QCCA 934, 2008 QCCA 935.

[28] The Court of Appeal found it unnecessary to consider the s. 241 oppression claim, holding that its rejection of the s. 192 approval application effectively disposed of the oppression claim. In its view, where approval is sought under s. 192 and opposed, there is generally no need for an affected security holder to assert an oppression remedy under s. 241.

[29] BCE and Bell Canada appeal to this Court arguing that the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's approval of the plan of arrangement. While formally cross-appealing on s. 241, the debentureholders argue that the Court of Appeal was correct to consider their complaints under s. 192, such that their appeals under s. 241 became moot.

#### IV. Issues

[30] The issues, briefly stated, are whether the Court of Appeal erred in dismissing the debentureholders' s. 241 oppression claim and in overturning the Superior Court's s. 192 approval of the plan

d'examiner les intérêts non contractuels des détenteurs de débentures. À son avis, les déclarations que Bell Canada avaient faites au cours des années pouvaient avoir créé des attentes raisonnables qui s'ajoutaient aux droits contractuels des détenteurs de débentures. Les administrateurs n'avaient donc pas simplement l'obligation d'accepter la meilleure offre, mais aussi celle de déterminer si l'arrangement pouvait être restructuré de façon à assurer un prix satisfaisant aux actionnaires tout en évitant de causer un préjudice aux détenteurs de débentures. Comme cet examen n'avait pas été fait, BCE ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir le caractère équitable et raisonnable de l'arrangement pour l'application de l'art. 192. La Cour d'appel a donc infirmé l'ordonnance d'approbation rendue par le juge de première instance : (2008), 43 B.L.R. (4th) 157, 2008 QCCA 930, 2008 QCCA 931, 2008 QCCA 932, 2008 QCCA 933, 2008 QCCA 934, 2008 QCCA 935.

[28] La Cour d'appel a jugé inutile d'examiner les demandes de redressement pour abus fondées sur l'art. 241, estimant que le rejet de la demande d'approbation visée à l'art. 192 en scellait en fait le sort. Selon elle, lorsqu'une demande d'approbation présentée en vertu de l'art. 192 est contestée, les détenteurs de valeurs mobilières touchés n'ont généralement nullement besoin de présenter une demande de redressement pour abus sous le régime de l'art. 241.

[29] BCE et Bell Canada se pourvoient devant notre Cour, soutenant que la Cour d'appel a infirmé à tort l'approbation du plan d'arrangement par le juge de première instance. Bien qu'ils aient officiellement formé un pourvoi incident fondé sur l'art. 241, les détenteurs de débentures font valoir que la Cour d'appel a statué à bon droit sur leurs prétentions sous le régime de l'art. 192, ce qui rendait théoriques leurs appels fondés sur l'art. 241.

#### IV. Les questions en litige

[30] En résumé, la Cour doit décider si la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant les demandes de redressement pour abus des détenteurs de débentures fondée sur l'art. 241 et en infirmant

of arrangement. These questions raise the issue of what is required to establish oppression of debentureholders in a situation where a corporation is facing a change of control, and how a judge on an application for approval of an arrangement under s. 192 of the *CBCA* should treat claims such as those of the debentureholders in these actions. These reasons will consider both issues.

[31] In order to situate these issues in the context of Canadian corporate law, it may be useful to offer a preliminary description of the remedies provided by the *CBCA* to shareholders and stakeholders in a corporation facing a change of control.

[32] Accordingly, these reasons will consider:

- (1) the rights, obligations and remedies under the *CBCA* in overview;
- (2) the debentureholders' entitlement to relief under the s. 241 oppression remedy;
- (3) the debentureholders' entitlement to relief under the requirement for court approval of an arrangement under s. 192.

[33] We note that it is unnecessary for the purposes of these appeals to distinguish between the conduct of the directors of BCE, the holding company, and the conduct of the directors of Bell Canada. The same directors served on the boards of both corporations. While the oppression remedy was directed at both BCE and Bell Canada, the courts below considered the entire context in which the directors of BCE made their decisions, which included the obligations of Bell Canada in relation to its debentureholders. It was not found by the lower courts that the directors of BCE and Bell Canada should have made different decisions with respect to the two corporations. Accordingly, the

l'ordonnance d'approbation du plan d'arrangement prononcée par la Cour supérieure en vertu de l'art. 192. Pour ce faire, la Cour doit déterminer quelle preuve doit être faite pour établir l'existence d'un abus des droits des détenteurs de débentures dans le contexte du changement de contrôle d'une société et comment le juge saisi d'une demande d'approbation d'un arrangement en vertu de l'art. 192 de la *LCSA* doit traiter des prétentions de la nature de celles formulées en l'espèce par les détenteurs de débentures. Les présents motifs traitent de ces deux questions.

[31] Pour situer ces questions dans le contexte du droit canadien des sociétés, il peut être utile de décrire d'abord les recours que peuvent exercer les actionnaires et les autres parties intéressées sous le régime de la *LCSA* devant la perspective d'un changement de contrôle de la société.

[32] Par conséquent, les présents motifs comportent :

- (1) un aperçu des droits, obligations et recours prévus par la *LCSA*;
- (2) un examen du droit des détenteurs de débentures à un redressement en cas d'abus en application de l'art. 241;
- (3) une analyse du droit des détenteurs de débentures à un redressement dans le contexte de l'approbation d'un arrangement exigée par l'art. 192.

[33] Il n'est pas nécessaire pour trancher les pourvois de faire une distinction entre le comportement des administrateurs de BCE, la société de portefeuille, et celui des administrateurs de Bell Canada. Les mêmes administrateurs siégeaient aux conseils d'administration de l'une et l'autre de ces sociétés. Bien que la demande de redressement pour abus ait été dirigée à la fois contre Bell Canada et contre BCE, les juridictions inférieures ont tenu compte de toutes les circonstances dans lesquelles les administrateurs ont été appelés à prendre leurs décisions, ce qui incluait les obligations de Bell Canada envers ses détenteurs de débentures. Elles n'ont pas conclu que les administrateurs de BCE et de Bell

distinct corporate character of the two entities does not figure in our analysis.

## V. Analysis

### A. *Overview of Rights, Obligations and Remedies Under the CBCA*

[34] An essential component of a corporation is its capital stock, which is divided into fractional parts, the shares: *Bradbury v. English Sewing Cotton Co.*, [1923] A.C. 744 (H.L.), at p. 767; *Zwicker v. Stanbury*, [1953] 2 S.C.R. 438. While the corporation is ongoing, shares confer no right to its underlying assets.

[35] A share “is not an isolated piece of property . . . [but] a ‘bundle’ of interrelated rights and liabilities”: *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at p. 1025, per La Forest J. These rights include the right to a proportionate part of the assets of the corporation upon winding-up and the right to oversee the management of the corporation by its board of directors by way of votes at shareholder meetings.

[36] The directors are responsible for the governance of the corporation. In the performance of this role, the directors are subject to two duties: a fiduciary duty to the corporation under s. 122(1)(a) (the fiduciary duty); and a duty to exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person in comparable circumstances under s. 122(1)(b) (the duty of care). The second duty is not at issue in these proceedings as this is not a claim against the directors of the corporation for failing to meet their duty of care. However, this case does involve the fiduciary duty of the directors to the corporation, and particularly the “fair treatment” component of this duty, which, as will be seen, is fundamental to the reasonable expectations of stakeholders claiming an oppression remedy.

Canada auraient dû prendre des décisions différentes relativement aux deux sociétés. Par conséquent, le caractère distinct des deux entités ne sera pas pris en considération dans notre analyse.

## V. Analyse

### A. *Aperçu des droits, obligations et recours prévus par la LCSA*

[34] Une composante essentielle d’une société est son capital social, qui est fractionné en actions : *Bradbury c. English Sewing Cotton Co.*, [1923] A.C. 744 (H.L.), p. 767; *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438. Tant que la société continue d’exister, les actions ne confèrent aucun droit sur ses éléments d’actifs.

[35] Une action « n’est pas un bien pris isolément [ . . . ] [mais] un “ensemble” de droits et d’obligations étroitement liés entre eux » : *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1025, le juge La Forest. Ces droits comprennent le droit à une part proportionnelle des éléments d’actif de la société lors de sa liquidation et un droit de regard sur la façon dont le conseil d’administration gère la société, qui s’exprime par l’exercice du droit de vote lors des assemblées des actionnaires.

[36] Les administrateurs sont responsables de la gouvernance de la société. À ce titre, ils doivent s’acquitter de deux obligations : leur obligation fiduciaire envers la société prévue à l’al. 122(1)a) (l’obligation fiduciaire) et l’obligation d’agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve une personne prudente en pareilles circonstances, prévue à l’al. 122(1)b) (l’obligation de diligence). Cette deuxième obligation n’est pas en cause en l’espèce, car on ne reproche pas aux administrateurs d’avoir manqué à leur obligation de diligence. L’obligation fiduciaire des administrateurs envers la société est toutefois en cause, plus particulièrement en ce qui concerne l’une de ses composantes, soit l’obligation de « traitement équitable » qui, comme on le verra, est fondamentale pour ce qui est des attentes raisonnables des parties intéressées qui présentent une demande de redressement pour abus.

[37] The fiduciary duty of the directors to the corporation originated in the common law. It is a duty to act in the best interests of the corporation. Often the interests of shareholders and stakeholders are co-extensive with the interests of the corporation. But if they conflict, the directors' duty is clear — it is to the corporation: *Peoples Department Stores*.

[38] The fiduciary duty of the directors to the corporation is a broad, contextual concept. It is not confined to short-term profit or share value. Where the corporation is an ongoing concern, it looks to the long-term interests of the corporation. The content of this duty varies with the situation at hand. At a minimum, it requires the directors to ensure that the corporation meets its statutory obligations. But, depending on the context, there may also be other requirements. In any event, the fiduciary duty owed by directors is mandatory; directors must look to what is in the best interests of the corporation.

[39] In *Peoples Department Stores*, this Court found that although directors *must* consider the best interests of the corporation, it may also be appropriate, although *not mandatory*, to consider the impact of corporate decisions on shareholders or particular groups of stakeholders. As stated by Major and Deschamps JJ., at para. 42:

We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, *inter alia*, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.

As will be discussed, cases dealing with claims of oppression have further clarified the content of the fiduciary duty of directors with respect to the range of interests that should be considered in determining what is in the best interests of the corporation, acting fairly and responsibly.

[37] L'obligation fiduciaire des administrateurs envers la société tire son origine de la common law. Elle leur impose d'agir au mieux des intérêts de la société. Souvent les intérêts des actionnaires et des parties intéressées concordent avec ceux de la société. Toutefois, lorsque ce n'est pas le cas, l'obligation des administrateurs est claire : elle est envers la société (*Magasins à rayons Peoples*).

[38] L'obligation fiduciaire des administrateurs est un concept large et contextuel. Elle ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme. Dans le contexte de la continuité de l'entreprise, cette obligation vise les intérêts à long terme de la société. Son contenu varie selon la situation. Elle exige à tous le moins des administrateurs qu'ils veillent à ce que la société s'acquitte de ses obligations légales mais, selon le contexte, elle peut aussi englober d'autres exigences. Quoi qu'il en soit, l'obligation fiduciaire des administrateurs est de nature impérative; ils sont tenus d'agir au mieux des intérêts de la société.

[39] Selon l'arrêt *Magasins à rayons Peoples* de notre Cour, bien que les administrateurs *doivent* agir au mieux des intérêts de la société, il peut également être opportun, *sans être obligatoire*, qu'ils tiennent compte de l'effet des décisions concernant la société sur l'actionnariat ou sur un groupe particuliers de parties intéressées. Comme l'ont indiqué les juges Major et Deschamps au par. 42 :

Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

On verra plus loin que la jurisprudence sur les recours en cas d'abus a clarifié davantage le contenu de l'obligation fiduciaire des administrateurs quant à l'éventail des intérêts qu'ils doivent prendre en compte pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de la société, en agissant de façon équitable et responsable.

[40] In considering what is in the best interests of the corporation, directors may look to the interests of, *inter alia*, shareholders, employees, creditors, consumers, governments and the environment to inform their decisions. Courts should give appropriate deference to the business judgment of directors who take into account these ancillary interests, as reflected by the business judgment rule. The “business judgment rule” accords deference to a business decision, so long as it lies within a range of reasonable alternatives: see *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.); *Kerr v. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 331, 2007 SCC 44. It reflects the reality that directors, who are mandated under s. 102(1) of the *CBCA* to manage the corporation’s business and affairs, are often better suited to determine what is in the best interests of the corporation. This applies to decisions on stakeholders’ interests, as much as other directorial decisions.

[41] Normally only the beneficiary of a fiduciary duty can enforce the duty. In the corporate context, however, this may offer little comfort. The directors who control the corporation are unlikely to bring an action against themselves for breach of their own fiduciary duty. The shareholders cannot act in the stead of the corporation; their only power is the right to oversee the conduct of the directors by way of votes at shareholder assemblies. Other stakeholders may not even have that.

[42] To meet these difficulties, the common law developed a number of special remedies to protect the interests of shareholders and stakeholders of the corporation. These remedies have been affirmed, modified and supplemented by the *CBCA*.

[43] The first remedy provided by the *CBCA* is the s. 239 derivative action, which allows stakeholders to enforce the directors’ duty to the corporation when the directors are themselves unwilling

[40] En déterminant ce qui sert au mieux les intérêts de la société, les administrateurs peuvent examiner notamment les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l’environnement. Les tribunaux doivent faire preuve de la retenue voulue à l’égard de l’appréciation commerciale des administrateurs qui tiennent compte de ces intérêts connexes, comme le veut la « règle de l’appréciation commerciale ». Cette règle appelle les tribunaux à respecter une décision commerciale, pourvu qu’elle s’inscrive dans un éventail de solutions raisonnables possibles : voir *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.); *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331, 2007 CSC 44. Elle rend compte du fait que les administrateurs qui, aux termes du par. 102(1) de la *LCSA*, ont pour fonction de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société, sont souvent plus à même de déterminer ce qui sert au mieux ses intérêts. Cela vaut tant pour les décisions touchant les intérêts des parties intéressées que pour d’autres décisions relevant des administrateurs.

[41] Normalement, seul le bénéficiaire d’une obligation fiduciaire peut en réclamer l’exécution. Toutefois, dans le contexte du droit des sociétés, suivre cette règle se révélerait souvent illusoire. Il est en effet invraisemblable que les administrateurs qui contrôlent la société intentent contre eux-mêmes une action pour manquement à leur propre obligation fiduciaire. Les actionnaires ne peuvent agir à la place de la société. Leur seul pouvoir réside dans leur droit de regard sur le comportement des administrateurs qui s’exprime par l’exercice de leur droit de vote aux assemblées des actionnaires. D’autres parties intéressées n’ont même pas ce pouvoir.

[42] Pour pallier ces difficultés, la common law a élaboré des recours spéciaux visant à protéger les intérêts des actionnaires et des parties intéressées. La *LCSA* a maintenu, modifié et complété ces recours.

[43] Le premier recours prévu par la *LCSA* est l’action oblique, décrite à l’art. 239, qui permet aux parties intéressées de forcer les administrateurs récalcitrants à s’acquitter de leurs obligations



to do so. With leave of the court, a complainant may bring (or intervene in) a derivative action in the name and on behalf of the corporation or one of its subsidiaries to enforce a right of the corporation, including the rights correlative with the directors' duties to the corporation. (The requirement of leave serves to prevent frivolous and vexatious actions, and other actions which, while possibly brought in good faith, are not in the interest of the corporation to litigate.)

[44] A second remedy lies against the directors in a civil action for breach of duty of care. As noted, s. 122(1)(b) of the *CBCA* requires directors and officers of a corporation to "exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances". This duty, unlike the s. 122(1)(a) fiduciary duty, is not owed solely to the corporation, and thus may be the basis for liability to other stakeholders in accordance with principles governing the law of tort and extracontractual liability: *Peoples Department Stores*. Section 122(1)(b) does not provide an independent foundation for claims. However, applying the principles of *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, courts may take this statutory provision into account as to the standard of behaviour that should reasonably be expected.

[45] A third remedy, grounded in the common law and endorsed by the *CBCA*, is a s. 241 action for oppression. Unlike the derivative action, which is aimed at enforcing a right of the corporation itself, the oppression remedy focuses on harm to the legal and equitable interests of stakeholders affected by oppressive acts of a corporation or its directors. This remedy is available to a wide range of stakeholders — security holders, creditors, directors and officers.

[46] Additional "remedial" provisions are found in provisions of the *CBCA* providing for court

envers la société. Le plaignant peut, avec l'autorisation du tribunal, intenter une action oblique au nom et pour le compte de la société ou de l'une de ses filiales (ou y intervenir) pour faire respecter un droit de la société, et notamment un droit corrélatif à une obligation des administrateurs envers la société. (L'obligation d'obtenir une autorisation vise à prévenir les actions frivoles ou vexatoires ainsi que les actions qui, même intentées de bonne foi, ne servent pas les intérêts de la société.)

[44] Deuxièmement, les administrateurs peuvent faire l'objet d'une action civile pour manquement à leur obligation de diligence. Comme il en a été fait mention, l'al. 122(1)b de la *LCSA* oblige les administrateurs et les dirigeants d'une société à agir « avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente ». Cette obligation, à la différence de l'obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a, n'est pas uniquement envers la société. Elle peut donc engager la responsabilité des administrateurs envers les autres parties intéressées, conformément aux principes régissant la responsabilité délictuelle et extracontractuelle : *Magasins à rayons Peoples*. L'alinéa 122(1)b ne peut servir de fondement indépendant à un recours, mais les tribunaux peuvent s'en inspirer, conformément aux principes énoncés dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, pour définir la norme de conduite à laquelle on peut raisonnablement s'attendre.

[45] Un troisième recours de common law codifié par la *LCSA* est la demande de redressement pour abus prévue à l'art. 241. Contrairement à l'action oblique, qui a pour objet le respect d'un droit de la société proprement dite, la demande de redressement pour abus vise la réparation d'une atteinte aux intérêts en law ou en equity des parties intéressées touchées par le comportement abusif d'une société ou de ses administrateurs. Ce recours est ouvert à un large éventail de parties intéressées — détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs et dirigeants.

[46] Enfin, les dispositions de la *LCSA* qui exigent l'obtention d'une approbation judiciaire

approval in certain cases. An arrangement under s. 192 of the *CBCA* is one of these. While s. 192 cannot be described as a remedy *per se*, it has remedial-like aspects. It is directed at the situation of corporations seeking to effect fundamental changes to the corporation that affects stakeholder rights. The Act provides that such arrangements require the approval of the court. Unlike the civil action and oppression, which focus on the conduct of the directors, a s. 192 review requires a court approving a plan of arrangement to be satisfied that: (1) the statutory procedures have been met; (2) the application has been put forth in good faith; and (3) the arrangement is fair and reasonable. If the corporation fails to discharge its burden of establishing these elements, approval will be withheld and the proposed change will not take place. In assessing whether the arrangement should be approved, the court will hear arguments from opposing security holders whose rights are being arranged. This provides an opportunity for security holders to argue against the proposed change.

[47] Two of these remedies are in issue in these actions: the action for oppression and approval of an arrangement under s. 192. The trial judge treated these remedies as involving distinct considerations and concluded that the debentureholders had failed to establish entitlement to either remedy. The Court of Appeal, by contrast, viewed the two remedies as substantially overlapping, holding that both turned on whether the directors had properly considered the debentureholders' expectations. Having found on this basis that the requirements of s. 192 were not met, the Court of Appeal concluded that the action for oppression was moot. As will become apparent, we do not endorse this approach. In our view, the s. 241 oppression action and the s. 192 requirement for court approval of a change to the corporate structure are different types of proceedings, engaging different inquiries. Accordingly, we find it necessary to consider both the claims

dans certains cas ont aussi une vocation réparatrice. L'article 192, relatif aux arrangements, en est un exemple. Bien que cet article ne puisse pas être décrit comme une disposition qui établit un recours à proprement parler, il comporte des aspects qui s'y apparentent. Il vise les situations où une société envisage des changements fondamentaux qui modifient les droits d'une partie intéressée. La *LCSA* prévoit que de tels arrangements doivent être approuvés par le tribunal. Contrairement à l'action civile et à la demande de redressement pour abus, qui mettent l'accent sur le comportement des administrateurs, l'examen prévu à l'art. 192 exige simplement que le tribunal qui approuve un plan d'arrangement soit convaincu que : (1) la procédure prévue par la loi a été suivie, (2) la demande a été soumise de bonne foi et (3) l'arrangement est équitable et raisonnable. Si la société ne s'acquitte pas de son fardeau de prouver ces éléments, sa demande d'approbation sera rejetée et elle ne pourra procéder au changement proposé. Pour décider s'il approuvera l'arrangement, le tribunal entend les détenteurs de valeurs mobilières dont les droits sont visés par l'arrangement et qui s'y opposent, ce qui leur donne la possibilité de faire valoir leurs objections au changement proposé.

[47] Deux de ces recours sont en cause en l'espèce : la demande de redressement pour abus et l'approbation d'un arrangement sous le régime de l'art. 192. Le juge de première instance a appliqué des considérations distinctes à chacun de ces recours, et conclu que les détenteurs de débentures n'avaient établi le bien-fondé ni de l'un ni de l'autre. La Cour d'appel a considéré, au contraire, que les recours se chevauchaient de façon importante, en ce qu'ils posaient tous deux la question de savoir si les administrateurs avaient suffisamment tenu compte des attentes des détenteurs de débentures. Ayant conclu, à cet égard, que les exigences de l'art. 192 n'avaient pas été respectées, elle a considéré la demande de redressement pour abus comme théorique. La Cour ne souscrit pas à ce raisonnement, comme elle l'expliquera plus loin. À notre avis, la demande de redressement pour abus et l'approbation judiciaire d'une modification

for oppression and the s. 192 application for approval.

[48] The debentureholders have formally cross-appealed on the oppression remedy. However, due to the Court of Appeal's failure to consider this issue, the debentureholders did not advance separate arguments before this Court. As certain aspects of their position are properly addressed within the context of an analysis of oppression under s. 241, we have considered them here.

[49] Against this background, we turn to a more detailed consideration of the claims.

#### B. *The Section 241 Oppression Remedy*

[50] The debentureholders in these appeals claim that the directors acted in an oppressive manner in approving the sale of BCE, contrary to s. 241 of the *CBCA*.

[51] Security holders of a corporation or its affiliates fall within the class of persons who may be permitted to bring a claim for oppression under s. 241 of the *CBCA*. The trial judge permitted the debentureholders to do so, although in the end he found the claim had not been established. The question is whether the trial judge erred in dismissing the claim.

[52] We will first set out what must be shown to establish the right to a remedy under s. 241, and then review the conduct complained of in the light of those requirements.

de structure exigée par l'art. 192 sont des recours différents qui soulèvent des questions différentes. Par conséquent, la Cour estime nécessaire d'examiner tant les demandes de redressement pour abus que la demande d'approbation fondée sur l'art. 192.

[48] Les détenteurs de débetures ont formé officiellement un pourvoi incident relativement à la demande de redressement pour abus. Toutefois, la Cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur ce recours, ils n'ont pas présenté d'argumentation distincte à cet égard devant notre Cour. Néanmoins, comme certains aspects de leur position sont traités à bon droit dans le cadre de l'analyse de la demande de redressement pour abus en vertu de l'art. 241, ils seront examinés dans les présents motifs.

[49] À la lumière de ce qui précède, la Cour passe maintenant à l'examen plus approfondi des demandes.

#### B. *La demande de redressement pour abus prévue à l'art. 241*

[50] Les détenteurs de débetures soutiennent que les administrateurs ont agi de façon abusive en l'espèce en approuvant la vente de BCE, contrevenant ainsi à l'art. 241 de la *LCSA*.

[51] Les détenteurs de valeurs mobilières d'une société ou de l'une des personnes morales de son groupe appartiennent à la catégorie des personnes qui peuvent être autorisées à demander un redressement pour abus en vertu de l'art. 241 de la *LCSA*. Le juge de première instance a autorisé les détenteurs de débetures à présenter une telle demande, mais il a conclu en bout de ligne qu'ils n'en avaient pas établi le bien-fondé. Il faut maintenant déterminer si le juge de première instance a commis une erreur en rejetant cette demande.

[52] La Cour décrira d'abord la preuve exigée pour que soit établi le droit à un redressement en vertu de l'art. 241, puis elle examinera le comportement visé à la lumière de ces exigences.

(1) The Law

[53] Section 241(2) provides that a court may make an order to rectify the matters complained of where

- (a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,
- (b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or
- (c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer . . . .

[54] Section 241 jurisprudence reveals two possible approaches to the interpretation of the oppression provisions of the *CBCA*: M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), at pp. 79-80 and 84. One approach emphasizes a strict reading of the three types of conduct enumerated in s. 241 (oppression, unfair prejudice and unfair disregard): see *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer*, [1959] A.C. 324 (H.L.); *Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36 (S.C.); *Stech v. Davies*, [1987] 5 W.W.R. 563 (Alta. Q.B.). Cases following this approach focus on the precise content of the categories “oppression”, “unfair prejudice” and “unfair disregard”. While these cases may provide valuable insight into what constitutes oppression in particular circumstances, a categorical approach to oppression is problematic because the terms used cannot be put into watertight compartments or conclusively defined. As Koehnen puts it (at p. 84), “[t]he three statutory components of oppression are really adjectives that try to describe inappropriate conduct. . . . The difficulty with adjectives is they provide no assistance in formulating principles that should underlie court intervention.”

(1) L'état du droit

[53] Le paragraphe 241(2) permet au tribunal de

redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

[54] Deux façons différentes d'aborder les dispositions de la *LCSA* applicables en cas d'abus se dégagent de la jurisprudence relative à l'art. 241 : M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), p. 79-80 et 84. L'une d'elles appelle à une interprétation stricte des trois types de comportement énumérés à l'art. 241 (abus, préjudice injuste et omission injuste de tenir compte des intérêts) : voir *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. c. Meyer*, [1959] A.C. 324 (H.L.); *Diligenti c. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36 (C.S.); *Stech c. Davies*, [1987] 5 W.W.R. 563 (B.R. Alb.). Les arrêts guidés par cette interprétation s'intéressent à la teneur exacte d'un « abus », d'un « préjudice injuste » ou d'une « omission injuste de tenir compte » des intérêts en cause. Bien que ces décisions puissent fournir des indications valables sur ce qui constitue un abus dans une situation donnée, envisager la notion d'abus à partir de catégories définies pose problème parce que les termes utilisés ne peuvent être classés dans des compartiments étanches ni définis une fois pour toutes. Comme le dit Koehnen (p. 84) : [TRADUCTION] « Les trois composantes légales de l'abus sont en fait des qualificatifs destinés à décrire un comportement incorrect. [ . . . ] Le problème lié aux qualificatifs tient à ce qu'ils ne sont d'aucun secours pour la formulation des principes qui doivent fonder l'intervention du tribunal. »

[55] Other cases have focused on the broader principles underlying and uniting the various aspects of oppression: see *First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 40 B.L.R. 28 (Alta. Q.B.), var'd (1989), 45 B.L.R. 110 (Alta. C.A.); *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.); *Westfair Foods Ltd. v. Watt* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta. C.A.).

[56] In our view, the best approach to the interpretation of s. 241(2) is one that combines the two approaches developed in the cases. One should look first to the principles underlying the oppression remedy, and in particular the concept of reasonable expectations. If a breach of a reasonable expectation is established, one must go on to consider whether the conduct complained of amounts to “oppression”, “unfair prejudice” or “unfair disregard” as set out in s. 241(2) of the *CBCA*.

[57] We preface our discussion of the twin prongs of the oppression inquiry by two preliminary observations that run throughout all the jurisprudence.

[58] First, oppression is an equitable remedy. It seeks to ensure fairness — what is “just and equitable”. It gives a court broad, equitable jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair: *Wright v. Donald S. Montgomery Holdings Ltd.* (1998), 39 B.L.R. (2d) 266 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 273; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at p. 374; see, more generally, Koehnen, at pp. 78-79. It follows that courts considering claims for oppression should look at business realities, not merely narrow legalities: *Scottish Co-operative Wholesale Society*, at p. 343.

[59] Second, like many equitable remedies, oppression is fact-specific. What is just and equitable is judged by the reasonable expectations of the stakeholders in the context and in regard to the

[55] D'autres décisions sont axées sur les principes plus larges qui sous-tendent et unifient les différents aspects de la notion d'abus : voir *First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 40 B.L.R. 28 (B.R. Alb.), mod. par (1989), 45 B.L.R. 110 (C.A. Alb.); *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (C. div. Ont.); *Westfair Foods Ltd. c. Watt* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48 (C.A. Alb.).

[56] À notre avis, la meilleure façon d'interpréter le par. 241(2) est de combiner les deux approches exposées dans la jurisprudence. Il faut d'abord considérer les principes sur lesquels repose la demande de redressement pour abus et, en particulier, le concept des attentes raisonnables. S'il est établi qu'une attente raisonnable a été frustrée, il faut déterminer si le comportement reproché constitue un « abus », un « préjudice injuste » ou une « omission injuste de tenir compte » des intérêts en cause au sens du par. 241(2) de la *LCSA*.

[57] En guise d'introduction aux deux volets de l'examen d'une allégation d'abus, la Cour formulera deux remarques préliminaires issues de l'ensemble de la jurisprudence.

[58] Premièrement, la demande de redressement pour abus est un recours en equity. Elle vise à rétablir la justice — ce qui est « juste et équitable ». Elle confère au tribunal un vaste pouvoir, en equity, d'imposer le respect non seulement du droit, mais de l'équité : *Wright c. Donald S. Montgomery Holdings Ltd.* (1998), 39 B.L.R. (2d) 266 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 273; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368 (C.A. Alb.), p. 374; voir, de façon plus générale, Koehnen, p. 78-79. Par conséquent, les tribunaux saisis d'une demande de redressement pour abus doivent tenir compte de la réalité commerciale, et pas seulement de considérations strictement juridiques : *Scottish Co-operative Wholesale Society*, p. 343.

[59] Deuxièmement, comme beaucoup de recours en equity, le sort d'une demande de redressement pour abus dépend des faits en cause. On détermine ce qui est juste et équitable selon les

relationships at play. Conduct that may be oppressive in one situation may not be in another.

[60] Against this background, we turn to the first prong of the inquiry, the principles underlying the remedy of oppression. In *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360 (H.L.), at p. 379, Lord Wilberforce, interpreting s. 222 of the U.K. *Companies Act, 1948*, described the remedy of oppression in the following seminal terms:

The words [“just and equitable”] are a recognition of the fact that a limited company is more than a mere legal entity, with a personality in law of its own: that there is room in company law for recognition of the fact that behind it, or amongst it, there are individuals, with rights, expectations and obligations inter se which are not necessarily submerged in the company structure.

[61] Lord Wilberforce spoke of the equitable remedy in terms of the “rights, expectations and obligations” of individuals. “Rights” and “obligations” connote interests enforceable at law without recourse to special remedies, for example, through a contractual suit or a derivative action under s. 239 of the *CBCA*. It is left for the oppression remedy to deal with the “expectations” of affected stakeholders. The reasonable expectations of these stakeholders is the cornerstone of the oppression remedy.

[62] As denoted by “reasonable”, the concept of reasonable expectations is objective and contextual. The actual expectation of a particular stakeholder is not conclusive. In the context of whether it would be “just and equitable” to grant a remedy, the question is whether the expectation is reasonable having regard to the facts of the specific case, the relationships at issue, and the entire context, including the fact that there may be conflicting claims and expectations.

attentes raisonnables des parties intéressées en tenant compte du contexte et des rapports en jeu. Un comportement abusif dans une situation donnée ne sera pas nécessairement abusif dans une situation différente.

[60] À partir de ces considérations générales, la Cour passe maintenant au premier volet de l'analyse, soit à l'examen des principes qui sous-tendent la demande de redressement pour abus. Dans *Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360 (H.L.), p. 379, lord Wilberforce, qui interprétait l'art. 222 de la *Companies Act, 1948* du Royaume-Uni, a décrit la demande de redressement pour abus en ces termes novateurs :

[TRADUCTION] Par ces mots [« juste et équitable »] on reconnaît le fait qu'une société à responsabilité limitée est davantage qu'une simple entité légale dotée d'une personnalité morale propre. Il y a place, en droit des sociétés, pour la reconnaissance du fait que, derrière cette société, ou au sein de celle-ci, il y a des individus et que ces individus ont des droits, des attentes et des obligations entre eux qui ne se dissolvent pas nécessairement dans la structure de la société.

[61] Lord Wilberforce a présenté le recours en equity en faisant référence aux « droits », « attentes » et « obligations » des individus. Les mots « droits » et « obligations » renvoient à des intérêts dont on peut exiger le respect en droit sans faire appel à des recours spéciaux, par exemple, au moyen d'un recours contractuel ou de l'action oblique prévue à l'art. 239 de la *LCSA*. Restent donc les « attentes » des parties intéressées comme objet de la demande de redressement pour abus. Les attentes raisonnables de ces parties intéressées constituent la pierre angulaire de la demande de redressement pour abus.

[62] Comme le suggère le mot « raisonnable », le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel. Les attentes réelles d'une partie intéressée en particulier ne sont pas concluantes. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il serait « juste et équitable » d'accueillir un recours, la question est de savoir si ces attentes sont raisonnables compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte, y compris la possibilité d'attentes et de demandes opposées.

[63] Particular circumstances give rise to particular expectations. Stakeholders enter into relationships, with and within corporations, on the basis of understandings and expectations, upon which they are entitled to rely, provided they are reasonable in the context: see *820099 Ontario; Main v. Delcan Group Inc.* (1999), 47 B.L.R. (2d) 200 (Ont. S.C.J.). These expectations are what the remedy of oppression seeks to uphold.

[64] Determining whether a particular expectation is reasonable is complicated by the fact that the interests and expectations of different stakeholders may conflict. The oppression remedy recognizes that a corporation is an entity that encompasses and affects various individuals and groups, some of whose interests may conflict with others. Directors or other corporate actors may make corporate decisions or seek to resolve conflicts in a way that abusively or unfairly maximizes a particular group's interest at the expense of other stakeholders. The corporation and shareholders are entitled to maximize profit and share value, to be sure, but not by treating individual stakeholders unfairly. Fair treatment — the central theme running through the oppression jurisprudence — is most fundamentally what stakeholders are entitled to “reasonably expect”.

[65] Section 241(2) speaks of the “act or omission” of the corporation or any of its affiliates, the conduct of “business or affairs” of the corporation and the “powers of the directors of the corporation or any of its affiliates”. Often, the conduct complained of is the conduct of the corporation or of its directors, who are responsible for the governance of the corporation. However, the conduct of other actors, such as shareholders, may also support a claim for oppression: see Koehnen, at pp. 109-10; *GATX Corp. v. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). In the appeals before us, the claims for oppression are based on allegations that the directors of BCE and Bell Canada failed to comply with the reasonable

[63] Des circonstances particulières suscitent des attentes particulières. Les parties intéressées entretiennent des rapports entre elles et avec la société, sur le fondement de perceptions et d'attentes sur lesquelles elles sont en droit de miser, sous réserve de leur caractère raisonnable dans les circonstances : voir *820099 Ontario; Main v. Delcan Group Inc.* (1999), 47 B.L.R. (2d) 200 (C.S.J. Ont.). Le recours en cas d'abus vise précisément à assurer le respect de ces attentes.

[64] La possibilité d'un conflit entre les intérêts et les attentes de différentes parties intéressées ajoute à la complexité de l'appréciation du caractère raisonnable d'une attente particulière. La demande de redressement pour abus reconnaît qu'une société est une entité qui comprend et touche différents groupes et individus dont les intérêts peuvent être opposés. Les administrateurs ou d'autres parties impliquées dans les affaires de la société peuvent, en prenant des décisions à son égard ou en tentant de résoudre des conflits, retenir des solutions qui maximisent abusivement ou injustement les intérêts d'un groupe en particulier au détriment d'autres parties intéressées. Certes, la société et les actionnaires ont le droit de maximiser les bénéfices et la valeur des actions, mais ils ne peuvent le faire en traitant des parties intéressées inéquitablement. Un traitement équitable est, fondamentalement, ce à quoi les parties intéressées peuvent « raisonnablement s'attendre » — et le thème central récurrent de toute la jurisprudence en matière d'abus.

[65] Le paragraphe 241(2) parle du « comportement » de la société ou de l'une des personnes morales de son groupe, de la conduite de « ses activités commerciales ou ses affaires internes » et de l'exercice par « ses administrateurs » de leurs « pouvoirs ». La situation dont on se plaint est souvent provoquée par le comportement de la société ou de ses administrateurs, qui sont responsables de la gouvernance de la société. Une demande de redressement pour abus peut toutefois découler du comportement d'autres parties impliquées dans les affaires de la société, comme des actionnaires : voir Koehnen, p. 109-110; *GATX Corp. c. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans les présents pourvois,

expectations of the debentureholders, and it is unnecessary to go beyond this.

[66] The fact that the conduct of the directors is often at the centre of oppression actions might seem to suggest that directors are under a direct duty to individual stakeholders who may be affected by a corporate decision. Directors, acting in the best interests of the corporation, may be obliged to consider the impact of their decisions on corporate stakeholders, such as the debentureholders in these appeals. This is what we mean when we speak of a director being required to act in the best interests of the corporation viewed as a good corporate citizen. However, the directors owe a fiduciary duty to the corporation, and only to the corporation. People sometimes speak in terms of directors owing a duty to both the corporation and to stakeholders. Usually this is harmless, since the reasonable expectations of the stakeholder in a particular outcome often coincide with what is in the best interests of the corporation. However, cases (such as these appeals) may arise where these interests do not coincide. In such cases, it is important to be clear that the directors owe their duty to the corporation, not to stakeholders, and that the reasonable expectation of stakeholders is simply that the directors act in the best interests of the corporation.

[67] Having discussed the concept of reasonable expectations that underlies the oppression remedy, we arrive at the second prong of the s. 241 oppression remedy. Even if reasonable, not every unmet expectation gives rise to claim under s. 241. The section requires that the conduct complained of amount to “oppression”, “unfair prejudice” or “unfair disregard” of relevant interests. “Oppression” carries the sense of conduct that is coercive and abusive, and suggests bad faith. “Unfair prejudice” may admit of a less culpable state of mind, that nevertheless has unfair consequences. Finally, “unfair disregard” of

les demandes de redressement pour abus sont fondées sur des allégations selon lesquelles les administrateurs de BCE et de Bell Canada ont frustré les attentes raisonnables des détenteurs de débentures et il est inutile d’étendre notre examen au-delà de ces allégations.

[66] Le fait que le comportement des administrateurs soit souvent au centre des actions pour abus peut sembler indiquer que les administrateurs sont assujettis à une obligation directe envers les parties intéressées qui risquent d’être touchées par une décision de la société. En agissant au mieux des intérêts de la société, les administrateurs peuvent être obligés de considérer les effets de leurs décisions sur les parties intéressées, comme les détenteurs de débentures en l’espèce. C’est ce qu’on entend lorsqu’on affirme qu’un administrateur doit agir au mieux des intérêts de la société en tant qu’entreprise socialement responsable. Toutefois, les administrateurs ont une obligation fiduciaire envers la société, et uniquement envers la société. Certes, on parle parfois de l’obligation des administrateurs envers la société et envers les parties intéressées. Cela ne porte habituellement pas à conséquence, puisque les attentes raisonnables d’une partie intéressée quant à un résultat donné coïncident souvent avec les intérêts de la société. Il peut néanmoins arriver (comme en l’espèce) que ce ne soit pas le cas. Il importe de préciser que l’obligation des administrateurs est alors envers la société et non envers les parties intéressées, et que les parties intéressées ont pour seule attente raisonnable celle que les administrateurs agissent au mieux des intérêts de la société.

[67] Après avoir examiné le concept des attentes raisonnables qui sous-tend la demande de redressement pour abus, la Cour passe au second volet du recours prévu à l’art. 241. Toutes les attentes déçues, même lorsqu’elles sont raisonnables, ne donnent pas ouverture à une demande sous le régime de l’art. 241. Cette disposition exige que le comportement visé constitue un « abus », un « préjudice injuste » ou une « omission injuste de tenir compte » des intérêts en cause. Le terme « abus » désigne un comportement coercitif et excessif et évoque la mauvaise foi. Le « préjudice injuste »



interests extends the remedy to ignoring an interest as being of no importance, contrary to the stakeholders' reasonable expectations: see Koehnen, at pp. 81-88. The phrases describe, in adjectival terms, ways in which corporate actors may fail to meet the reasonable expectations of stakeholders.

[68] In summary, the foregoing discussion suggests conducting two related inquiries in a claim for oppression: (1) Does the evidence support the reasonable expectation asserted by the claimant? and (2) Does the evidence establish that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard" of a relevant interest?

[69] Against the background of this overview, we turn to a more detailed discussion of these inquiries.

(a) *Proof of a Claimant's Reasonable Expectations*

[70] At the outset, the claimant must identify the expectations that he or she claims have been violated by the conduct at issue and establish that the expectations were reasonably held. As stated above, it may be readily inferred that a stakeholder has a reasonable expectation of fair treatment. However, oppression, as discussed, generally turns on particular expectations arising in particular situations. The question becomes whether the claimant stakeholder reasonably held the particular expectation. Evidence of an expectation may take many forms depending on the facts of the case.

[71] It is impossible to catalogue exhaustively situations where a reasonable expectation may arise due to their fact-specific nature. A few generalizations, however, may be ventured. Actual unlawfulness is

peut impliquer un état d'esprit moins coupable, mais dont les conséquences sont néanmoins injustes. Enfin, l'« omission injuste de tenir compte » d'intérêts donnés étend l'application de ce recours à une situation où un intérêt n'est pas pris en compte parce qu'il est perçu comme sans importance, contrairement aux attentes raisonnables des parties intéressées : voir Koehnen, p. 81-88. Ces expressions décrivent, à l'aide de qualificatifs, des façons dont les parties impliquées dans les affaires d'une société peuvent frustrer les attentes raisonnables des parties intéressées.

[68] En résumé, les considérations qui précèdent indiquent que le tribunal saisi d'une demande de redressement pour abus doit répondre à deux questions interreliées : (1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant? (2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement qui correspond à la définition d'un « abus », d'un « préjudice injuste » ou d'une « omission injuste de tenir compte » d'un intérêt pertinent?

[69] C'est sur cette toile de fond que la Cour examinera maintenant ces questions de façon plus approfondie.

a) *La preuve de l'attente raisonnable*

[70] L'auteur de la demande de redressement doit d'abord préciser quelles attentes ont censément été frustrées par le comportement en cause et en établir le caractère raisonnable. Comme cela a déjà été mentionné, on peut d'emblée déduire qu'une partie intéressée s'attend raisonnablement à être traitée équitablement. Toutefois, comme on l'a vu, l'abus touche généralement une attente particulière propre à une situation donnée. Il faut dès lors établir l'existence de cette attente raisonnable de la partie intéressée. La preuve d'une attente peut se faire de différentes façons selon les faits.

[71] Il est impossible de dresser une liste exhaustive des situations qui peuvent susciter une attente raisonnable, compte tenu de leur nature circonstancielle. Il est toutefois possible d'énoncer quelques

not required to invoke s. 241; the provision applies “where the impugned conduct is wrongful, even if it is not actually unlawful”: Dickerson Committee (R. W. V. Dickerson, J. L. Howard and L. Getz), *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (1971), vol. I, at p. 163. The remedy is focused on concepts of fairness and equity rather than on legal rights. In determining whether there is a reasonable expectation or interest to be considered, the court looks beyond legality to what is fair, given all of the interests at play: *Re Keho Holdings Ltd. and Noble*. It follows that not all conduct that is harmful to a stakeholder will give rise to a remedy for oppression as against the corporation.

[72] Factors that emerge from the case law that are useful in determining whether a reasonable expectation exists include: general commercial practice; the nature of the corporation; the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders.

(i) Commercial Practice

[73] Commercial practice plays a significant role in forming the reasonable expectations of the parties. A departure from normal business practices that has the effect of undermining or frustrating the complainant’s exercise of his or her legal rights will generally (although not inevitably) give rise to a remedy: *Adecco Canada Inc. v. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275 (Ont. S.C.J.); *SCI Systems Inc. v. Gornitzki Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), var’d (1998), 110 O.A.C. 160 (Div. Ct.); *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 200 D.L.R. (4th) 289 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [2002] 1 S.C.R. vi.

(ii) The Nature of the Corporation

[74] The size, nature and structure of the corporation are relevant factors in assessing reasonable

principes généraux. Le recours prévu par l’art. 241 n’exige pas qu’il y ait illégalité; cet article entre en jeu « lorsque la conduite attaquée est [fautive], même si elle n’est pas en fait illégale » : Comité Dickerson (R. W. V. Dickerson, J. L. Howard et L. Getz), *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* (1971), vol. I, p. 188. Ce recours est axé sur les notions de justice et d’équité plutôt que sur les droits. Pour déterminer si des intérêts ou attentes raisonnables doivent être pris en considération, les tribunaux vont au-delà de la légalité et se demandent ce qui est équitable compte tenu de tous les intérêts en jeu : *Re Keho Holdings Ltd. and Noble*. Il s’ensuit que toute conduite préjudiciable pour une partie intéressée ne donnera pas nécessairement ouverture à une demande de redressement pour abus contre la société.

[72] Des facteurs utiles pour l’appréciation d’une attente raisonnable ressortent de la jurisprudence. Ce sont notamment les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées.

(i) Les pratiques commerciales

[73] Les pratiques commerciales jouent un rôle important dans la formation des attentes raisonnables des parties. Une dérogation aux pratiques commerciales habituelles qui entrave ou rend impossible l’exercice de ses droits par le plaignant donnera généralement (mais pas inévitablement) ouverture à un recours : *Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275 (C.S.J. Ont.); *SCI Systems Inc. c. Gornitzki Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300 (C. Ont. (Div. gén.)), mod. par (1998), 110 O.A.C. 160 (C. div.); *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 200 D.L.R. (4th) 289 (C.A. Ont.), autorisation d’appel refusée, [2002] 1 R.C.S. vi.

(ii) La nature de la société

[74] La taille, la nature et la structure de la société constituent également des facteurs pertinents

expectations: *First Edmonton Place*; G. Shapira, “Minority Shareholders’ Protection — Recent Developments” (1982), 10 *N.Z. Univ. L. Rev.* 134, at pp. 138 and 145-46. Courts may accord more latitude to the directors of a small, closely held corporation to deviate from strict formalities than to the directors of a larger public company.

(iii) Relationships

[75] Reasonable expectations may emerge from the personal relationships between the claimant and other corporate actors. Relationships between shareholders based on ties of family or friendship may be governed by different standards than relationships between arm’s length shareholders in a widely held corporation. As noted in *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 718 (Ont. C.A.), “when dealing with a close corporation, the court may consider the relationship between the shareholders and not simply legal rights as such” (p. 727).

(iv) Past Practice

[76] Past practice may create reasonable expectations, especially among shareholders of a closely held corporation on matters relating to participation of shareholders in the corporation’s profits and governance: *Gibbons v. Medical Carriers Ltd.* (2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229; 820099 *Ontario*. For instance, in *Gibbons*, the court found that the shareholders had a legitimate expectation that all monies paid out of the corporation would be paid to shareholders in proportion to the percentage of shares they held. The authorization by the new directors to pay fees to themselves, for which the shareholders would not receive any comparable payments, was in breach of those expectations.

[77] It is important to note that practices and expectations can change over time. Where valid commercial reasons exist for the change and the

dans l’appréciation d’une attente raisonnable : *First Edmonton Place*; G. Shapira, « Minority Shareholders’ Protection — Recent Developments » (1982), 10 *N.Z. Univ. L. Rev.* 134, p. 138 et 145-146. Il est possible que les tribunaux accordent une plus grande latitude pour déroger à des formalités strictes aux administrateurs d’une petite société fermée qu’à ceux d’une société ouverte de plus grande taille.

(iii) Les rapports existants

[75] Les rapports personnels entre le plaignant et d’autres parties impliquées dans les affaires de la société peuvent également donner naissance à des attentes raisonnables. Par exemple, il se peut que les rapports entre actionnaires fondés sur des liens familiaux ou des liens d’amitié n’obéissent pas aux mêmes normes que les rapports entre actionnaires sans lien de dépendance d’une société ouverte. Pour reprendre les propos tenus dans l’affaire *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 718 (C.A. Ont.), [TRADUCTION] « lorsqu’une société fermée est en cause, le tribunal peut tenir compte du rapport entre les actionnaires et non simplement des droits » (p. 727).

(iv) Les pratiques antérieures

[76] Les pratiques antérieures peuvent faire naître des attentes raisonnables, plus particulièrement chez les actionnaires d’une société fermée quant à leur participation aux profits et à la gouvernance de la société : *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.* (2001), 17 B.L.R. (3d) 280, 2001 MBQB 229; 820099 *Ontario*. Dans *Gibbons*, par exemple, la Cour a jugé que les actionnaires pouvaient légitimement s’attendre à ce que tous les versements faits aux actionnaires par la société soient proportionnels au pourcentage d’actions qu’ils détenaient. La décision des nouveaux administrateurs de se verser des honoraires, pour lesquels les actionnaires ne recevraient pas de paiements correspondants, était contraire à ces attentes.

[77] Il importe de souligner que les pratiques et les attentes peuvent changer avec le temps. Lorsqu’un changement est motivé par des raisons

change does not undermine the complainant's rights, there can be no reasonable expectation that directors will resist a departure from past practice: *Alberta Treasury Branches v. SevenWay Capital Corp.* (1999), 50 B.L.R. (2d) 294 (Alta. Q.B.), aff'd (2000), 8 B.L.R. (3d) 1, 2000 ABCA 194.

(v) Preventive Steps

[78] In determining whether a stakeholder expectation is reasonable, the court may consider whether the claimant could have taken steps to protect itself against the prejudice it claims to have suffered. Thus it may be relevant to inquire whether a secured creditor claiming oppressive conduct could have negotiated protections against the prejudice suffered: *First Edmonton Place; SCI Systems*.

(vi) Representations and Agreements

[79] Shareholder agreements may be viewed as reflecting the reasonable expectations of the parties: *Main; Lyall v. 147250 Canada Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 304 (B.C.C.A.).

[80] Reasonable expectations may also be affected by representations made to stakeholders or to the public in promotional material, prospectuses, offering circulars and other communications: *Tsui v. International Capital Corp.*, [1993] 4 W.W.R. 613 (Sask. Q.B.), aff'd (1993), 113 Sask. R. 3 (C.A.); *Deutsche Bank Canada v. Oxford Properties Group Inc.* (1998), 40 B.L.R. (2d) 302 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Themadel Foundation v. Third Canadian Investment Trust Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 7 (Gen. Div.), var'd (1998), 38 O.R. (3d) 749 (C.A.).

(vii) Fair Resolution of Conflicting Interests

[81] As discussed, conflicts may arise between the interests of corporate stakeholders *inter se* and between stakeholders and the corporation. Where the conflict involves the interests of the corporation, it falls to the directors of the corporation to resolve them in accordance with their fiduciary

commerciales valides et qu'il ne porte pas atteinte aux droits du plaignant, il ne saurait exister d'attente raisonnable que les administrateurs s'abstiendraient de déroger aux pratiques antérieures: *Alberta Treasury Branches c. SevenWay Capital Corp.* (1999), 50 B.L.R. (2d) 294 (B.R. Alb.), conf. par (2000), 8 B.L.R. (3d) 1, 2000 ABCA 194.

(v) Les mesures préventives

[78] Lorsqu'il apprécie le caractère raisonnable d'une attente d'une partie intéressée, le tribunal peut se demander si le plaignant aurait pu prendre des mesures pour se protéger contre le préjudice qu'il allègue avoir subi. Ainsi, il peut être pertinent de déterminer si un créancier garanti qui se plaint d'un abus aurait pu négocier des mesures de protection contre le préjudice en cause: *First Edmonton Place; SCI Systems*.

(vi) Les déclarations et conventions

[79] On peut considérer une convention d'actionnaires comme l'expression des attentes raisonnables des parties: *Main; Lyall c. 147250 Canada Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 304 (C.A.C.-B.).

[80] Les déclarations faites à des parties intéressées ou au public dans des documents promotionnels, des prospectus, des circulaires d'offre et d'autres communications peuvent également influencer sur les attentes raisonnables: *Tsui c. International Capital Corp.*, [1993] 4 W.W.R. 613 (B.R. Sask.), conf. par (1993), 113 Sask. R. 3 (C.A.); *Deutsche Bank Canada c. Oxford Properties Group Inc.* (1998), 40 B.L.R. (2d) 302 (C. Ont. (Div. gén.)); *Themadel Foundation c. Third Canadian Investment Trust Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 7 (Div. gén.), mod. par (1998), 38 O.R. (3d) 749 (C.A.).

(vii) La conciliation équitable d'intérêts opposés

[81] Comme cela a été souligné, des conflits peuvent surgir soit entre les intérêts de différentes parties intéressées, soit entre les intérêts des parties intéressées et ceux de la société. Lorsque le conflit touche les intérêts de la société, il revient aux administrateurs de la société de le résoudre

duty to act in the best interests of the corporation, viewed as a good corporate citizen.

[82] The cases on oppression, taken as a whole, confirm that the duty of the directors to act in the best interests of the corporation comprehends a duty to treat individual stakeholders affected by corporate actions equitably and fairly. There are no absolute rules. In each case, the question is whether, in all the circumstances, the directors acted in the best interests of the corporation, having regard to all relevant considerations, including, but not confined to, the need to treat affected stakeholders in a fair manner, commensurate with the corporation's duties as a responsible corporate citizen.

[83] Directors may find themselves in a situation where it is impossible to please all stakeholders. The "fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction": *Maple Leaf Foods, per Weiler J.A.*, at p. 192.

[84] There is no principle that one set of interests — for example the interests of shareholders — should prevail over another set of interests. Everything depends on the particular situation faced by the directors and whether, having regard to that situation, they exercised business judgment in a responsible way.

[85] On these appeals, it was suggested on behalf of the corporations that the "*Revlon* line" of cases from Delaware support the principle that where the interests of shareholders conflict with the interests of creditors, the interests of shareholders should prevail.

[86] The "*Revlon* line" refers to a series of Delaware corporate takeover cases, the two most important of which are *Revlon, Inc. v. MacAndrews*

conformément à leur obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société en tant qu'entreprise socialement responsable.

[82] Dans son ensemble, la jurisprudence en matière d'abus confirme que l'obligation des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société inclut le devoir de traiter de façon juste et équitable chaque partie intéressée touchée par les actes de la société. Il n'existe pas de règles absolues. Il faut se demander chaque fois si, dans les circonstances, les administrateurs ont agi au mieux des intérêts de la société, en prenant en considération tous les facteurs pertinents, ce qui inclut, sans s'y limiter, la nécessité de traiter les parties intéressées qui sont touchées de façon équitable, conformément aux obligations de la société en tant qu'entreprise socialement responsable.

[83] Les administrateurs peuvent se retrouver dans une situation où il leur est impossible de satisfaire toutes les parties intéressées. [TRADUCTION] « Il importe peu que les administrateurs aient écarté d'autres transactions, sauf si on peut démontrer que l'une de ces autres transactions pouvait effectivement être réalisée et était manifestement plus avantageuse pour l'entreprise que celle qui a été choisie » : *Maple Leaf Foods*, la juge Weiler, p. 192.

[84] Aucun principe n'établit que les intérêts d'un groupe — ceux des actionnaires, par exemple — doivent prévaloir sur ceux d'un autre groupe. Tout dépend des particularités de la situation dans laquelle se trouvent les administrateurs et de la question de savoir si, dans les circonstances, ils ont agi de façon responsable dans leur appréciation commerciale.

[85] En l'espèce, les appelantes ont fait valoir que le courant jurisprudentiel émanant du Delaware et représenté par l'arrêt *Revlon* appuie le principe voulant qu'un conflit entre les intérêts des actionnaires et ceux des créanciers doive être résolu en faveur des actionnaires.

[86] Le courant jurisprudentiel dit *Revlon* regroupe une série de décisions rendues au Delaware dans le contexte d'offres publiques d'achat (« OPA ») et

& *Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986), and *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985). In both cases, the issue was how directors should react to a hostile takeover bid. *Revlon* suggests that in such circumstances, shareholder interests should prevail over those of other stakeholders, such as creditors. *Unocal* tied this approach to situations where the corporation will not continue as a going concern, holding that although a board facing a hostile takeover “may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, . . . such concern for non-stockholder interests is inappropriate when . . . the object no longer is to protect or maintain the corporate enterprise but to sell it to the highest bidder” (p. 182).

[87] What is clear is that the *Revlon* line of cases has not displaced the fundamental rule that the duty of the directors cannot be confined to particular priority rules, but is rather a function of business judgment of what is in the best interests of the corporation, in the particular situation it faces. In a review of trends in Delaware corporate jurisprudence, former Delaware Supreme Court Chief Justice E. Norman Veasey put it this way:

[I]t is important to keep in mind the precise content of this “best interests” concept — that is, to whom this duty is owed and when. Naturally, one often thinks that directors owe this duty to both the corporation and the stockholders. That formulation is harmless in most instances because of the confluence of interests, in that what is good for the corporate entity is usually derivatively good for the stockholders. There are times, of course, when the focus is directly on the interests of stockholders [i.e., as in *Revlon*]. But, in general, the directors owe fiduciary duties to the *corporation*, not to the stockholders. [Emphasis in original.]

(E. Norman Veasey with Christine T. Di Guglielmo, “What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on

dont les deux plus importantes sont *Revlon, Inc. c. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986), et *Unocal Corp. c. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985). Dans ces deux décisions, il s’agissait de déterminer comment les administrateurs devaient réagir à une OPA hostile. L’arrêt *Revlon* donne à croire que, dans ce contexte, les intérêts des actionnaires doivent l’emporter sur ceux des autres parties intéressées, comme les créanciers. L’arrêt *Unocal* a appliqué cette approche aux situations dans lesquelles la société ne poursuivra pas ses activités et précisé que, bien que le conseil d’administration d’une société visée par une OPA hostile [TRADUCTION] « puisse tenir compte de diverses parties intéressées lorsqu’il s’acquitte de ses fonctions [ . . . ] il n’est pas approprié de prendre ainsi en compte les intérêts des non-actionnaires lorsque [ . . . ] l’objectif n’est plus de protéger la société ou d’en poursuivre les activités, mais de la vendre au plus offrant » (p. 182).

[87] Ce qui est clair, c’est que le courant jurisprudentiel dit *Revlon* n’a pas remplacé la règle fondamentale selon laquelle l’obligation des administrateurs ne peut se réduire à l’application de règles de priorité particulières, mais relève plutôt de l’appréciation commerciale de ce qui sert le mieux les intérêts de la société, dans la situation où elle se trouve. L’ancien juge en chef de la Cour suprême du Delaware, E. Norman Veasey, s’est exprimé ainsi dans une analyse des tendances jurisprudentielles en droit des sociétés au Delaware :

[TRADUCTION] [I]l faut garder à l’esprit le contenu précis du concept « d’obligation d’agir au mieux des intérêts » — c’est-à-dire envers qui et quand s’applique cette obligation. Naturellement, on pense souvent que les administrateurs sont ainsi obligés tant envers la société qu’envers les actionnaires. Cette façon de voir est le plus souvent inoffensive parce qu’il y a concordance des intérêts, puisque ce qui est bon pour la société est habituellement bon pour les actionnaires. Il arrive bien sûr que l’accent soit mis directement sur les intérêts des actionnaires [comme dans *Revlon*]. En général, cependant, les administrateurs sont obligés envers la *société*, et non envers les actionnaires. [En italique dans l’original.]

(E. Norman Veasey, assisté de Christine T. Di Guglielmo, « What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004?

Some Key Developments” (2005), 153 *U. Pa. L. Rev.* 1399, at p. 1431)

[88] Nor does this Court’s decision in *Peoples Department Stores* suggest a fixed rule that the interests of creditors must prevail. In *Peoples Department Stores*, the Court had to consider whether, in the case of a corporation under threat of bankruptcy, creditors deserved special consideration (para. 46). The Court held that the fiduciary duty to the corporation did not change in the period preceding the bankruptcy, but that if the directors breach their duty of care to a stakeholder under s. 122(1)(b) of the *CBCA*, such a stakeholder may act upon it (para. 66).

(b) *Conduct Which Is Oppressive, Is Unfairly Prejudicial or Unfairly Disregards the Claimant’s Relevant Interests*

[89] Thus far we have discussed how a claimant establishes the first element of an action for oppression — a reasonable expectation that he or she would be treated in a certain way. However, to complete a claim for oppression, the claimant must show that the failure to meet this expectation involved unfair conduct and prejudicial consequences within s. 241 of the *CBCA*. Not every failure to meet a reasonable expectation will give rise to the equitable considerations that ground actions for oppression. The court must be satisfied that the conduct falls within the concepts of “oppression”, “unfair prejudice” or “unfair disregard” of the claimant’s interest, within the meaning of s. 241 of the *CBCA*. Viewed in this way, the reasonable expectations analysis that is the theoretical foundation of the oppression remedy, and the particular types of conduct described in s. 241, may be seen as complementary, rather than representing alternative approaches to the oppression remedy, as has sometimes been supposed. Together, they offer a complete picture of conduct that is unjust and inequitable, to return to the language of *Ebrahimi*.

A Retrospective on Some Key Developments » (2005), 153 *U. Pa. L. Rev.* 1399, p. 1431)

[88] Par ailleurs, l’arrêt *Magasins à rayons Peoples* n’établit pas non plus de règle fixe qui ferait prévaloir les droits des créanciers. Dans cet arrêt, la Cour devait décider s’il fallait accorder une attention particulière aux créanciers d’une société menacée de faillite (par. 46). Elle a statué que l’obligation fiduciaire envers la société ne change pas au cours de la période précédant la faillite, mais qu’une partie intéressée peut intenter un recours en cas de manquement des administrateurs à l’obligation de diligence que leur impose l’al. 122(1)b) de la *LCSA* (par. 66).

b) *La conduite abusive ou injuste à l’égard des intérêts du plaignant en ce qu’elle lui porte préjudice ou ne tient pas compte de ses intérêts*

[89] Jusqu’à maintenant, la Cour a examiné la façon dont le plaignant doit établir la preuve du premier élément de la demande de redressement pour abus — à savoir qu’il s’attendait raisonnablement à être traité d’une certaine manière. Or, pour parfaire sa demande de redressement pour abus, le plaignant doit prouver que le défaut de répondre à cette attente est imputable à une conduite injuste et qu’il en a résulté des conséquences préjudiciables au sens de l’art. 241 de la *LCSA*. Ce ne sont pas, en effet, tous les cas où une attente raisonnable a été frustrée qui commandent la prise en compte des considérations en equity sur lesquelles repose la demande de redressement pour abus. Le tribunal doit être convaincu que la conduite en cause relève des notions d’« abus », de « préjudice injuste » ou d’« omission injuste de tenir compte » des intérêts du plaignant, au sens de l’art. 241 de la *LCSA*. Dans cette perspective, l’analyse des attentes raisonnables qui constitue l’assise théorique de la demande de redressement pour abus et les types particuliers de comportement décrits à l’art. 241 apparaissent comme des approches complémentaires, et non des approches distinctes, comme on l’a parfois supposé. Ensemble, ces approches offrent un tableau complet de ce qui constitue une conduite injuste et inéquitable, pour reprendre les termes de l’arrêt *Ebrahimi*.

[90] In most cases, proof of a reasonable expectation will be tied up with one or more of the concepts of oppression, unfair prejudice, or unfair disregard of interests set out in s. 241, and the two prongs will in fact merge. Nevertheless, it is worth stating that as in any action in equity, wrongful conduct, causation and compensable injury must be established in a claim for oppression.

[91] The concepts of oppression, unfair prejudice and unfairly disregarding relevant interests are adjectival. They indicate the type of wrong or conduct that the oppression remedy of s. 241 of the *CBCA* is aimed at. However, they do not represent watertight compartments, and often overlap and intermingle.

[92] The original wrong recognized in the cases was described simply as oppression, and was generally associated with conduct that has variously been described as “burdensome, harsh and wrongful”, “a visible departure from standards of fair dealing”, and an “abuse of power” going to the probity of how the corporation’s affairs are being conducted: see Koehnen, at p. 81. It is this wrong that gave the remedy its name, which now is generally used to cover all s. 241 claims. However, the term also operates to connote a particular type of injury within the modern rubric of oppression generally — a wrong of the most serious sort.

[93] The *CBCA* has added “unfair prejudice” and “unfair disregard” of interests to the original common law concept, making it clear that wrongs falling short of the harsh and abusive conduct connoted by “oppression” may fall within s. 241. “Unfair prejudice” is generally seen as involving conduct less offensive than “oppression”. Examples include squeezing out a minority shareholder, failing to disclose related party transactions, changing corporate structure to drastically alter debt ratios, adopting a “poison pill” to prevent a takeover bid, paying dividends without a formal declaration, preferring some shareholders with management fees

[90] Dans la plupart des cas, la preuve d’une attente raisonnable sera liée aux notions d’abus, de préjudice injuste ou d’omission injuste de tenir compte des intérêts, ainsi que le prévoit l’art. 241, et les deux volets de la preuve se trouveront dans les faits réunis. Il faut néanmoins souligner que, comme dans toute action en equity, la demande de redressement pour abus requiert que l’on prouve la conduite fautive, le lien de causalité et le préjudice indemnisable.

[91] Les notions d’abus, de préjudice injuste et d’omission injuste de tenir compte des intérêts pertinents sont de nature descriptive. Elles indiquent le type de faute ou de comportement visé par le recours prévu à l’art. 241 de la *LCSA*. Toutefois, il ne s’agit pas de compartiments étanches. Ces notions se chevauchent et s’enchevêtrent souvent.

[92] À l’origine, la jurisprudence décrivait simplement l’acte fautif comme un abus, généralement associé à une conduite qualifiée selon les cas d’[TRADUCTION] « accablante, dure et illégitime », d’« écart marqué par rapport aux normes de traitement équitable », ou d’« abus de pouvoir » mettant en cause la probité dans la conduite des affaires de la société : voir Koehnen, p. 81. C’est de cet acte fautif que le recours tire son nom, lequel sert dorénavant à désigner de façon générale tous les recours fondés sur l’art. 241. Toutefois, ce terme sous-entend également un type particulier de préjudice relevant de la conception moderne de l’abus au sens général, soit un acte fautif très grave.

[93] À la notion initiale de la common law, la *LCSA* a ajouté les notions de « préjudice injuste » et d’« omission injuste de tenir compte » des intérêts, indiquant ainsi clairement que les actes fautifs qui ne peuvent être qualifiés d’abusifs peuvent néanmoins tomber sous le coup de l’art. 241. Règle générale, le « préjudice injuste » est considéré comme supposant une conduite moins grave que l’« abus », par exemple l’éviction d’un actionnaire minoritaire, l’omission de divulguer des transactions avec des apparentés, la modification de la structure de la société pour changer radicalement les ratios d’endettement, l’adoption d’une « pilule



and paying directors' fees higher than the industry norm: see Koehnen, at pp. 82-83.

[94] "Unfair disregard" is viewed as the least serious of the three injuries, or wrongs, mentioned in s. 241. Examples include favouring a director by failing to properly prosecute claims, improperly reducing a shareholder's dividend, or failing to deliver property belonging to the claimant: see Koehnen, at pp. 83-84.

#### (2) Application to These Appeals

[95] As discussed above (at para. 68), in assessing a claim for oppression a court must answer two questions: (1) Does the evidence support the reasonable expectation the claimant asserts? and (2) Does the evidence establish that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard" of a relevant interest?

[96] The debentureholders in this case assert two alternative expectations. Their highest position is that they had a reasonable expectation that the directors of BCE would protect their economic interests as debentureholders in Bell Canada by putting forward a plan of arrangement that would maintain the investment grade trading value of their debentures. Before this Court, however, they argued a softer alternative — a reasonable expectation that the directors would consider their economic interests in maintaining the trading value of the debentures.

[97] As summarized above (at para. 25), the trial judge proceeded on the debentureholders' alleged expectation that the directors would act in a way that would preserve the investment grade status of their debentures. He concluded that this expectation

empoisonnée » pour éviter une OPA, le versement de dividendes sans déclaration formelle, le fait de privilégier certains actionnaires par le paiement d'honoraires de gestion et le paiement aux administrateurs d'honoraires plus élevés que la norme appliquée dans le secteur d'activité en cause : voir Koehnen, p. 82-83.

[94] L'« omission injuste de tenir compte » des intérêts est considérée comme le moins grave des trois préjudices ou actes fautifs mentionnés à l'art. 241. Favoriser un administrateur en omettant d'engager une poursuite, réduire indûment le dividende d'un actionnaire ou ne pas remettre au plaignant un bien lui appartenant en sont autant d'exemples : voir Koehnen, p. 83-84.

#### (2) Application aux présents pourvois

[95] Comme cela a déjà été expliqué (au par. 68), le tribunal saisi d'une demande de redressement pour abus doit répondre à deux questions : (1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant? (2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement pouvant être qualifié d'« abus », de « préjudice injuste » ou d'« omission injuste de tenir compte » d'un intérêt pertinent?

[96] En l'espèce, les détenteurs de débentures soutiennent avoir eu deux attentes distinctes. Leur position première est qu'ils avaient des motifs raisonnables de s'attendre à ce que les administrateurs de BCE protègent leurs intérêts financiers comme détenteurs de débentures de Bell Canada en proposant un plan d'arrangement qui maintiendrait la cote de leurs débentures comme admissibles pour des placements. Devant notre Cour, cependant, ils ont plaidé subsidiairement avoir eu une attente plus limitée — l'attente raisonnable que les administrateurs tiendraient compte de leurs intérêts financiers en préservant la valeur marchande des débentures.

[97] Ainsi que la Cour l'a exposé brièvement plus haut (au par. 25), le juge de première instance a étudié la prétention des détenteurs de débentures qu'ils s'attendaient à ce que les administrateurs agissent de façon à préserver la cote de placements

was not made out on the evidence, since the statements by Bell Canada suggesting a commitment to retaining investment grade ratings were accompanied by warnings that explicitly precluded investors from reasonably forming such expectations, and the warnings were included in the prospectuses pursuant to which the debentures were issued.

[98] The absence of a reasonable expectation that the investment grade of the debentures would be maintained was confirmed, in the trial judge's view, by the overall context of the relationship, the nature of the corporation, its situation as the target of a bidding war, as well as by the fact that the claimants could have protected themselves against reduction in market value by negotiating appropriate contractual terms.

[99] The trial judge situated his consideration of the relevant factors in the appropriate legal context. He recognized that the directors had a fiduciary duty to act in the best interests of the corporation and that the content of this duty was affected by the various interests at stake in the context of the auction process that BCE was undergoing. He emphasized that the directors, faced with conflicting interests, might have no choice but to approve transactions that, while in the best interests of the corporation, would benefit some groups at the expense of others. He held that the fact that the shareholders stood to benefit from the transaction and that the debentureholders were prejudiced did not in itself give rise to a conclusion that the directors had breached their fiduciary duty to the corporation. All three competing bids required Bell Canada to assume additional debt, and there was no evidence that bidders were prepared to accept less leveraged debt. Under the business judgment rule, deference should be accorded to business decisions of directors taken in good faith and in the performance of the functions they were elected to perform by the shareholders.

admissibles de leurs débentures. Il a conclu que la preuve de cette attente n'avait pas été établie étant donné que les déclarations de Bell Canada concernant son engagement à conserver une cote de placements admissibles s'accompagnaient de mises en garde faisant explicitement en sorte que les investisseurs ne pourraient former de telles attentes, mises en garde qui figuraient aussi dans les prospectus d'émission des débentures.

[98] L'absence d'une attente raisonnable quant au maintien de la cote de placements admissibles des débentures trouvait confirmation, selon le juge de première instance, dans le contexte global de la relation entre la société et les détenteurs de débentures, la nature de la société, sa situation en tant que cible de plusieurs offres d'achat, de même que dans le fait que les plaignants auraient pu se protéger eux-mêmes contre le fléchissement de la valeur marchande en négociant des clauses contractuelles appropriées.

[99] Le juge de première instance a procédé à l'examen des facteurs pertinents en utilisant le cadre juridique approprié. Il a reconnu que les administrateurs avaient l'obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société et que le contenu de cette obligation dépendait des divers intérêts en jeu dans le contexte du processus d'enchères dont BCE faisait l'objet. Il a souligné que, face à des intérêts opposés, les administrateurs pouvaient n'avoir d'autre choix que d'approuver des transactions qui, bien qu'elles servent au mieux les intérêts de la société, privilégieraient certains groupes au détriment d'autres groupes. Il a conclu que le fait que les actionnaires puissent réaliser un gain alors que les détenteurs de débentures subiraient un préjudice ne permettait pas en soi de conclure à un manquement à l'obligation fiduciaire des administrateurs envers la société. Les trois offres concurrentes comportaient toutes un endettement supplémentaire de Bell Canada, et rien dans la preuve n'indiquait que les soumissionnaires étaient disposés à accepter un endettement moindre. Selon la règle de l'appréciation commerciale, il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions commerciales que les administrateurs prennent de bonne foi dans l'exécution des fonctions pour lesquelles ils ont été élus par les actionnaires.

[100] We see no error in the principles applied by the trial judge nor in his findings of fact, which were amply supported by the evidence. We accordingly agree that the first expectation advanced in this case — that the investment grade status of the debentures would be maintained — was not established.

[101] The alternative, softer, expectation advanced is that the directors would consider the interests of the bondholders in maintaining the trading value of the debentures. The Court of Appeal, albeit in the context of its reasons on the s. 192 application, accepted this as a reasonable expectation. It held that the representations made over the years, while not legally binding, created expectations beyond contractual rights. It went on to state that in these circumstances, the directors were under a duty, not simply to accept the best offer, but to consider whether the arrangement could be restructured in a way that provided a satisfactory price to the shareholders while avoiding an adverse effect on debentureholders.

[102] The evidence, objectively viewed, supports a reasonable expectation that the directors would consider the position of the debentureholders in making their decisions on the various offers under consideration. As discussed above, reasonable expectations for the purpose of a claim of oppression are not confined to legal interests. Given the potential impact on the debentureholders of the transactions under consideration, one would expect the directors, acting in the best interests of the corporation, to consider their short and long-term interests in the course of making their ultimate decision.

[103] Indeed, the evidence shows that the directors did consider the interests of the debentureholders. A number of debentureholders sent letters to the Board, expressing concern about the proposed leveraged buyout and seeking assurances that their interests would be considered. One of the directors, Mr. Pattison, met with Phillips, Hager & North,

[100] La Cour estime que le juge de première instance n'a commis aucune erreur dans son application des principes ni dans ses conclusions de fait, qui étaient amplement étayées par la preuve. La Cour est donc d'accord pour dire que la première attente alléguée en l'espèce — soit le maintien de la cote de placements admissibles des débentures — n'a pas été établie.

[101] L'attente subsidiaire, plus limitée, avancée par les plaignants, est que les administrateurs prendraient en compte les intérêts des créanciers obligataires en maintenant la valeur marchande des débentures. Dans le contexte de ses motifs concernant l'application de l'art. 192, la Cour d'appel a reconnu qu'il s'agissait là d'une attente raisonnable. Elle a conclu que les déclarations faites au cours des années, bien que non juridiquement contraignantes, avaient créé des attentes qui s'ajoutaient aux droits contractuels. Elle a ajouté que, dans ces circonstances, il incombait aux administrateurs non seulement de retenir la meilleure offre, mais encore d'examiner s'il était possible de restructurer l'arrangement de façon à assurer un prix satisfaisant aux actionnaires tout en évitant de causer un préjudice aux détenteurs de débentures.

[102] Considérée objectivement, la preuve permet de conclure qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que les administrateurs tiennent compte de la position des détenteurs de débentures pour prendre leurs décisions concernant les diverses offres à l'étude. Comme cela a été mentionné, dans le cadre d'une demande de redressement pour abus, les attentes raisonnables ne se limitent pas aux droits. Étant donné les répercussions potentielles des transactions proposées sur les détenteurs de débentures, on s'attendrait à ce que les administrateurs, agissant au mieux des intérêts de la société, tiennent compte de leurs intérêts à court et à long termes dans leur décision ultime.

[103] De fait, la preuve indique que les administrateurs ont effectivement tenu compte des intérêts des détenteurs de débentures. Un certain nombre de détenteurs de débentures ont écrit au Conseil d'administration pour exprimer leurs craintes concernant l'acquisition par emprunt proposée et demander l'assurance que leurs intérêts seraient pris en

representatives of the debentureholders. The directors' response to these overtures was that the contractual terms of the debentures would be met, but no additional assurances were given.

[104] It is apparent that the directors considered the interests of the debentureholders and, having done so, concluded that while the contractual terms of the debentures would be honoured, no further commitments could be made. This fulfilled the duty of the directors to consider the debentureholders' interests. It did not amount to "unfair disregard" of the interests of the debentureholders. As discussed above, it may be impossible to satisfy all stakeholders in a given situation. In this case, the Board considered the interests of the claimant stakeholders. Having done so, and having considered its options in the difficult circumstances it faced, it made its decision, acting in what it perceived to be the best interests of the corporation.

[105] What the claimants contend for on this appeal, in reality, is not merely an expectation that their interests be considered, but an expectation that the Board would take further positive steps to restructure the purchase in a way that would provide a satisfactory purchase price to the shareholders and preserve the high market value of the debentures. At this point, the second, softer expectation asserted approaches the first alleged expectation of maintaining the investment grade rating of the debentures.

[106] The difficulty with this proposition is that there is no evidence that it was reasonable to suppose it could have been achieved. BCE, facing certain takeover, acted reasonably to create a competitive bidding process. The process attracted three bids. All of the bids were leveraged, involving a substantial increase in Bell Canada's debt. It was this factor that posed the risk to the trading value

compte. L'un des administrateurs, M. Pattison, a rencontré les représentants des détenteurs de débentures, Phillips, Hager & North. Les administrateurs ont répondu à l'expression de ces inquiétudes en affirmant qu'ils respecteraient les dispositions contractuelles rattachées aux débentures, mais aucune autre assurance n'a été donnée.

[104] Les administrateurs ont manifestement pris en considération les intérêts des détenteurs de débentures et, cela fait, ils ont conclu qu'ils ne pouvaient prendre aucun autre engagement que celui de respecter les dispositions contractuelles rattachées aux débentures. Cela répondait à l'obligation des administrateurs de tenir compte des intérêts des détenteurs de débentures. Cela ne constituait pas une « omission injuste de tenir compte » des intérêts des détenteurs de débentures. Comme nous l'avons vu, il peut s'avérer impossible de satisfaire toutes les parties intéressées dans une situation donnée. En l'espèce, le Conseil d'administration a pris en compte les intérêts des plaignants. Cela fait, et après avoir examiné ses options dans les circonstances difficiles auxquelles il faisait face, il a pris la décision qui lui paraissait servir le mieux des intérêts de la société.

[105] Ce que les plaignants font valoir en réalité dans le présent pourvoi, ce n'est pas simplement qu'ils s'attendaient à ce qu'on tienne compte de leurs intérêts, mais bien qu'ils comptaient que le Conseil d'administration adopte des mesures concrètes pour restructurer l'acquisition de manière à assurer un prix d'achat satisfaisant pour les actionnaires et à préserver la valeur marchande élevée des débentures. Sur ce point, la seconde attente, plus limitée, rejoint la première attente alléguée, soit le maintien de la cote de placements admissibles des débentures.

[106] La difficulté rattachée à cette prétention est que rien dans la preuve n'indique qu'il était raisonnable de supposer que ce résultat pouvait être atteint. Dans la perspective d'une prise de contrôle certaine, BCE a agi de façon raisonnable pour créer un processus de soumissions concurrentiel. Le processus a suscité trois offres. Toutes les offres comportaient un emprunt, qui accroîtrait substantiellement

of the debentures. There is no evidence that BCE could have done anything to avoid that risk. Indeed, the evidence is to the contrary.

[107] We earlier discussed the factors to consider in determining whether an expectation is reasonable on a s. 241 oppression claim. These include commercial practice; the size, nature and structure of the corporation; the relationship between the parties; past practice; the failure to negotiate protections; agreements and representations; and the fair resolution of conflicting interests. In our view, all these factors weigh against finding an expectation beyond honouring the contractual obligations of the debentures in this particular case.

[108] Commercial practice — indeed commercial reality — undermines the claim that a way could have been found to preserve the trading position of the debentures in the context of the leveraged buyout. This reality must have been appreciated by reasonable debentureholders. More broadly, two considerations are germane to the influence of general commercial practice on the reasonableness of the debentureholders' expectations. First, leveraged buyouts of this kind are not unusual or unforeseeable, although the transaction at issue in this case is noteworthy for its magnitude. Second, trust indentures can include change of control and credit rating covenants where those protections have been negotiated. Protections of that type would have assured debentureholders a right to vote, potentially through their trustee, on the leveraged buyout, as the trial judge pointed out. This failure to negotiate protections was significant where the debentureholders, it may be noted, generally represent some of Canada's largest and most reputable financial institutions, pension funds and insurance companies.

l'endettement de Bell Canada. C'est ce facteur qui mettrait à risque la valeur des débetures. Rien dans la preuve n'indique que BCE aurait pu faire quoi que ce soit pour écarter ce risque. En fait, la preuve démontrait le contraire.

[107] Il a déjà été fait mention de facteurs à prendre en considération pour déterminer si une attente est raisonnable dans le cadre d'une demande de redressement pour abus fondée sur l'art. 241, notamment les pratiques commerciales, la taille, la nature et la structure de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, l'omission de négocier une protection, les conventions et déclarations, ainsi que la conciliation des intérêts opposés. De l'avis de la Cour, tous ces facteurs militent contre la conclusion qu'il existait en l'espèce une attente allant au-delà du respect des obligations contractuelles rattachées aux débetures.

[108] Les pratiques commerciales — en fait la réalité commerciale — affaiblissent la prétention qu'il aurait été possible de trouver une façon de préserver la valeur marchande des débetures dans le cadre d'une acquisition par emprunt. Des détenteurs de débetures raisonnables auraient eu conscience de cette réalité. Plus généralement, deux considérations sont pertinentes en ce qui concerne l'influence des pratiques commerciales générales sur le caractère raisonnable des attentes des détenteurs de débetures. Premièrement, les acquisitions par emprunt de ce type n'ont rien d'inhabituel ou d'imprévisible, bien que la transaction en cause en l'espèce se démarque par son ampleur. Deuxièmement, les actes de fiducie peuvent inclure des dispositions concernant un changement de contrôle et la cote financière dans les cas où ces protections ont été négociées. Des protections de ce type auraient assuré aux détenteurs de débetures un droit de vote, peut-être par l'intermédiaire de leur fiduciaire, sur l'acquisition par emprunt, comme l'a souligné le juge de première instance. Le défaut de négocier des mesures de protection revêtait de l'importance dans un cas où, soulignons-le, les détenteurs de débetures étaient en règle générale des institutions financières, des caisses de retraite et des sociétés d'assurance comptant parmi les plus importantes et les plus renommées du Canada.

[109] The nature and size of the corporation also undermine the reasonableness of any expectation that the directors would reject the offers that had been presented and seek an arrangement that preserved the investment grade rating of the debentures. As discussed above (at para. 74), courts may accord greater latitude to the reasonableness of expectations formed in the context of a small, closely held corporation, rather than those relating to interests in a large, public corporation. Bell Canada had become a wholly owned subsidiary of BCE in 1983, pursuant to a plan of arrangement which saw the shareholders of Bell Canada surrender their shares in exchange for shares of BCE. Based upon the history of the relationship, it should not have been outside the contemplation of debentureholders acquiring debentures of Bell Canada under the 1996 and 1997 trust indentures, that arrangements of this type had occurred and could occur in the future.

[110] The debentureholders rely on past practice, suggesting that investment grade ratings had always been maintained. However, as noted, reasonable practices may reflect changing economic and market realities. The events that precipitated the leveraged buyout transaction were such realities. Nor did the trial judge find in this case that representations had been made to debentureholders upon which they could have reasonably relied.

[111] Finally, the claim must be considered from the perspective of the duty on the directors to resolve conflicts between the interests of corporate stakeholders in a fair manner that reflected the best interests of the corporation.

[112] The best interests of the corporation arguably favoured acceptance of the offer at the time. BCE had been put in play, and the momentum of the market made a buyout inevitable. The evidence, accepted by the trial judge, was that Bell Canada needed to undertake significant changes to continue to be successful, and that privatization

[109] La nature et la taille de la société viennent également ébranler la prétention selon laquelle il aurait été raisonnable de s'attendre à ce que les administrateurs rejettent les offres présentées et recherchent un arrangement susceptible de préserver la cote de placements admissibles des débentures. On a déjà signalé (au par. 74) qu'il est possible que les tribunaux accordent plus de latitude quant aux attentes raisonnables dans le cas d'une petite société fermée que dans celui d'une société ouverte de plus grande taille. Bell Canada était devenue une filiale en propriété exclusive de BCE en 1983, en vertu d'un plan d'arrangement par lequel les actionnaires de Bell Canada cédaient leurs actions en échange d'actions de BCE. Compte tenu de l'historique du rapport en cause, les détenteurs de débentures de Bell Canada de 1996 et 1997 devaient savoir, lorsqu'ils les ont acquises, que des arrangements de ce type avaient déjà été conclus et pouvaient l'être dans l'avenir.

[110] Les détenteurs de débentures invoquent les pratiques antérieures, affirmant que la cote de placements admissibles avait toujours été maintenue. Rappelons toutefois que les pratiques raisonnables peuvent changer au gré des fluctuations de l'économie et des conditions du marché. Les événements qui ont conduit à la transaction d'acquisition par emprunt faisaient partie de ces conditions. Le juge de première instance n'a pas non plus conclu que des déclarations auxquelles les détenteurs de débentures auraient pu raisonnablement se fier leur avaient été faites.

[111] Enfin, il faut examiner la demande sous l'angle de l'obligation des administrateurs de résoudre les conflits entre les parties intéressées de façon équitable, au mieux des intérêts de la société.

[112] À l'époque, les intérêts de la société concordaient sans doute avec l'acceptation de l'offre. BCE avait été mise en jeu, et la dynamique du marché rendait l'acquisition inévitable. La preuve, acceptée par le juge de première instance, indiquait que Bell Canada devait procéder à des changements substantiels pour continuer à

would provide greater freedom to achieve its long-term goals by removing the pressure on short-term public financial reporting, and bringing in equity from sophisticated investors motivated to improve the corporation's performance. Provided that, as here, the directors' decision is found to have been within the range of reasonable choices that they could have made in weighing conflicting interests, the court will not go on to determine whether their decision was the perfect one.

[113] Considering all the relevant factors, we conclude that the debentureholders have failed to establish a reasonable expectation that could give rise to a claim for oppression. As found by the trial judge, the alleged expectation that the investment grade of the debentures would be maintained is not supported by the evidence. A reasonable expectation that the debentureholders' interests would be considered is established, but was fulfilled. The evidence does not support a further expectation that a better arrangement could be negotiated that would meet the exigencies that the corporation was facing, while better preserving the trading value of the debentures.

[114] Given that the debentureholders have failed to establish that the expectations they assert were reasonable, or that they were not fulfilled, it is unnecessary to consider in detail whether conduct complained of was oppressive, unfairly prejudicial, or unfairly disregarded the debentureholders' interests within the terms of s. 241 of the *CBCA*. Suffice it to say that "oppression" in the sense of bad faith and abuse was not alleged, much less proved. At best, the claim was for "unfair disregard" of the interests of the debentureholders. As discussed, the evidence does not support this claim.

prosperer, et que la fermeture de la société élargirait la marge de manœuvre nécessaire à l'atteinte de ses objectifs à long terme en supprimant la pression à court terme créée par les obligations de communication de l'information financière au public et en permettant l'injection de capitaux propres par des investisseurs avisés soucieux d'améliorer le rendement de la société. Dans la mesure où il conclut que la décision des administrateurs se situe dans l'éventail des solutions raisonnables qu'ils auraient pu choisir en sopesant des intérêts opposés, le tribunal ne poursuivra pas son examen pour déterminer si cette décision est la solution parfaite.

[113] Considérant tous les facteurs pertinents, la Cour conclut que les détenteurs de débetures n'ont pas démontré qu'ils avaient une attente raisonnable pouvant donner ouverture à une demande de redressement pour abus. Comme l'a dit le juge de première instance, l'allégation selon laquelle on pouvait s'attendre au maintien de la cote de placements admissibles des débetures n'est pas étayée par la preuve. On a démontré que les détenteurs de débetures pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leurs intérêts soient pris en compte, mais cette attente a trouvé satisfaction. La preuve ne permet pas de conclure à une attente plus grande, à savoir qu'il était possible de négocier un meilleur arrangement répondant aux exigences auxquelles la société faisait face, tout en préservant mieux la valeur marchande des débetures.

[114] Les détenteurs de débetures n'ayant pas démontré que leurs prétendues attentes étaient raisonnables, ou qu'elles avaient été frustrées, il n'est pas utile d'examiner en détail la question de savoir si le comportement dont ils se plaignent constituait un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte de leurs intérêts au sens de l'art. 241 de la *LCSA*. Disons simplement que l'« abus », dans son sens où il implique la mauvaise foi, n'a pas été allégué et encore moins prouvé. Au mieux, on a plaidé l'« omission injuste de tenir compte » des intérêts des détenteurs de débetures. Comme cela a été dit plus tôt, cette prétention n'est pas étayée par la preuve.

### C. *The Section 192 Approval Process*

[115] The second remedy relied on by the debentureholders is the approval process for complex corporate arrangements set out under s. 192 of the *CBCA*. BCE brought a petition for court approval of the plan under s. 192. At trial, the debentureholders were granted standing to contest such approval. The trial judge concluded that “[i]t seem[ed] only logical and ‘fair’ to conduct this analysis having regard to the interests of BCE and those of its shareholders and other stakeholders, if any, whose interests are being arranged or affected”: (2008), 43 B.L.R. (4th) 1, 2008 QCCS 905, at para. 151. On the basis of Corporations Canada’s *Policy concerning Arrangements Under Section 192 of the CBCA*, November 2003 (“Policy Statement 15.1”), the trial judge held that the s. 192 approval did not require the Board to afford the debentureholders the right to vote. He nonetheless considered their interests in assessing the fairness of the arrangement. After a full hearing, he approved the arrangement as “fair and reasonable”, despite the debentureholders’ objections that the arrangement would adversely affect the trading value of their securities.

[116] The Court of Appeal reversed this decision, essentially on the ground that the directors had not given adequate consideration to the debentureholders’ reasonable expectations. These expectations, in its view, extended beyond the debentureholders’ legal rights and required the directors to consider whether the adverse impact on the debentureholders’ economic interests could be alleviated or attenuated. The court held that the corporation had failed to discharge the burden of showing that it was impossible to structure the sale in a manner that avoided the adverse economic effect on debentureholdings, and consequently had failed to establish that the proposed plan of arrangement was fair and reasonable.

### C. *Le processus d’approbation prévu à l’art. 192*

[115] La seconde voie de droit empruntée par les détenteurs de débentures est le processus d’approbation des arrangements complexes établi par l’art. 192 de la *LCSA*. BCE a présenté une demande d’approbation sous le régime de cette disposition. À l’instruction, les détenteurs de débentures ont été autorisés à contester la demande. Le juge de première instance a conclu qu’[TRADUCTION] « [i]l n’est que logique et “équitable” de procéder à cette analyse en tenant compte des intérêts de BCE et des intérêts de ses actionnaires et autres parties intéressées, le cas échéant, dont les intérêts sont visés ou touchés par l’arrangement » : (2008), 43 B.L.R. (4th) 1, 2008 QCCS 905, par. 151). En se fondant sur la *Politique à l’égard des arrangements pris en vertu de l’article 192 de la LCSA* de Corporations Canada, datant de novembre 2003 (« Énoncé de politique 15.1 »), le juge de première instance a conclu que le processus d’approbation prévu à l’art. 192 n’obligeait pas le Conseil d’administration à accorder un droit de vote aux détenteurs de débentures. Il a néanmoins pris leurs intérêts en compte dans l’évaluation du caractère équitable de l’arrangement. Après une audition complète, il a approuvé l’arrangement, l’estimant « équitable et raisonnable » en dépit des objections des détenteurs de débentures selon lesquelles il aurait un effet préjudiciable sur la valeur marchande de leurs titres.

[116] La Cour d’appel a infirmé cette décision, concluant essentiellement que les administrateurs n’avaient pas suffisamment tenu compte des attentes raisonnables des détenteurs de débentures, lesquelles ne s’arrêtaient pas, selon elle, à leurs droits, mais commandaient aux administrateurs d’examiner s’il était possible d’atténuer l’effet préjudiciable de l’arrangement sur les intérêts financiers des détenteurs de débentures. Elle a jugé que la société ne s’était pas acquittée du fardeau de prouver qu’il était impossible de structurer la vente de façon à éviter les effets financiers préjudiciables sur les débentures et, par suite, qu’elle n’avait pas établi que le plan d’arrangement proposé était équitable et raisonnable.



[117] Before considering what must be shown to obtain approval of an arrangement under s. 192, it may be helpful to briefly return to the differences between an action for oppression under s. 241 of the *CBCA* and a motion for approval of an arrangement under s. 192 of the *CBCA* alluded to earlier.

[118] As we have discussed (at para. 47), the reasoning of the Court of Appeal effectively incorporated the s. 241 oppression claim into the s. 192 approval proceeding, converting it into an inquiry based on reasonable expectations.

[119] As we view the matter, the s. 241 oppression remedy and the s. 192 approval process are different proceedings, with different requirements. While a conclusion that the proposed arrangement has an oppressive result may support the conclusion that the arrangement is not fair and reasonable under s. 192, it is important to keep in mind the differences between the two remedies. The oppression remedy is a broad and equitable remedy that focuses on the reasonable expectations of stakeholders, while the s. 192 approval process focuses on whether the arrangement, objectively viewed, is fair and reasonable and looks primarily to the interests of the parties whose legal rights are being arranged. Moreover, in an oppression proceeding, the onus is on the claimant to establish oppression or unfairness, while in a s. 192 proceeding, the onus is on the corporation to establish that the arrangement is “fair and reasonable”.

[120] These differences suggest that it is possible that a claimant might fail to show oppression under s. 241, but might succeed under s. 192 by establishing that the corporation has not discharged its onus of showing that the arrangement in question is fair and reasonable. For this reason, it is necessary to consider the debentureholders’ s. 192 claim on these appeals, notwithstanding our earlier conclusion that the debentureholders have not established oppression.

[117] Avant d’examiner la question de la preuve exigée pour l’approbation d’un arrangement en vertu de l’art. 192, il peut être utile de revenir brièvement à la question, déjà abordée, des différences entre la demande de redressement pour abus prévue à l’art. 241 de la *LCSA* et la demande d’approbation d’un arrangement fondée sur l’art. 192.

[118] Comme on l’a vu (au par. 47), le raisonnement de la Cour d’appel a eu pour effet d’amalgamer la demande de redressement pour abus de l’art. 241 et la procédure d’approbation prévue à l’art. 192 et de convertir cette dernière en un examen axé sur les attentes raisonnables.

[119] La Cour estime que la demande de redressement pour abus de l’art. 241 et le processus d’approbation de l’art. 192 constituent des recours différents comportant des exigences différentes. Bien que la conclusion que l’arrangement proposé a des conséquences abusives puisse étayer celle qu’il ne s’agit pas d’un arrangement équitable et raisonnable au sens de l’art. 192, il importe de garder à l’esprit les différences entre les deux recours. La demande de redressement pour abus est un recours en equity, d’une grande portée, qui met l’accent sur les attentes raisonnables des parties intéressées, alors que le processus d’approbation prévu à l’art. 192 est axé sur la question de savoir si l’arrangement est équitable et raisonnable, d’un point de vue objectif, et tient principalement compte des intérêts des parties dont les droits sont visés par l’arrangement. De plus, dans le cadre d’une demande de redressement pour abus, c’est au plaignant qu’il incombe de prouver l’abus ou l’injustice, tandis que c’est à la société qu’il appartient d’établir que l’arrangement est « équitable et raisonnable » dans le cadre de la procédure prévue à l’art. 192.

[120] Il ressort de ces différences qu’un plaignant pourrait ne pas réussir à prouver l’abus au sens de l’art. 241, mais néanmoins avoir gain de cause sous le régime de l’art. 192 en établissant que la société ne s’est pas acquittée du fardeau de prouver que l’arrangement est équitable et raisonnable. C’est pourquoi la Cour doit examiner les prétentions soumissionnées par les détenteurs de débentures dans le cadre de l’art. 192, en dépit de sa conclusion antérieure selon laquelle ils n’ont pas établi l’abus.

[121] Whether the converse is true is not at issue in these proceedings and need not detain us. It might be argued that in theory, a finding of s. 241 oppression could be coupled with approval of an arrangement as fair and reasonable under s. 192, given the different allocations of burden of proof in the two actions and the different perspectives from which the assessment is made. On the other hand, common sense suggests, as did the Court of Appeal, that a finding of oppression sits ill with the conclusion that the arrangement involved is fair and reasonable. We leave this interesting question to a case where it arises.

(1) The Requirements for Approval Under Section 192

[122] We will first describe the nature and purpose of the s. 192 approval process. We will then consider the philosophy that underlies s. 192 approval; the interests at play in the process; and the criteria to be applied by the judge on a s. 192 proceeding.

(a) *The Nature and Purpose of the Section 192 Procedure*

[123] The s. 192 approval process has its genesis in 1923 legislation designed to permit corporations to modify their share capital: *Companies Act Amending Act, 1923*, S.C. 1923, c. 39, s. 4. The legislation's concern was to permit changes to shareholders' rights, while offering shareholders protection. In 1974, plans of arrangements were omitted from the *CBCA* because Parliament considered them superfluous and feared that they could be used to squeeze out minority shareholders. Upon realizing that arrangements were a practical and flexible way to effect complicated transactions, an arrangement provision was reintroduced in the *CBCA* in 1978: Consumer and Corporate Affairs Canada, *Detailed background paper for an Act to amend the Canada Business Corporations Act (1977)*, p. 5 ("Detailed Background Paper").

[121] La Cour n'a pas à se demander en l'espèce si l'inverse est vrai. Compte tenu des différences entre les deux recours en ce qui concerne le fardeau de la preuve et la perspective dans laquelle l'examen est effectué, on pourrait soutenir qu'il est possible, en théorie, de conclure à l'existence d'un abus au sens de l'art. 241 tout en approuvant l'arrangement en application de l'art. 192. Par contre, le bon sens donne à penser, comme l'a fait la Cour d'appel, qu'on peut difficilement conclure à la fois qu'il y a abus et que l'arrangement est équitable et raisonnable. Cette intéressante question devra toutefois être résolue dans le cadre d'une affaire où elle se posera.

(1) La preuve exigée pour l'approbation selon l'art. 192

[122] La Cour commencera par décrire la nature et l'objet du processus prévu à l'art. 192. Elle examinera ensuite la philosophie sous-jacente à l'approbation requise par cette disposition, les circonstances dans lesquelles elle s'applique, les intérêts en jeu dans le processus et les critères que le juge doit appliquer pour trancher une demande présentée en vertu de l'art. 192.

a) *La nature et l'objet de la procédure prévue par l'art. 192*

[123] Le processus d'approbation établi à l'art. 192 remonte à une loi de 1923 qui visait à permettre aux sociétés de modifier leur capital-actions : *Loi de 1923 modifiant la Loi des compagnies*, S.C. 1923, ch. 39, art. 4. Cette loi avait pour but de permettre des modifications aux droits des actionnaires tout en protégeant les actionnaires. En 1974, les plans d'arrangement n'ont pas été inclus dans la *LCSA*, parce que le législateur les jugeait superflus et craignait qu'ils puissent être utilisés pour évincer les actionnaires minoritaires. Après avoir constaté que ces plans offraient un moyen pratique et souple de réaliser des transactions complexes, le législateur a ajouté à la *LCSA* une disposition les régissant, en 1978 : Consommation et Corporations Canada, *Exposé détaillé d'une Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes (1977)*, p. 5 (« Exposé détaillé »).

[124] In light of the flexibility it affords, the provision has been broadened to deal not only with reorganization of share capital, but corporate reorganization more generally. Section 192(1) of the present legislation defines an arrangement under the provision as including amendments to articles, amalgamation of two or more corporations, division of the business carried on by a corporation, privatization or “squeeze-out” transactions, liquidation or dissolution, or any combination of these.

[125] This list of transactions is not exhaustive and has been interpreted broadly by courts. Increasingly, s. 192 has been used as a device for effecting changes of control because of advantages it offers the purchaser: C. C. Nicholls, *Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control* (2007), at p. 76. One of these advantages is that it permits the purchaser to buy shares of the target company without the need to comply with provincial takeover bid rules.

[126] The s. 192 process is generally applicable to change of control transactions that share two characteristics: the arrangement is sponsored by the directors of the target company; and the goal of the arrangement is to require some or all of the shareholders to surrender their shares to either the purchaser or the target company.

[127] Fundamentally, the s. 192 procedure rests on the proposition that where a corporate transaction will alter the rights of security holders, this impact takes the decision out of the scope of management of the corporation’s affairs, which is the responsibility of the directors. Section 192 overcomes this impediment through two mechanisms. First, proposed arrangements generally can be submitted to security holders for approval. Although there is no explicit requirement for a security holder vote in s. 192, as will be discussed below, these votes are an important feature of the process for approval of plans of arrangement. Second, the plan of arrangement must receive court approval after a hearing in which parties whose rights are being affected may partake.

[124] La souplesse de cette disposition lui a valu d’être élargie pour s’appliquer, non seulement à la réorganisation du capital-actions, mais plus généralement aux réaménagements d’une société. Suivant le par. 192(1) de la loi actuelle, un arrangement s’entend de la modification des statuts d’une société, de la fusion de deux sociétés ou plus, du fractionnement de l’activité commerciale d’une société, d’une opération de fermeture ou d’éviction, de la liquidation ou de la dissolution d’une société ou de toute combinaison de ces transactions.

[125] Il ne s’agit pas là d’une liste exhaustive, et les tribunaux lui ont donné une interprétation large. L’article 192 est de plus en plus utilisé dans le cadre d’un changement de contrôle en raison des avantages qu’il comporte pour l’acquéreur : C. C. Nicholls, *Mergers, Acquisitions, and Other Changes of Corporate Control* (2007), p. 76. Il permet notamment à l’acquéreur d’acheter des actions de la société ciblée sans avoir à se conformer aux règles provinciales régissant une OPA.

[126] Le processus prévu à l’art. 192 s’applique, en général, aux changements de contrôle qui présentent deux caractéristiques : l’arrangement est appuyé par les administrateurs de la société ciblée et il vise la remise, à l’acquéreur ou à la société ciblée, d’une partie ou de la totalité des actions.

[127] Fondamentalement, la procédure prévue à l’art. 192 repose sur le principe selon lequel la décision sur une transaction qui modifiera les droits des détenteurs de valeurs mobilières ne constitue pas une décision de simple gestion des affaires de la société, qui relève des administrateurs. L’article 192 crée deux mécanismes pour surmonter cet obstacle. Premièrement, les propositions d’arrangement peuvent généralement être soumises aux détenteurs de valeurs mobilières pour approbation. Bien que l’art. 192 n’exige pas expressément un vote des détenteurs de valeurs mobilières, comme on le verra, leur vote constitue une caractéristique importante du processus d’approbation des plans d’arrangement. Deuxièmement, les plans d’arrangement doivent être approuvés par le tribunal à la suite d’une audience à laquelle peuvent participer les parties dont les droits sont touchés.

(b) *The Philosophy Underlying Section 192*

[128] The purpose of s. 192, as we have seen, is to permit major changes in corporate structure to be made, while ensuring that individuals and groups whose rights may be affected are treated fairly. In conducting the s. 192 inquiry, the judge must keep in mind the spirit of s. 192, which is to achieve a fair balance between conflicting interests. In discussing the objective of the arrangement provision introduced into the *CBCA* in 1978, the Minister of Consumer and Corporate Affairs stated:

... the Bill seeks to achieve a fair balance between flexible management and equitable treatment of minority shareholders in a manner that is consonant with the other fundamental change institutions set out in Part XIV.

(Detailed Background Paper, at p. 6)

[129] Although s. 192 was initially conceived as permitting and has principally been used to permit useful restructuring while protecting minority shareholders against adverse effects, the goal of ensuring a fair balance between different constituencies applies with equal force when considering the interests of non-shareholder security holders recognized under s. 192. Section 192 recognizes that major changes may be appropriate, even where they have an adverse impact on the rights of particular individuals or groups. It seeks to ensure that the interests of these rights holders are considered and treated fairly, and that in the end the arrangement is one that should proceed.

(c) *Interests Protected by Section 192*

[130] The s. 192 procedure originally was aimed at protecting shareholders affected by corporate restructuring. That remains a fundamental concern. However, this aim has been subsequently broadened to protect other security holders in some circumstances.

[131] Section 192 clearly contemplates the participation of security holders in certain situations.

b) *La philosophie qui sous-tend l'art. 192*

[128] Comme cela a été mentionné, l'art. 192 a pour but de permettre la réalisation de changements substantiels dans la structure d'une société tout en assurant un traitement équitable aux personnes dont les droits peuvent être touchés. Le juge qui procède à l'examen exigé par l'art. 192 ne doit pas perdre de vue l'esprit de cette disposition, qui consiste à établir un juste équilibre entre des intérêts opposés. Le ministre de Consommation et Corporations Canada a présenté ainsi l'objectif de la disposition relative aux arrangements introduite dans la *LCSA* en 1978 :

... le projet de loi tente d'atteindre un juste équilibre entre une gestion souple et le traitement équitable des actionnaires minoritaires, d'une façon qui corresponde aux autres pratiques de modification de structure stipulées dans la Partie XIV.

(Exposé détaillé, p. 5-6)

[129] Bien que l'art. 192 ait été conçu initialement et utilisé principalement pour permettre des restructurations utiles tout en protégeant les actionnaires minoritaires contre leurs effets préjudiciables, l'objectif du maintien d'un juste équilibre entre les différentes parties touchées s'applique avec autant de force lorsqu'il s'agit des droits de détenteurs de valeurs mobilières non-actionnaires visés à l'art. 192. L'article 192 reconnaît que des changements substantiels peuvent être opportuns même s'ils ont des effets préjudiciables sur les droits de personnes ou groupes particuliers. Il vise à garantir le traitement équitable et la prise en compte des intérêts de ces titulaires de droits et, en définitive, à confirmer que l'arrangement devrait être mis en œuvre.

c) *Les intérêts protégés par l'art. 192*

[130] La procédure prévue à l'art. 192 visait initialement à protéger les actionnaires touchés par la restructuration de la société. Bien que cet objet demeure fondamental, cette protection s'est par la suite étendue à d'autres détenteurs de valeurs mobilières, dans certaines circonstances.

[131] L'article 192 envisage clairement la participation des détenteurs de valeurs mobilières dans

Section 192(1)(f) specifies that an arrangement may include an exchange of securities for property. Section 192(4)(c) provides that a court can make an interim order “requiring a corporation to call, hold and conduct a meeting of holders of securities”. The Director appointed under the *CBCA* takes the view that, at a minimum, all security holders whose legal rights stand to be affected by the transaction should be permitted to vote on the arrangement: Policy Statement 15.1, s. 3.08.

[132] A difficult question is whether s. 192 applies only to security holders whose *legal rights* stand to be affected by the proposal, or whether it applies to security holders whose legal rights remain intact but whose *economic interests* may be prejudiced.

[133] The purpose of s. 192, discussed above, suggests that only security holders whose legal rights stand to be affected by the proposal are envisioned. As we have seen, the s. 192 procedure was conceived and has traditionally been viewed as aimed at permitting a corporation to make changes that affect the *rights* of the parties. It is the fact that rights are being altered that places the matter beyond the power of the directors and creates the need for shareholder and court approval. The distinction between the focus on legal rights under arrangement approval and reasonable expectations under the oppression remedy is a crucial one. The oppression remedy is grounded in unfair treatment of stakeholders, rather than on legal rights in their strict sense.

[134] This general rule, however, does not preclude the possibility that in some circumstances, for example threat of insolvency or claims by certain minority shareholders, interests that are not strictly legal should be considered: see Policy Statement 15.1, s. 3.08, referring to “extraordinary circumstances”.

[135] It is not necessary to decide on these appeals precisely what would amount to “extraordinary

certaines situations. L’alinéa 192(1)f) précise qu’un arrangement peut inclure l’échange de valeurs mobilières contre des biens. L’alinéa 192(4)c) énonce que le tribunal peut rendre une ordonnance enjoignant à la société « de convoquer et de tenir une assemblée des détenteurs de valeurs mobilières ». Le directeur nommé en vertu de la *LCSA* est d’avis, au moins, que tous les détenteurs de valeurs mobilières dont les droits sont touchés par la transaction doivent être autorisés à voter sur l’arrangement : Énoncé de politique 15.1, par. 3.08.

[132] Une question difficile se pose toutefois : l’art. 192 s’applique-t-il uniquement aux détenteurs de valeurs mobilières dont les *droits* sont touchés par la proposition ou aussi à ceux dont les droits demeurent intacts, mais dont les *intérêts financiers* risquent de subir un préjudice.

[133] L’objet de l’art. 192, exposé précédemment, laisse croire que cette disposition ne vise que les détenteurs de valeurs mobilières dont les droits sont touchés par la proposition. La procédure établie par l’art. 192 a été conçue et généralement perçue comme visant à permettre aux sociétés d’effectuer des changements qui ont une incidence sur des *droits* des parties. C’est la modification des droits qui place la transaction hors du ressort des administrateurs et engendre la nécessité d’obtenir l’approbation des actionnaires et du tribunal. Le fait que le processus d’approbation d’un arrangement soit axé sur les droits et la demande de redressement pour abus sur les attentes raisonnables de parties est une distinction cruciale. La demande de redressement pour abus est fondée sur le traitement inéquitable des parties intéressées, plutôt que sur leurs droits au sens strict.

[134] Toutefois, cette règle générale n’écarte pas la possibilité que, dans certaines circonstances — par exemple en présence d’un risque d’insolvabilité ou de réclamations de certains actionnaires minoritaires —, des intérêts qui ne constituent pas des droits à strictement parler soient pris en considération : Énoncé de politique 15.1, par. 3.08, faisant état de « circonstances particulières ».

[135] Il n’est pas nécessaire pour trancher les pourvois de statuer sur ce qui constituerait exactement

circumstances” permitting consideration of non-legal interests on a s. 192 application. In our view, the fact that a group whose legal rights are left intact faces a reduction in the trading value of its securities would generally not, without more, constitute such a circumstance.

(d) *Criteria for Court Approval*

[136] Section 192(3) specifies that the corporation must obtain court approval of the plan. In determining whether a plan of arrangement should be approved, the court must focus on the terms and impact of the arrangement itself, rather than on the process by which it was reached. What is required is that the arrangement itself, viewed substantively and objectively, be suitable for approval.

[137] In seeking approval of an arrangement, the corporation bears the onus of satisfying the court that: (1) the statutory procedures have been met; (2) the application has been put forward in good faith; and (3) the arrangement is fair and reasonable: see *Trizec Corp., Re* (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 435 (Q.B.), at p. 444. This may be contrasted with the s. 241 oppression action, where the onus is on the claimant to establish its case. On these appeals, it is conceded that the corporation satisfied the first two requirements. The only question is whether the arrangement is fair and reasonable.

[138] In reviewing the directors’ decision on the proposed arrangement to determine if it is fair and reasonable under s. 192, courts must be satisfied that (a) the arrangement has a valid business purpose, and (b) the objections of those whose legal rights are being arranged are being resolved in a fair and balanced way. It is through this two-pronged framework that courts can determine whether a plan is fair and reasonable.

[139] In the past, some courts have answered the question of whether an arrangement is fair and reasonable by applying what is referred to as the

des « circonstances particulières » autorisant la prise en compte de simples intérêts dans l’examen d’une demande fondée sur l’art. 192. La Cour est d’avis qu’une diminution possible de la valeur marchande des valeurs mobilières d’un groupe dont les droits demeurent par ailleurs intacts ne constitue généralement pas, à elle seule, ce type de circonstances.

d) *Les critères d’approbation*

[136] Le paragraphe 192(3) exige que la société fasse approuver le plan par un tribunal. Pour statuer sur la demande d’approbation, le tribunal doit s’attacher aux modalités et aux effets de l’arrangement lui-même plutôt qu’au processus suivi pour y parvenir. Il faut que l’arrangement lui-même, considéré substantiellement et objectivement, soit de nature à pouvoir être approuvé.

[137] La société qui demande l’approbation d’un arrangement doit convaincre le tribunal que : (1) la procédure prévue par la loi a été suivie, (2) la demande a été soumise de bonne foi et (3) l’arrangement est équitable et raisonnable : voir *Trizec Corp., Re* (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 435 (B.R.), p. 444. En comparaison, c’est le plaignant qui doit prouver ses prétentions dans le cas de la demande de redressement pour abus prévue par l’art. 241. Le respect des deux premières conditions n’est pas contesté en l’espèce. La seule question en litige est celle du caractère équitable et raisonnable de l’arrangement.

[138] Pour conclure, sous le régime de l’art. 192, que la décision des administrateurs au sujet de l’arrangement proposé est équitable et raisonnable, le tribunal doit être convaincu que l’arrangement : a) poursuit un objectif commercial légitime et b) répond de façon équitable et équilibrée aux objections de ceux dont les droits sont visés. C’est en appliquant ce cadre d’analyse à deux volets que les tribunaux peuvent établir si un plan est équitable et raisonnable.

[139] Certains tribunaux ont déjà statué sur le caractère équitable et raisonnable d’un arrangement en appliquant le test dit de l’appréciation

business judgment test, that is whether an intelligent and honest business person, as a member of the voting class concerned and acting in his or her own interest would reasonably approve the arrangement: see *Trizec*, at p. 444; *Pacifica Papers Inc. v. Johnstone* (2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069. However, while this consideration may be important, it does not constitute a useful or complete statement of what must be considered on a s. 192 application.

[140] First, the fact that the business judgment test referred to here and the business judgment rule discussed above (at para. 40) are so similarly named leads to confusion. The business judgment *rule* expresses the need for deference to the business judgment of directors as to the best interests of the corporation. The business judgment *test* under s. 192, by contrast, is aimed at determining whether the proposed arrangement is fair and reasonable, having regard to the corporation and relevant stakeholders. The two inquiries are quite different. Yet the use of the same terminology has given rise to confusion. Thus, courts have on occasion cited the business judgment test while saying that it stands for the principle that arrangements do not have to be perfect, i.e. as a deference principle: see *Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à)*, [2007] Q.J. No. 16158 (QL), 2007 QCCS 6830. To conflate the business judgment test and the business judgment rule leads to difficulties in understanding what “fair and reasonable” means and how an arrangement may satisfy this threshold.

[141] Second, in instances where affected security holders have voted on a plan of arrangement, it seems redundant to ask what an intelligent and honest business person, as a member of the voting class concerned and acting in his or her own interest, would do. As will be discussed below (at para. 150), votes on arrangements are an important indicator of whether a plan is fair and reasonable.

commerciale, qui consiste à déterminer si un homme ou une femme d'affaires intelligent et honnête, membre de la catégorie ayant droit de vote en cause et agissant dans son propre intérêt, approuverait raisonnablement l'arrangement : voir *Trizec*, p. 444; *Pacifica Papers Inc. c. Johnstone* (2001), 15 B.L.R. (3d) 249, 2001 BCSC 1069. Toutefois, bien que cette question puisse être importante, elle ne constitue pas un énoncé utile et complet des éléments à considérer pour l'examen d'une demande fondée sur l'art. 192.

[140] Premièrement, la similitude d'appellation du test de l'appréciation commerciale qui nous intéresse ici et de la règle de l'appréciation commerciale examinée précédemment (au par. 40) sème la confusion. La *règle* de l'appréciation commerciale exprime la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation par les administrateurs de ce qui sert le mieux les intérêts de la société. Le *test* de l'appréciation commerciale pour l'application de l'art. 192, quant à lui, vise à déterminer si l'arrangement proposé est équitable et raisonnable compte tenu des intérêts de la société et des parties intéressées. Ces deux analyses diffèrent passablement. Or, la similitude des termes employés pour les désigner sème la confusion. Ainsi, il est arrivé que des tribunaux citent le test de l'appréciation commerciale à l'appui du principe selon lequel il n'est pas nécessaire que les arrangements soient parfaits, c.-à-d. en tant que principe de retenue judiciaire : voir *Abitibi-Consolidated Inc. (Arrangement relatif à)*, [2007] J.Q. n° 16158 (QL), 2007 QCCS 6830. Lorsqu'on confond le test de l'appréciation commerciale et la règle de l'appréciation commerciale, il devient plus difficile de comprendre le sens de l'expression « équitable et raisonnable » et la façon dont un arrangement peut satisfaire à cette condition.

[141] Deuxièmement, lorsque les détenteurs de valeurs mobilières dont les droits sont touchés ont voté en faveur d'un plan d'arrangement, il paraît redondant de se demander ce que ferait une femme ou un homme d'affaires intelligent et honnête, en tant que membre de la catégorie ayant droit de vote en cause et agissant dans son propre intérêt. Comme on le verra plus loin (au par. 150), les

However, the business judgment test does not provide any more information than does the outcome of a vote. Section 192 makes it clear that the reviewing judge must delve beyond whether a reasonable business person would approve of a plan to determine whether an arrangement is fair and reasonable. Insofar as the business judgment test suggests that the judge need only consider the perspective of the majority group, it is incomplete.

[142] In summary, we conclude that the business judgment test is not useful in the context of a s. 192 application, and indeed may lead to confusion.

[143] The framework proposed in these reasons reformulates the s. 192 test for what is fair and reasonable in a way that reflects the logic of s. 192 and the authorities. Determining what is fair and reasonable involves two inquiries: first, whether the arrangement has a valid business purpose; and second, whether it resolves the objections of those whose rights are being arranged in a fair and balanced way. In approving plans of arrangement, courts have frequently pointed to factors that answer these two questions as discussed more fully below: *Canadian Pacific Ltd. (Re)* (1990), 73 O.R. (2d) 212 (H.C.); *Cinar Corp. v. Shareholders of Cinar Corp.* (2004), 4 C.B.R. (5th) 163 (Que. Sup. Ct.); *PetroKazakhstan Inc. v. Lukoil Overseas Kumkol B.V.* (2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789.

[144] We now turn to a more detailed discussion of the two prongs.

[145] The valid business purpose prong of the fair and reasonable analysis recognizes the fact that there must be a positive value to the corporation to offset the fact that rights are being altered. In other words, courts must be satisfied that the burden imposed by the arrangement on security holders is justified by the interests of the corporation.

votes tenus au sujet d'arrangements constituent un indicateur important de leur caractère équitable et raisonnable. Toutefois, le critère de l'appréciation commerciale n'est pas plus éclairant que le résultat d'un vote. L'article 192 établit clairement que, pour se prononcer sur le caractère équitable et raisonnable de l'arrangement qui lui est soumis, le juge doit aller au-delà de la question de savoir si un homme ou une femme d'affaires raisonnable l'approuverait. Dans la mesure où le critère de l'appréciation commerciale donne à entendre qu'il suffit au juge d'adopter le point de vue du groupe majoritaire, il est incomplet.

[142] En résumé, la Cour conclut que le critère de l'appréciation commerciale n'est pas utile dans le contexte de l'application de l'art. 192, et qu'il peut même semer la confusion.

[143] Le cadre proposé dans les présents motifs reformule le critère d'appréciation du caractère équitable et raisonnable pour l'application de l'art. 192 en accord avec la logique de cette disposition et la jurisprudence. L'appréciation du caractère équitable et raisonnable suppose deux examens. Le premier consiste à déterminer si l'arrangement poursuit un objectif commercial légitime, et le second s'il répond d'une façon juste et équilibrée aux objections de ceux dont les droits sont visés. Les tribunaux appelés à approuver un arrangement ont souvent mentionné des facteurs qui répondaient à ces deux questions, comme cela sera expliqué plus loin : *Canadian Pacific Ltd. (Re)* (1990), 73 O.R. (2d) 212 (H.C.); *Cinar Corp. c. Shareholders of Cinar Corp.* (2004), 4 C.B.R. (5th) 163 (C.S. Qué.); *PetroKazakhstan Inc. c. Lukoil Overseas Kumkol B.V.* (2005), 12 B.L.R. (4th) 128, 2005 ABQB 789.

[144] Passons maintenant à un examen plus détaillé de chacun de ces deux volets.

[145] Le volet de l'analyse du caractère équitable et raisonnable qui se rapporte à l'objectif commercial légitime reconnaît que l'arrangement doit procurer à la société un avantage qui compense l'atteinte aux droits. Autrement dit, le tribunal doit être convaincu que l'intérêt de la société justifie le fardeau imposé par l'arrangement aux détenteurs de



The proposed plan of arrangement must further the interests of the corporation as an ongoing concern. In this sense, it may be narrower than the “best interests of the corporation” test that defines the fiduciary duty of directors under s. 122 of the *BCA* (see paras. 38-40).

[146] The valid purpose inquiry is invariably fact-specific. Thus, the nature and extent of evidence needed to satisfy this requirement will depend on the circumstances. An important factor for courts to consider when determining if the plan of arrangement serves a valid business purpose is the necessity of the arrangement to the continued operations of the corporation. Necessity is driven by the market conditions that a corporation faces, including technological, regulatory and competitive conditions. Indicia of necessity include the existence of alternatives and market reaction to the plan. The degree of necessity of the arrangement has a direct impact on the court’s level of scrutiny. Austin J. in *Canadian Pacific* concluded that

while courts are prepared to assume jurisdiction notwithstanding a lack of necessity on the part of the company, the lower the degree of necessity, the higher the degree of scrutiny that should be applied. [Emphasis added; p. 223.]

If the plan of arrangement is necessary for the corporation’s continued existence, courts will more willingly approve it despite its prejudicial effect on some security holders. Conversely, if the arrangement is not mandated by the corporation’s financial or commercial situation, courts are more cautious and will undertake a careful analysis to ensure that it was not in the sole interest of a particular stakeholder. Thus, the relative necessity of the arrangement may justify negative impact on the interests of affected security holders.

[147] The second prong of the fair and reasonable analysis focuses on whether the objections of those whose rights are being arranged are being resolved in a fair and balanced way.

valeurs mobilières. Le plan proposé doit en outre servir les intérêts de la société dans la perspective de la continuité de l’entreprise, critère qui peut avoir une portée plus réduite que le critère de ce qui est « au mieux des intérêts de la société » utilisé pour définir l’obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l’art. 122 de la *LCSA* (voir les par. 38-40).

[146] L’examen de l’objectif commercial légitime est invariablement lié aux faits. Par conséquent, la nature et l’étendue de la preuve requise pour répondre à ce critère variera suivant les circonstances. Un important facteur à considérer pour établir si un plan d’arrangement poursuit un objectif commercial légitime est celui de la nécessité de l’arrangement pour la poursuite des activités de la société. Cette nécessité est fonction des conditions du marché, notamment sur les plan de la technologie, de la réglementation et de la concurrence. L’existence de solutions de rechange et la réaction du marché au plan constituent des indices de la nécessité du plan. Le degré de nécessité de l’arrangement a une incidence directe sur la rigueur de l’examen. Dans *Canadian Pacific*, la juge Austin a conclu :

[TRADUCTION] . . . bien que les tribunaux soient disposés à exercer leur compétence malgré l’absence de nécessité suffisante pour la société, moins la nécessité est grande, plus l’examen doit être rigoureux. [Nous soulignons; p. 223.]

Si le plan d’arrangement est nécessaire pour que la société continue d’exister, les tribunaux seront plus enclins à l’approuver en dépit de ses effets préjudiciables sur certains détenteurs de valeurs mobilières. À l’inverse, si la situation financière ou commerciale de la société ne requiert pas l’arrangement, les tribunaux se montreront plus circonspects et procéderont à un examen minutieux pour s’assurer qu’il ne sert pas uniquement les intérêts d’une partie intéressée en particulier. Par conséquent, la nécessité relative de l’arrangement peut en justifier les effets négatifs sur les intérêts des détenteurs de valeurs mobilières touchés.

[147] Le second volet de l’analyse du caractère équitable et raisonnable est axé sur la question de savoir si les objections de ceux dont les droits sont visés ont été résolues de façon juste et équilibrée.

[148] An objection to a plan of arrangement may arise where there is tension between the interests of the corporation and those of a security holder, or there are conflicting interests between different groups of affected rights holders. The judge must be satisfied that the arrangement strikes a fair balance, having regard to the ongoing interests of the corporation and the circumstances of the case. Often this will involve complex balancing, whereby courts determine whether appropriate accommodations and protections have been afforded to the concerned parties. However, as noted by Forsyth J. in *Trizec*, at para. 36:

[T]he court must be careful not to cater to the special needs of one particular group but must strive to be fair to all involved in the transaction depending on the circumstances that exist. The overall fairness of any arrangement must be considered as well as fairness to various individual stakeholders.

[149] The question is whether the plan, viewed in this light, is fair and reasonable. In answering this question, courts have considered a variety of factors, depending on the nature of the case at hand. None of these alone is conclusive, and the relevance of particular factors varies from case to case. Nevertheless, they offer guidance.

[150] An important factor is whether a majority of security holders has voted to approve the arrangement. Where the majority is absent or slim, doubts may arise as to whether the arrangement is fair and reasonable; however, a large majority suggests the converse. Although the outcome of a vote by security holders is not determinative of whether the plan should receive the approval of the court, courts have placed considerable weight on this factor. Voting results offer a key indication of whether those affected by the plan consider it to be fair and reasonable: *St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re)*, [1998] O.J. No. 3934 (QL) (Gen. Div.).

[151] Where there has been no vote, courts may consider whether an intelligent and honest business person, as a member of the class concerned and

[148] Un plan d'arrangement peut susciter des objections lorsqu'il existe des tensions entre les intérêts de la société et ceux de détenteurs de valeurs mobilières ou lorsque différents groupes dont les droits sont touchés ont des intérêts opposés. Le juge doit être convaincu que l'arrangement établit un juste équilibre compte tenu des intérêts continus de la société et des circonstances de l'affaire. Pour cela, il devra souvent procéder à une pondération complexe en déterminant si des mesures d'accommodement ou de protection appropriées ont été offertes aux parties concernées. Toutefois, comme l'a indiqué le juge Forsyth dans *Trizec*, par. 36,

[TRADUCTION] le tribunal doit prendre garde de ne pas s'attacher aux besoins particuliers d'un groupe donné et s'efforcer de traiter équitablement tous ceux qui sont touchés par la transaction compte tenu des circonstances. Le caractère équitable de l'arrangement doit s'apprécier globalement ainsi qu'à l'égard de chacune des différentes parties intéressées.

[149] Il faut se demander si le plan, considéré dans cette perspective, est équitable et raisonnable. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont tenu compte de divers facteurs, selon la nature de l'affaire. Aucun de ces facteurs n'est déterminant à lui seul et la pertinence de chacun varie d'un cas à l'autre, mais ils fournissent des indications utiles.

[150] Le fait que la majorité des détenteurs de valeurs mobilières aient voté en faveur du plan constitue un facteur important. Le caractère équitable et raisonnable d'un plan qui ne recueille qu'une minorité ou une faible majorité des voix peut être mis en doute, tandis qu'une majorité substantielle a l'effet inverse. Bien que le résultat du vote des détenteurs de valeurs mobilières ne soit pas déterminant pour l'approbation judiciaire du plan, les tribunaux attribuent un poids considérable à ce facteur. Il s'agit d'un indice capital permettant de savoir si les parties touchées estiment que l'arrangement est équitable et raisonnable : *St. Lawrence & Hudson Railway Co. (Re)*, [1998] O.J. No. 3934 (QL) (Div. gén.).

[151] En l'absence de vote, les tribunaux peuvent se demander si une femme ou un homme d'affaires intelligent et honnête, en tant que membre de

acting in his or her own interest, might reasonably approve of the plan: *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co.*, [1891] 1 Ch. 213 (C.A.); *Trizec*.

[152] Other indicia of fairness are the proportionality of the compromise between various security holders, the security holders' position before and after the arrangement and the impact on various security holders' rights: see *Canadian Pacific; Trizec*. The court may also consider the repute of the directors and advisors who endorse the arrangement and the arrangement's terms. Thus, courts have considered whether the plan has been approved by a special committee of independent directors; the presence of a fairness opinion from a reputable expert; and the access of shareholders to dissent and appraisal remedies: see *Stelco Inc., Re* (2006), 18 C.B.R. (5th) 173 (Ont. S.C.J.); *Cinar; St. Lawrence & Hudson Railway; Trizec; Pacifica Papers; Canadian Pacific*.

[153] This review of factors represents considerations that have figured in s. 192 cases to date. It is not meant to be exhaustive, but simply to provide an overview of some factors considered by courts in determining if a plan has reasonably addressed the objections and conflicts between different constituencies. Many of these factors will also indicate whether the plan serves a valid business purpose. The overall determination of whether an arrangement is fair and reasonable is fact-specific and may require the assessment of different factors in different situations.

[154] We arrive then at this conclusion: in determining whether a plan of arrangement is fair and reasonable, the judge must be satisfied that the plan serves a valid business purpose and that it adequately responds to the objections and conflicts between different affected parties. Whether these requirements are met is determined by taking into account a variety of relevant factors, including the necessity of the arrangement to the corporation's

la catégorie en cause et agissant dans son propre intérêt, approuverait raisonnablement le plan : *Re Alabama, New Orleans, Texas & Pacific Junction Railway Co.*, [1891] 1 Ch. 213 (C.A.); *Trizec*.

[152] La proportionnalité du compromis entre les divers détenteurs de valeurs mobilières, la situation des détenteurs de valeurs mobilières avant et après l'arrangement et les effets de l'arrangement sur les droits des divers détenteurs de valeurs mobilières sont aussi des indices de son caractère équitable : voir *Canadian Pacific; Trizec*. Les tribunaux peuvent également tenir compte de la réputation des administrateurs et conseillers qui défendent l'arrangement et ses modalités. Ainsi, les tribunaux ont déjà tenu compte du fait qu'un plan avait été approuvé par un comité spécial d'administrateurs indépendants, de l'existence d'une opinion formulée par un spécialiste de renom sur le caractère équitable du plan et des moyens auxquels les actionnaires avaient accès pour exprimer leur dissidence et obtenir une évaluation : voir *Stelco Inc., Re* (2006), 18 C.B.R. (5th) 173 (C.S.J. Ont.); *Cinar; St. Lawrence & Hudson Railway; Trizec; Pacifica Papers; Canadian Pacific*.

[153] Les facteurs susmentionnés représentent les éléments pris en considération jusqu'à maintenant pour l'examen des demandes prévues à l'art. 192. Cette énumération n'est pas exhaustive, mais vise simplement à donner un aperçu des facteurs retenus par les tribunaux pour établir si un plan avait résolu de façon raisonnable les objections soulevées et les conflits entre parties intéressées. Beaucoup de ces facteurs pourront aussi indiquer si le plan poursuit un objectif commercial légitime. L'appréciation globale du caractère équitable et raisonnable d'un arrangement dépend des faits et peut faire intervenir différents facteurs suivant les circonstances.

[154] Cela mène donc à la conclusion suivante : pour qu'un plan d'arrangement soit déclaré équitable et raisonnable, le juge doit être convaincu qu'il poursuit un objectif commercial légitime et qu'il répond adéquatement aux objections et aux conflits entre différentes parties intéressées. Pour décider si un arrangement répond à ces critères, le juge tient compte de divers facteurs pertinents, dont la nécessité de l'arrangement pour la continuité de la société,

continued existence, the approval, if any, of a majority of shareholders and other security holders entitled to vote, and the proportionality of the impact on affected groups.

[155] As has frequently been stated, there is no such thing as a perfect arrangement. What is required is a reasonable decision in light of the specific circumstances of each case, not a perfect decision: *Trizec; Maple Leaf Foods*. The court on a s. 192 application should refrain from substituting their views of what they consider the “best” arrangement. At the same time, the court should not surrender their duty to scrutinize the arrangement. Because s. 192 facilitates the alteration of legal rights, the Court must conduct a careful review of the proposed transactions. As Lax J. stated in *UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. S.C.J.), at para. 153: “Although Board decisions are not subject to microscopic examination with the perfect vision of hindsight, they are subject to examination.”

## (2) Application to These Appeals

[156] As discussed above (at paras. 137-38), the corporation on a s. 192 application must satisfy the court that: (1) the statutory procedures are met; (2) the application is put forward in good faith; and (3) the arrangement is fair and reasonable, in the sense that: (a) the arrangement has a valid business purpose; and (b) the objections of those whose rights are being arranged are resolved in a fair and balanced way.

[157] The first and second requirements are clearly satisfied in this case. On the third element, the debentureholders no longer argue that the arrangement lacks a valid business purpose. The debate before this Court focuses on whether the objections of those whose rights are being arranged were resolved in a fair and balanced way.

l’approbation du plan par la majorité des actionnaires et des autres détenteurs de valeurs mobilières ayant droit de vote, le cas échéant, et la proportionnalité des effets du plan sur les groupes touchés.

[155] Comme cela a souvent été dit, il n’existe pas d’arrangement parfait. Ce qui est requis, c’est que la décision soit raisonnable au regard des circonstances particulières de l’espèce, et non qu’elle soit parfaite : *Trizec; Maple Leaf Foods*. Les tribunaux appelés à approuver un plan en vertu de l’art. 192 doivent s’abstenir d’y substituer leur propre conception de ce qui constituerait le « meilleur » arrangement. Mais ils ne doivent pas pour autant renoncer à s’acquitter de leur obligation d’examiner l’arrangement. Étant donné que l’art. 192 facilite la modification de droits, le tribunal doit procéder à un examen attentif des transactions proposées. Comme la juge Lax l’a déclaré dans *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (C.S.J. Ont.), par. 153 : [TRADUCTION] « Bien qu’il n’y ait pas lieu de scruter les décisions du conseil d’administration à la loupe dans la perspective idéale que permet le recul, il faut tout de même les examiner. »

## (2) Application aux présents pourvois

[156] Comme il a déjà été mentionné (aux par. 137-138), la société qui soumet une demande en vertu de l’art. 192 doit convaincre le tribunal que : (1) la procédure prévue par la loi a été suivie, (2) la demande est soumise de bonne foi et (3) l’arrangement est équitable et raisonnable au sens où a) il poursuit un objectif commercial légitime et b) il répond de façon équitable et équilibrée aux objections de ceux dont les droits sont visés par l’arrangement.

[157] En l’espèce, les deux premières conditions sont indiscutablement remplies et, en ce qui concerne la troisième, les détenteurs de débentures ne contestent plus que l’arrangement poursuive un objectif commercial légitime. Le débat, devant la Cour, porte donc sur la question de savoir si les objections de ceux dont les droits sont visés par l’arrangement ont été résolues de façon équitable et équilibrée.

[158] The debentureholders argue that the arrangement does not address their rights in a fair and balanced way. Their main contention is that the process adopted by the directors in negotiating and concluding the arrangement failed to consider their interests adequately, in particular the fact that the arrangement, while upholding their contractual rights, would reduce the trading value of their debentures and in some cases downgrade them to below investment grade rating.

[159] The first question that arises is whether the debentureholders' economic interest in preserving the trading value of their bonds was an interest that the directors were required to consider on the s. 192 application. We earlier concluded that authority and principle suggest that s. 192 is generally concerned with legal rights, absent exceptional circumstances. We further suggested that the fact that a group whose legal rights are left intact faces a reduction in the trading value of its securities would generally not constitute such a circumstance.

[160] Relying on Policy Statement 15.1, the trial judge in these proceedings concluded that the debentureholders were not entitled to vote on the plan of arrangement because their legal rights were not being arranged; "[t]o do so would unjustly give [them] a veto over a transaction with an aggregate common equity value of approximately \$35 billion that was approved by over 97% of the shareholders" (para. 166). Nevertheless, the trial judge went on to consider the debentureholders' perspective.

[161] We find no error in the trial judge's conclusions on this point. Since only their economic interests were affected by the proposed transaction, not their legal rights, and since they did not fall within an exceptional situation where non-legal interests should be considered under s. 192, the debentureholders did not constitute an affected class under s. 192. The trial judge was thus correct in concluding

[158] Suivant les détenteurs de débentures de Bell Canada, l'arrangement ne tient pas compte de leurs droits d'une façon équitable et équilibrée. Leur principal argument porte que le processus adopté par les administrateurs pour négocier et conclure l'arrangement n'a pas tenu suffisamment compte de leurs intérêts, plus particulièrement parce que l'arrangement, bien qu'il maintienne leurs droits contractuels, réduirait la valeur marchande de leurs débentures et, dans certains cas, leur ferait perdre leur cote de placements admissibles.

[159] La première question qui se pose est de savoir si les administrateurs étaient tenus de prendre en considération les intérêts financiers des détenteurs de débentures quant au maintien de la valeur marchande de leurs titres dans le cadre de l'application de l'art. 192. La Cour a conclu précédemment qu'il ressort des principes et de la jurisprudence que l'art. 192 concerne généralement les droits, en l'absence de circonstances particulières. Elle a aussi indiqué que la diminution possible de la valeur marchande des valeurs mobilières d'un groupe dont les droits sont demeurés intacts ne constitue habituellement pas ce type de circonstances.

[160] En s'appuyant sur l'Énoncé de politique 15.1, le juge de première instance a conclu que les détenteurs de débentures ne devaient pas se voir accorder le droit de voter sur le plan d'arrangement parce qu'il ne visait pas leurs droits : [TRADUCTION] « Leur accorder ce droit [leur] conférerait injustement un droit de veto sur une transaction d'une valeur totale d'environ 35 milliards de dollars d'actions ordinaires, approuvée par plus de 97 p. 100 des actionnaires » (par. 166). Le juge a néanmoins tenu compte du point de vue des détenteurs de débentures.

[161] Selon la Cour, le juge de première instance pouvait à bon droit conclure ainsi. Puisque la transaction proposée touchait uniquement les intérêts financiers des détenteurs de débentures, et non leurs droits, et puisqu'ils ne se trouvaient pas dans des circonstances particulières commandant la prise en compte de simples intérêts sous le régime de l'art. 192, les détenteurs de débentures

that they should not be permitted to veto almost 98 percent of the shareholders simply because the trading value of their securities would be affected. Although not required, it remained open to the trial judge to consider the debentureholders' economic interests in his assessment of whether the arrangement was fair and reasonable under s. 192, as he did.

[162] The next question is whether the trial judge erred in concluding that the arrangement addressed the debentureholders' interests in a fair and balanced way. The trial judge emphasized that the arrangement preserved the contractual rights of the debentureholders as negotiated. He noted that it was open to the debentureholders to negotiate protections against increased debt load or the risks of changes in corporate structure, had they wished to do so. He went on to state:

... the evidence discloses that [the debentureholders'] rights were in fact considered and evaluated. The Board concluded, justly so, that the terms of the 1976, 1996 and 1997 Trust Indentures do not contain change of control provisions, that there was not a change of control of Bell Canada contemplated and that, accordingly, the Contesting Debentureholders could not reasonably expect BCE to reject a transaction that maximized shareholder value, on the basis of any negative impact [on] them.

((2008), 43 B.L.R. (4th) 1, 2008 QCCS 905, at para. 162, quoting (2008), 43 B.L.R. (4th) 79, 2008 QCCS 907, at para. 199)

[163] We find no error in these conclusions. The arrangement does not fundamentally alter the debentureholders' rights. The investment and the return contracted for remain intact. Fluctuation in the trading value of debentures with alteration in debt load is a well-known commercial phenomenon. The debentureholders had not contracted against this contingency. The fact that the trading value of

ne constituait pas une catégorie touchée pour l'application de cette disposition. Le juge de première instance était donc fondé à conclure qu'ils ne pouvaient être autorisés à opposer un veto à près de 98 p. 100 des actionnaires simplement parce que la transaction pouvait avoir des répercussions négatives sur la valeur de leurs titres. Même s'il n'en avait pas l'obligation, le juge de première instance avait le droit de tenir compte des intérêts financiers des détenteurs de débentures, comme il l'a fait, pour se prononcer sur le caractère équitable et raisonnable de l'arrangement en vertu de l'art. 192.

[162] Il faut ensuite se demander si le juge de première instance a conclu à tort que l'arrangement répondait de façon équitable et équilibrée aux intérêts des détenteurs de débentures. Le juge a souligné que l'arrangement préservait les droits contractuels des détenteurs de débentures tels que ces derniers les avaient négociés. Il a indiqué que les détenteurs de débentures, s'ils l'avaient désiré, auraient pu négocier des mesures de protection contre l'accroissement de la dette ou les risques de changement dans la structure de la société. Il a ajouté :

[TRADUCTION] ... la preuve révèle que leurs droits [des détenteurs de débentures] ont effectivement été pris en compte et évalués. Le Conseil d'administration a conclu, à juste titre, que les actes de fiducie de 1976, 1996 et 1997 ne renfermaient aucune stipulation concernant un changement de contrôle et que, par ailleurs, aucun changement de contrôle de Bell Canada n'était envisagé, de sorte que les détenteurs de débentures ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que BCE rejette une transaction qui maximisait la valeur actionnariale parce qu'elle avait des effets négatifs pour eux.

((2008), 43 B.L.R. (4th) 1, 2008 QCCS 905, par. 162, citant (2008), 43 B.L.R. (4th) 79, 2008 QCCS 907, par. 199)

[163] La Cour ne décèle aucune erreur dans ces conclusions. L'arrangement ne modifie pas fondamentalement les droits des détenteurs de débentures. L'investissement et le rendement prévus par contrat demeurent inchangés. La fluctuation de la valeur marchande des débentures associée à une variation de l'endettement est un phénomène commercial bien connu. Les détenteurs de débentures

the debentures stood to diminish as a result of the arrangement involving new debt was a foreseeable risk, not an exceptional circumstance. It was clear to the judge that the continuance of the corporation required acceptance of an arrangement that would entail increased debt and debt guarantees by Bell Canada: necessity was established. No superior arrangement had been put forward, and BCE had been assisted throughout by expert legal and financial advisors, suggesting that the proposed arrangement had a valid business purpose.

[164] Based on these considerations, and recognizing that there is no such thing as a perfect arrangement, the trial judge concluded that the arrangement had been shown to be fair and reasonable. We see no error in this conclusion.

[165] The Court of Appeal's contrary conclusion rested, as suggested above, on an approach that incorporated the s. 241 oppression remedy with its emphasis on reasonable expectations into the s. 192 arrangement approval process. Having found that the debentureholders' reasonable expectations (that their interests would be considered by the Board) were not met, the court went on to combine that finding with the s. 192 onus on the corporation. The result was to combine the substance of the oppression action with the onus of the s. 192 approval process. From this hybrid flowed the conclusion that the corporation had failed to discharge its burden of showing that it could not have met the alleged reasonable expectations of the debentureholders. This result could not have obtained under s. 241, which places the burden of establishing oppression on the claimant. By combining s. 241's substance with the reversed onus of s. 192, the Court of Appeal arrived at a conclusion that could not have been sustained under either provision, read on its own terms.

ne se sont pas prémunis contractuellement contre une telle éventualité. La diminution éventuelle de la valeur marchande de leurs titres par suite de l'arrangement prévoyant l'accroissement de l'endettement constituait un risque prévisible, et non des circonstances particulières. Il était clair pour le juge que, pour la continuité de la société, l'approbation d'un arrangement comportant un accroissement de l'endettement et des garanties à la charge de Bell Canada était nécessaire. La nécessité était établie. Aucun arrangement supérieur n'avait été soumis et BCE avait bénéficié, pendant tout le processus, des conseils de spécialistes du droit et de la finance, ce qui donne à croire que l'arrangement poursuivait un objectif commercial légitime.

[164] En s'appuyant sur ces considérations, et reconnaissant qu'il n'existe pas d'arrangement parfait, le juge de première instance a conclu que le caractère équitable et raisonnable de l'arrangement avait été démontré. Cette conclusion n'est à notre avis entachée d'aucune erreur.

[165] Comme cela a déjà été précisé, l'opinion contraire de la Cour d'appel procédait d'un raisonnement qui amalgamait la demande de redressement pour abus de l'art. 241, axé sur les attentes raisonnables, et le processus d'approbation d'un arrangement établi à l'art. 192. Après avoir conclu que les attentes raisonnables des détenteurs de débentures (que le Conseil d'administration tienne compte de leurs intérêts) n'avaient pas été satisfaites, la cour a associé cette conclusion au fardeau de preuve imposé à la société par l'art. 192. Elle a ainsi combiné les éléments substantiels de la demande de redressement pour abus au fardeau de la preuve applicable dans le cadre d'une demande d'approbation sous le régime de l'art. 192. De ce croisement a découlé la conclusion que la société ne s'était pas acquittée de son obligation de démontrer qu'il n'était pas possible de répondre aux attentes raisonnables des détenteurs de débentures. L'application de l'art. 241, qui impose au plaignant l'obligation de prouver l'abus, n'aurait pas pu produire un tel résultat. En combinant les éléments substantiels de l'art. 241 au fardeau de preuve inversé prévu à l'art. 192, la Cour d'appel est parvenue à une conclusion qu'aucune de ces dispositions, isolément, n'aurait pu justifier.

## VI. Conclusion

[166] We conclude that the debentureholders have failed to establish either oppression under s. 241 of the *CBCA* or that the trial judge erred in approving the arrangement under s. 192 of the *CBCA*.

[167] For these reasons, the appeals are allowed, the decision of the Court of Appeal set aside, and the trial judge's approval of the plan of arrangement is affirmed with costs throughout. The cross-appeals are dismissed with costs throughout.

*Appeals allowed with costs. Cross-appeals dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeals BCE Inc. and Bell Canada: Davies, Ward, Phillips & Vineberg, Montréal; Ogilvy Renault, Montréal.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeals 6796508 Canada Inc.: Woods & Partners, Montréal.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeals Group of 1976 Debentureholders and Group of 1996 Debentureholders: Fishman, Flanz, Meland, Paquin, Montréal.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeals Group of 1997 Debentureholders: McMillan, Binch, Mendelsohn, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Computershare Trust Company of Canada: Miller, Thomson, Pouliot, Montréal.*

*Solicitor for the intervener Catalyst Asset Management Inc.: Christian S. Tacit, Kanata.*

*Solicitors for the intervener Matthew Stewart: Langlois, Kronström, Desjardins, Montréal.*

## VI. Conclusion

[166] La Cour est d'avis que les détenteurs de débentures n'ont établi ni qu'il y avait eu abus au sens de l'art. 241 de la *LCSA* ni que le juge de première instance a commis une erreur en approuvant l'arrangement sous le régime de l'art. 192 de la *LCSA*.

[167] Pour ces motifs, les pourvois sont accueillis, la décision de la Cour d'appel est annulée et l'approbation du plan d'arrangement par le juge de première instance est rétablie, avec dépens devant toutes les cours. Les pourvois incidents sont rejetés avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvois principaux accueillis avec dépens. Pourvois incidents rejetés avec dépens.*

*Procureurs des appelantes/intimées aux pourvois incidents BCE Inc. et Bell Canada : Davies, Ward, Phillips & Vineberg, Montréal; Ogilvy Renault, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante/intimée aux pourvois incidents 6796508 Canada Inc. : Woods & Partners, Montréal.*

*Procureurs des intimés/appellants aux pourvois incidents un groupe de détenteurs de débentures de 1976 et un groupe de détenteurs de débentures de 1996 : Fishman, Flanz, Meland, Paquin, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé/appelant aux pourvois incidents un groupe de détenteurs de débentures de 1997 : McMillan, Binch, Mendelsohn, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Société de fiducie Computershare du Canada : Miller, Thomson, Pouliot, Montréal.*

*Procureur de l'intervenante Catalyst Asset Management Inc. : Christian S. Tacit, Kanata.*

*Procureurs de l'intervenant Matthew Stewart : Langlois, Kronström, Desjardins, Montréal.*





# INDEX

## APPEALS

Standard of review — Applicable standard of appellate review on questions of fact and credibility.

F.H. v. McDougall, 41.

---

## BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Property — Commercial fishing licences — Fisher signing general security agreement with bank — Fisher subsequently making assignment in bankruptcy — Whether fisher's commercial fishing licences constitute "property" within scope of bankruptcy and insolvency legislation and within scope of personal property security legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 2 "property" — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13, s. 2(w), (ad).

Saulnier v. Royal Bank of Canada, 166.

---

## COMMERCIAL LAW

1. Corporations — Oppression — Fiduciary duty of directors of corporation to act in accordance with best interests of corporation — Reasonable expectation of security holders of fair treatment — Directors approving change of control transaction which would affect economic interests of security holders — Whether evidence supported reasonable expectations asserted by security holders — Whether reasonable expectation was violated by conduct found to be oppressive, unfairly prejudicial or that unfairly disregards a relevant interest — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 122(1)(a), 241.

BCE Inc. v. 1976 Debentureholders, 560.

2. Corporations — Plan of arrangement — Proposed plan of arrangement not arranging rights of security holders but affecting their economic interests — Whether plan of arrangement was fair and reasonable — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192.

BCE Inc. v. 1976 Debentureholders, 560.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Unemployment insurance — Series of active measures designed to maintain tie between insured persons and labour market — Whether provisions of federal employment insurance legislation relating to employment service, to training and work-sharing programs and to employment benefits are valid — Constitution Act, 1867, s. 91(2A) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c), 135(2).

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 511.

2. Taxation — Delegation of taxing authority — Principle of parliamentary control over collection of taxes — Employment insurance surpluses accumulated in Consolidated Revenue Fund — Power to set premium rates delegated without legislated criteria — Whether employment insurance premiums constitute administrative charge or tax — If they constitute tax, whether they were collected in accordance with principle of parliamentary control and pursuant to valid delegation — Constitution Act, 1867, ss. 53, 91(3) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 66 to 66.3, 72.

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 511.

---

## CRIMINAL LAW

1. Trial — Judgments — Reasons for judgment — Accused convicted of three offences relating to sexual assault — Whether judge's reasons on credibility of witnesses in criminal trial sufficient.

R. v. R.E.M., 3.

2. Trial — Judgments — Reasons for judgment — Accused convicted of four offences relating to sexual abuse and threat — Whether judge's reasons on credibility of witnesses in criminal trial sufficient.

R. v. H.S.B., 32.

3. Evidence — Accomplices — Corroboration — Trial judge's error concerning corroboration not affecting result — Accused's acquittal for breaking and entering restored.

R. v. Dowe, 109.

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

4. Charge to jury — Vetovec instruction — Two accused tried together for murder — Accomplice testifying about out-of-court statements made to him by both accused — Whether Vetovec instruction effectively allowed jury to make impermissible use of statements admissible solely against one accused in assessing credibility of accomplice's testimony concerning the other — Whether trial judge should have instructed jury to make distinct assessments of accomplice's credibility as it related to each accused.

R. v. ROJAS, 111.

5. Charge to jury — Duncan instruction — Two accused tried together for murder — Out-of-court statements made by both accused containing inculpatory and exculpatory parts — Trial judge instructing jury that statements of incriminating nature likely to be true, whereas excuses for one's own behaviour not necessarily carrying same persuasive weight — Whether instruction improper — Whether instruction misled jury.

R. v. ROJAS, 111.

6. Charge to jury — Duncan instruction — Accused tried for first degree murder — Trial judge charging jury that law presumes any incriminating part of accused's statement likely true, while exculpatory statements carry less weight — Whether direction improper — If so, whether new trial should be ordered.

R. v. ILLES, 134.

7. Evidence — Crown's failure to disclose — Whether new trial appropriate remedy.

R. v. ILLES, 134.

8. Classification of murder — Unlawful confinement and murder — Whether confinement during course of robbery is forcible confinement for purposes of classifying murder as first or second degree murder — Whether accused caused victim's death while committing forcible confinement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

R. v. PRITCHARD, 195.

9. Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted by jury of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failing to provide necessities of life — Both offences arising in respect of same act of omission against accused's foster son — Whether verdicts inconsistent — If so, whether conviction of manslaughter by criminal negligence should be set aside and acquittal entered.

R. v. J.F., 215.

10. Criminal negligence — Failure to provide necessities of life — Elements of offences — Relationship between both offences — Accused convicted of manslaughter by criminal

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

negligence and acquitted of manslaughter by failure to provide necessities of life — Whether verdicts can be explained by differences between offences.

R. v. J.F., 215.

11. Sentencing — Summary convictions — Crown electing to prosecute hybrid offences by way of summary conviction — Trial judge imposing maximum sentence — Whether trial judge erred in imposing maximum custodial sentences without first finding that accused was "worst offender who had committed the worst offence" — Whether "worst offender committing the worst offence" principle limits imposition of maximum sentence where it is otherwise appropriate in light of sentencing principles — Whether sentences imposed proportionate to offences — Whether Court of Appeal disregarded Crown's election to proceed by way of summary conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718.1, 787(1).

R. v. SOLOWAN, 309.

12. Charge to jury — Defence theory — Accused convicted of aggravated assault — Whether new trial should be ordered because trial judge's instructions to jury on theory of defence inadequate.

R. v. MAHALINGAN, 316.

13. Issue estoppel — Application — Whether doctrine of issue estoppel should be retained in criminal law.

R. v. MAHALINGAN, 316.

14. Search warrant — Validity — Reliability of first-time informant — Information about criminal particulars uncorroborated — Reliability of informant's information sufficient in context of other factors to justify issuance of search warrant.

R. v. CAISSEY, 451.

15. Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted on 15 counts of sexual assault — Majority of Court of Appeal affirming convictions — Whether verdicts unreasonable.

R. v. LACROIX, 509.

**DAMAGES**

Assessment — Use of average amounts — Class action — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant — Members of group divided into four residential zones to ensure that there some basic injury common to residents of each zone — Recovery subject to individual claims procedure, but amount to be awarded to each member assessed using average determined for each zone — Whether it appropriate to use

**DAMAGES — (Concluded)**

average amounts in assessing damages of members of group covered by class action.

ST. LAWRENCE CEMENT INC. V. BARRETTE, 392.

---

**EMPLOYMENT LAW**

Employment contract — Breach of implied terms — Branch manager orchestrating transfer of his branch's employees to competitor's branch — Mass exit occurring without notice — Action for damages for breach of implied terms of employment contract against branch employees and branch manager — Whether breach — Assessment of damages.

RBC DOMINION SECURITIES INC. V. MERRILL LYNCH CANADA INC., 79.

---

**EVIDENCE**

1. Standard of proof — Allegations of sexual assault in a civil case — Inconsistencies in complainant's testimony — Whether Court of Appeal erred in holding trial judge to standard of proof higher than balance of probabilities.

F.H. V. McDOUGALL, 41.

2. Corroborative evidence — Allegations of sexual assault in a civil case — Whether victim must provide independent corroborating evidence.

F.H. V. McDOUGALL, 41.

---

**INSURANCE**

"All risks" insurance — Exclusion clauses — Scope of "faulty or improper design" exclusion — Test applicable to exclusion — Construction of largest customized tunnel boring machine — Railway company subscribing builders' risk policy — Policy excluding from coverage costs of making good "faulty or improper design" — Differential deflection foreseen, but design accommodated expected degree of differential deflection — Tunnel boring machine failed due to excess differential deflection between components of machine — Whether "faulty or improper design" exclusion to coverage applicable — Whether excess differential deflection was foreseeable.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. V. ROYAL AND SUN ALLIANCE INSURANCE CO. OF CANADA, 453.

---

**INTELLECTUAL PROPERTY**

1. Patents — Medicines — Selection patents — Validity — Whether selection patent invalid on grounds of anticipation, obviousness or double patenting.

APOTEX INC. V. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

2. Patents — Anticipation — Two-step approach to anticipation — Requirements of "prior disclosure" and "enablement".

APOTEX INC. V. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

3. Patents — Obviousness — Four-step approach to obviousness — When "obvious to try" test appropriate.

APOTEX INC. V. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

4. Patents — Double patenting — Whether doctrine of selection patents invalid on ground of double patenting.

APOTEX INC. V. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

---

**PRESCRIPTION**

Interruption — Judicial demand — Neighbourhood disturbances resulting from operation of cement plant causing damage that spread out over time — Whether lawsuit interrupted prescription for damage suffered after lawsuit filed — Whether that damage arose from "same source" — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2896.

ST. LAWRENCE CEMENT INC. V. BARRETTE, 392.

---

**PROPERTY**

Neighbourhood disturbances — No-fault liability — Operation of cement plant — Whether in Quebec civil law scheme of no-fault civil liability in respect of neighbourhood disturbances under art. 976 C.C.Q. applies where annoyances suffered are excessive — Whether special statute governing plant's activities confers immunity on plant for neighbourhood disturbances.

ST. LAWRENCE CEMENT INC. V. BARRETTE, 392.

---



# INDEX

## APPELS

Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable en appel aux questions de fait et de crédibilité.

F.H. C. McDOUGALL, 41.

---

## ASSURANCE

Assurance « tous risques » — Clauses d'exclusion — Portée de l'exclusion relative à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Critère applicable à l'égard de cette exclusion — Plus gros tunnelier sur mesure jamais construit — Souscription par la société de chemin de fer à une police d'assurance des constructeurs — Exclusion par la police des frais engagés pour remédier à une « conception défectueuse ou inadéquate » — Flexion différentielle prévue, mais la conception était adaptée au degré prévu de flexion différentielle — Échec du tunnelier en raison d'une flexion différentielle excessive de composantes de l'appareil — La clause d'exclusion relative à la « conception défectueuse ou inadéquate » s'applique-t-elle? — La flexion différentielle excessive était-elle prévisible?

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA  
C. ROYAL ET SUN ALLIANCE DU CANADA, SOCIÉTÉS  
D'ASSURANCES, 453.

---

## BIENS

Troubles de voisinage — Responsabilité sans faute — Exploitation d'une cimenterie — Le droit civil du Québec admet-il, en vertu de l'art. 976 C.c.Q., l'existence d'un régime de responsabilité civile sans faute en matière de troubles de voisinage fondé sur le caractère excessif des inconvénients subis? — La loi spéciale qui régit les activités de la cimenterie confère-t-elle une immunité à cette dernière en matière de troubles de voisinage?

CIMENT DU SAINT-LAURENT INC. C. BARRETTE, 392.

---

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

Évaluation — Méthode de la moyenne — Recours collectif — Troubles de voisinage reliés à l'exploitation d'une cimenterie — Membres du groupe répartis dans quatre zones résidentielles afin de s'assurer qu'un préjudice de base soit commun aux résidents de chaque zone — Recouvrement assujéti à une procédure de réclamation individuelle, mais évaluation de la somme accordée à chaque membre selon une moyenne établie par zone — La méthode de la moyenne est-elle légitime pour évaluer les dommages-intérêts subis par les membres du groupe visé par le recours collectif?

CIMENT DU SAINT-LAURENT INC. C. BARRETTE, 392.

---

## DROIT COMMERCIAL

1. Sociétés par actions — Abus — Obligation fiduciaire des administrateurs envers la société d'agir au mieux des intérêts de la société — Attente raisonnable des détenteurs de valeurs mobilières d'être traités équitablement — Approbation par les administrateurs d'une opération de changement de contrôle qui porterait atteinte aux intérêts financiers de détenteurs de valeurs mobilières — Les attentes raisonnables invoquées par les détenteurs de valeurs mobilières étaient-elles étayées par la preuve? — Une attente raisonnable a-t-elle été frustrée par un comportement constituant un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte d'un intérêt pertinent? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a, 241.

BCE INC. C. DÉTENTEURS DE DÉBENTURES DE 1976, 560.

2. Sociétés par actions — Plan d'arrangement — Plan d'arrangement proposé ne visant pas les droits de détenteurs de valeurs mobilières, mais portant atteinte à leurs intérêts financiers — Le plan d'arrangement était-il équitable et raisonnable? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 192.

BCE INC. C. DÉTENTEURS DE DÉBENTURES DE 1976, 560.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences — Assurance-chômage — Éventail de mesures actives destinées à maintenir le lien entre

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

les assurés et le marché du travail — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux programmes de placement, de formation et de partage du travail ainsi qu'aux prestations d'emploi sont-elles valides? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109c, 135(2).

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL), 511.

2. Taxation — Délégation du pouvoir de taxation — Principe de contrôle parlementaire du prélèvement d'impôts et taxes — Surplus de l'assurance-emploi accumulés dans le Trésor — Délégation du pouvoir de fixer les taux de cotisation non assortie de critères législatifs — Les cotisations à l'assurance-emploi sont-elles des redevances administratives ou des taxes? — Si ce sont des taxes, ont-elles été prélevées conformément au principe de contrôle parlementaire et au moyen d'une délégation valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 91(3) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 66 à 66.3, 72.

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL), 511.

**DROIT CRIMINEL**

1. Procès — Jugements — Motifs — Accusé déclaré coupable de trois infractions d'ordre sexuel — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins dans le procès criminel étaient-ils suffisants?

R. c. R.E.M., 3.

2. Procès — Jugements — Motifs — Accusé déclaré coupable de quatre infractions liées à des abus sexuels et à des menaces — Les motifs du juge sur la crédibilité des témoins dans le procès criminel étaient-ils suffisants?

R. c. H.S.B., 32.

3. Preuve — Complices — Corroboration — Erreur du juge du procès au sujet de la corroboration n'ayant pas d'incidence sur le résultat — Rétablissement de l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'introduction par effraction.

R. c. DOWE, 109.

4. Directives au jury — Directive de type *Vetrovec* — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Témoignage d'un complice sur des déclarations extrajudiciaires lui ayant été faites par les deux accusés — La directive de type *Vetrovec* a-t-elle en fait permis au jury d'utiliser de façon inacceptable des déclarations admissibles à l'encontre d'un seul

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l'égard de l'autre accusé? — Le juge du procès aurait-il dû demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité du complice?

R. c. ROJAS, 111.

5. Directives au jury — Directive de type *Duncan* — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Déclarations extrajudiciaires des deux accusés comportant à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires — Directive du juge du procès au jury indiquant que les déclarations incriminantes sont probablement vraies alors que les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive — Cette directive était-elle erronée? — La directive a-t-elle induit le jury en erreur?

R. c. ROJAS, 111.

6. Directives au jury — Directive de type *Duncan* — Accusé ayant subi un procès pour meurtre au premier degré — Directive de la juge du procès aux jurés leur disant que le droit présume que tout passage incriminant de la déclaration d'un accusé est probablement vrai mais que les déclarations disculpatoires ont moins de poids — Cette directive était-elle erronée? — Dans l'affirmative, un nouveau procès doit-il être ordonné?

R. c. ILLES, 134.

7. Preuve — Omission du ministère public de communiquer des éléments de preuve — La tenue d'un nouveau procès est-elle la réparation appropriée?

R. c. ILLES, 134.

8. Classification du meurtre — Séquestration et meurtre — La séquestration au cours d'un vol qualifié constitue-t-elle une séquestration pour la classification du meurtre comme meurtre au premier degré ou comme meurtre au deuxième degré? — L'accusé a-t-il causé la mort de la victime en commettant la séquestration? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

R. c. PRITCHARD, 195.

9. Appels — Verdict déraisonnable — Jury ayant déclaré l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et l'ayant acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Infractions toutes deux fondées sur la même omission par le père nourricier accusé — Les verdicts sont-ils incompatibles? — Dans l'affirmative, faut-il substituer un acquiescement à la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable par négligence criminelle?

R. c. J.F., 215.

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

10. Négligence criminelle — Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Éléments des infractions — Lien entre les deux infractions — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Les verdicts peuvent-ils s'expliquer par les différences entre les infractions?

R. c. J.F., 215.

11. Détermination de la peine — Déclarations de culpabilité par voie sommaire — Choix du ministère public de poursuivre des infractions mixtes par voie sommaire — Imposition de la peine maximale par le juge du procès — Le juge du procès a-t-il fait erreur en imposant des peines d'emprisonnement maximales sans d'abord conclure que l'accusé était « le pire délinquant ayant commis la pire infraction »? — Le principe « pire délinquant ayant commis la pire infraction » limite-t-il l'imposition de la peine maximale si celle-ci est par ailleurs appropriée compte tenu des principes de détermination de la peine? — Les peines infligées sont-elles proportionnelles aux infractions? — La Cour d'appel a-t-elle fait preuve d'indifférence à l'égard du choix du ministère public de procéder par voie sommaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XXIII, art. 718.1, 787(1).

R. c. SOLOWAN, 309.

12. Exposé au jury — Thèse de la défense — Accusé reconnu coupable de voies de fait graves — Un nouveau procès devrait-il être ordonné parce que les directives du juge du procès au jury au sujet de la thèse de la défense étaient inadéquates?

R. c. MAHALINGAN, 316.

13. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Faut-il conserver en droit criminel la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

R. c. MAHALINGAN, 316.

14. Mandat de perquisition — Validité — Fiabilité d'un informateur n'ayant jamais fourni de renseignements auparavant — Non-corroboration de renseignements relatifs au crime — Renseignements obtenus de l'informateur suffisamment fiables dans le contexte d'autres facteurs pour justifier la délivrance d'un mandat de perquisition.

R. c. CAISSEY, 451.

15. Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de 15 chefs d'agression sexuelle — Cour d'appel, à la majorité, confirmant les déclarations de culpabilité — Les verdicts sont-ils déraisonnables?

R. c. LACROIX, 509.

**DROIT DE L'EMPLOI**

Contrat de travail — Manquement aux conditions implicites — Directeur de succursale organisant le transfert des employés de sa succursale à la succursale du concurrent — Départ massif sans préavis — Action en dommages-intérêts contre les employés et le directeur de la succursale pour manquement aux conditions implicites du contrat de travail — Y a-t-il eu manquement? — Évaluation des dommages-intérêts.

RBC DOMINION VALEURS MOBILIÈRES INC. C. MERRILL LYNCH CANADA INC., 79.

**FAILLITE ET INSOLVABILITÉ**

Biens — Permis de pêche commerciale — Pêcheur ayant signé un contrat de garantie générale avec une banque — Cession subséquente de ses biens par le pêcheur — Un permis de pêche commerciale constitue-t-il un « bien » au sens de la législation sur la faillite et l'insolvabilité et de la législation sur les sûretés mobilières? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « bien » — Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 2w), ad).

SAULNIER C. BANQUE ROYALE DU CANADA, 166.

**PRESCRIPTION**

Interruption — Demande en justice — Dommages pour troubles de voisinage reliés à l'exploitation d'une cimenterie étalés dans le temps — L'action en justice a-t-elle interrompu la prescription relativement aux dommages postérieurs à son dépôt? — Ces dommages découlent-ils de la « même source »? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2896.

CIMENT DU SAINT-LAURENT INC. C. BARRETTE, 392.

**PREUVE**

1. Norme de preuve — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Contradictions dans le témoignage du demandeur — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la juge du procès aurait dû appliquer une norme de preuve plus stricte que celle de la prépondérance des probabilités?

F.H. C. McDougall, 41.



**PREUVE — (Fin)**

2. Corroboration — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Le témoignage de la victime doit-il faire l'objet d'une corroboration indépendante?

F.H. C. McDOUGALL, 41.

---

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

1. Brevets — Médicaments — Brevets de sélection — Validité — Allégation d'invalidité du brevet de sélection pour cause d'antériorité, d'évidence ou de double protection.

APOTEX INC. C. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)**

2. Brevets — Antériorité — Critère à deux volets — Exigence de la « divulgation antérieure » et du « caractère réalisable » pour établir l'antériorité.

APOTEX INC. C. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

3. Brevets — Évidence — Démarche à quatre volets — Dans quels cas y a-t-il lieu d'appliquer le critère de l'« essai allant de soi » pour statuer sur l'évidence?

APOTEX INC. C. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

4. Brevets — Double protection — La notion de brevet de sélection est-elle infondée pour cause de double protection?

APOTEX INC. C. SANOFI-SYNTHELABO CANADA INC., 265.

---

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

**Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5**

*En cas de non-livraison, retourner à :*

**Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5**

---

**Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>**

**En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>**