



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2003 Vol. 1

1^{er} cahier, 2003 Vol. 1

Cited as [2003] 1 S.C.R. 3-221

Renvoi [2003] 1 R.C.S. 3-221

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
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Allen v. Alberta.....128

Labour relations — Arbitration — Jurisdiction of forums other than arbitration board — Crown employees' positions privatized — Employees accepting employment with private employer — Collective agreement providing for severance pay — Letter of intent between government and union providing that employees not entitled to severance pay on acceptance of employment with private employer — Letter of intent stating that it is not part of collective agreement and not subject to grievance procedure — Employees seeking declaration of entitlement to severance pay in civil courts — Whether civil courts could be seized of claim.

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)66

Access to information — Privacy — Personal information — Exception — Position or functions of individual — Request made for information concerning four members of RCMP under Access to Information Act — Whether requested information constitutes "personal information" as defined in s. 3 of Privacy Act — If so, whether information should be disclosed because it falls within "position or functions of the individual" exception — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 "personal information" (b), "personal information" (j).

Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.178

Arbitration — Interpretation of contract between artist and promoter — Copyright — Whether Copyright Act prevents arbitrator from ruling on question of copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 37.

Arbitration — Interpretation of contract between artist and promoter — Copyright — Public order — Whether question relating to ownership of copyright falls outside arbitral jurisdiction because it must be treated in same manner as question of public order relating to status of persons and rights of personality — Whether Court of Appeal erred in stating that erga omnes nature of decisions concerning copyright ownership is bar to arbitration proceeding — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2639 — Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, s. 37.

Arbitration — Arbitration award — Validity — Extent of arbitrator's mandate — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitrator exceeded mandate by ruling on question of copyright ownership — Whether award should be annulled because arbitrator did not comply with requirements respecting form and substance of contracts between artists and promoters — Act respecting the

Continued on next page

SOMMAIRE

Allen c. Alberta.....128

Relations de travail — Arbitrage — Compétence des arbitres en droit du travail et des tribunaux judiciaires — Privatisation des postes de fonctionnaires provinciaux — Acceptation par les employés de l'offre d'emploi de l'employeur privé — Indemnité de départ prévue dans la convention collective — Lettre d'intention signée par le gouvernement et le syndicat stipulant que les employés n'auront pas droit à l'indemnité de départ s'ils acceptent de travailler pour l'employeur privé — Lettre d'intention précisant aussi qu'elle ne fait pas partie de la convention collective et qu'elle n'est pas assujettie à la procédure de traitement des griefs — Les employés demandent aux tribunaux civils de déclarer qu'ils ont droit à l'indemnité de départ — Leur demande échappe-t-elle à la compétence des tribunaux civils?

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada).....66

Accès à l'information — Droit au respect de la vie privée — Renseignements personnels — Exception — Poste ou fonctions d'un individu — Demande de renseignements au sujet de quatre agents de la GRC présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — Les renseignements demandés constituent-ils des « renseignements personnels » au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels? — Dans l'affirmative, ces renseignements doivent-ils être communiqués par application de l'exception relative au « poste ou fonctions d'un individu »? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » b), « renseignements personnels » j).

Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.178

Arbitrage — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — La Loi sur le droit d'auteur empêche-t-elle un arbitre de statuer sur la question des droits d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 37.

Arbitrage — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — Ordre public — La question relative à la paternité des droits d'auteur échappe-t-elle à la compétence arbitrale parce qu'elle est assimilable à une question d'ordre public tenant à l'état des personnes et aux droits de la personnalité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en indiquant que le caractère erga omnes des décisions concernant la paternité des droits d'auteur fait obstacle à la procédure arbitrale? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2639 — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 37.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, ss. 31, 34.

Arbitration — Arbitration award — Consideration of matter of public order — Limits on review of validity of arbitration awards — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 946.4, 946.5.

Arbitration — Procedure — Natural justice — Methods of proof — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitration proceeding conducted in violation of rules of natural justice.

Goudie v. Ottawa (City).....141

Labour relations — Jurisdiction of labour arbitrators and courts — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Whether cause of action asserted by employees within jurisdiction of courts or labour arbitrator under collective agreement.

Civil procedure — Determination of an issue before trial — Jurisdiction — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Jurisdictional issue as to whether courts or labour arbitrator had jurisdiction — Disagreement between parties essentially factual, not legal — Whether jurisdictional issue could be determined on preliminary motion — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 20, 21.01(3)(a).

Markevich v. Canada.....94

Income tax — Collection — Limitation of actions — Taxpayer failing to pay federal and provincial taxes for 1980 to 1985 taxation years as assessed by Revenue Canada in 1986 — Revenue Canada taking no collection action until 1998 — Whether federal and provincial limitation periods bar Revenue Canada from collecting taxpayer's federal and provincial tax debts — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5).

Crown — Liability — Prescription and limitation — Collection of federal tax debt — Whether term "proceedings" in federal limitation provision encompasses collection procedures available under Income Tax Act — Whether cause of action arose "otherwise than in a province" — Whether Income Tax Act complete code excluding application of federal limitation period to collection procedures — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32.

Limitation of actions — Collection of provincial tax debt — Definition of action — Whether phrase "self help remedy" in definition of "action" in provincial limitation legislation encompasses collection procedures available under provincial Income Tax Act — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Arbitrage — Sentence arbitrale — Validité — Étendue du mandat de l'arbitre — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — L'arbitre a-t-il outrepassé son mandat en se prononçant sur la question de la propriété des droits d'auteur? — La sentence doit-elle être annulée parce que l'arbitre n'a pas respecté les exigences relatives à la forme et au contenu des contrats entre les artistes et les diffuseurs? — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 31, 34.

Arbitrage — Sentence arbitrale — Examen d'une question d'ordre public — Limites du contrôle de la validité des sentences arbitrales — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 946.4, 946.5.

Arbitrage — Procédure — Justice naturelle — Modes de preuve — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — La procédure arbitrale a-t-elle été conduite en violation des règles de justice naturelle?

Goudie c. Ottawa (Ville).....141

Relations de travail — Compétence des arbitres en droit du travail et des cours de justice — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — La cause d'action invoquée par les employés relève-t-elle de la compétence des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail en vertu de la convention collective?

Procédure civile — Décision d'une question avant l'instruction — Compétence — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — Question de compétence quant à savoir qui des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail a compétence — Désaccord entre les parties essentiellement factuel et non pas juridique — La question de compétence pouvait-elle être tranchée par voie de motion préliminaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 20, 21.01(3)a).

Markevich c. Canada.....94

Impôt sur le revenu — Recouvrement — Prescription — Contribuable ayant omis de payer des impôts fédéral et provincial pour les années d'imposition 1980 à 1985 selon les cotisations établies par Revenu Canada en 1986 — Aucune mesure de recouvrement de la part de Revenu Canada jusqu'en 1998 — Est-ce que les délais de prescription fédéral et provincial empêchent Revenu Canada de recouvrer auprès du contribuable des créances fiscales fédérales et provinciales? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Martin v. American International Assurance Life Co.	158
Insurance — Life insurance — Interpretation of accidental death benefit provision in policy — Insured dying from overdose caused by intravenous injection of Demerol — Accidental death benefit provision stipulating coverage would be provided only for deaths effected through “accidental means” — Whether category of deaths caused by “accidental means” narrower than that of “accidental deaths” — Whether insured’s death effected through “accidental means”.	
R. v. Feeley	64
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.	
R. v. Harriott	39
Criminal law — Charge to jury — Alibi — Trial judge not erring in his instructions to jury on alibi.	
Criminal law — Charge to jury — Vetrovec warning — Trial judge giving adequate warning in respect of evidence of accomplice and of admitted perjurer.	
R. v. Knight; R. v. Hay	156
Criminal law — Manslaughter — Causation — Victim assaulted twice in a 24-hour period — Accused not involved in first assault — Trial judge concluding that severe assault by accused caused victim’s death — Verdict of manslaughter reasonable.	
R. v. M.S.	125
Criminal law — Driving offences — Dangerous driving — Trier of fact could have made finding of dangerous driving upon evidence but failure to do so not amounting to error of law.	
R. v. Pelletier	4
Criminal law — Charge to jury — Parties to offence — Crown’s closing address to jury — Accused convicted of second degree murder and other related offences — Trial judge’s charge to jury on s. 21(2) of Criminal Code adequate as a whole — Crown’s remarks to jury not amounting to miscarriage of justice.	
R. v. R.R.	37
Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions to rule — Necessity — Accused convicted of sexual assault — Complainant unavailable to testify at time of trial — Trial judge admitting in evidence complainant’s statements to her mother and videotaped statement to police — No reason to interfere with trial judge’s discretionary decision that hearsay statements met necessity requirement.	

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Couronne — Responsabilité civile — Prescription — Recouvrement de créances fiscales fédérales — Est-ce que le terme « poursuites » dans la disposition fédérale sur la prescription englobe les mesures de recouvrement prévues dans la Loi de l’impôt sur le revenu? — Est-ce que le fait générateur est survenu « ailleurs que dans une province »? — Est-ce que la Loi de l’impôt sur le revenu est un code complet qui exclut l’application du délai de prescription fédéral aux mesures de recouvrement? — Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32.	
Prescription — Recouvrement de créances fiscales provinciales — Définition du mot « action » — L’expression « voie de droit extrajudiciaire » dans la définition du mot « action » de la loi provinciale sur la prescription englobe-t-elle les mesures de recouvrement prévues par la loi provinciale de l’impôt sur le revenu? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).	
Martin c. American International Assurance Life Co.	158
Assurance — Assurance-vie — Interprétation d’une clause d’indemnisation en cas de décès accidentel contenue dans une police d’assurance — Assuré ayant succombé à une surdose de Demerol administré par intraveineuse — Clause d’indemnisation en cas de décès accidentel précisant que la garantie ne s’applique qu’aux décès dus à une « cause accidentelle » — La catégorie des « décès dus à une cause accidentelle » est-elle plus restreinte que celle des « décès accidentels »? — Le décès de l’assuré est-il dû à une « cause accidentelle »?	
R. c. Feeley	64
Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Exposé au jury sur le doute raisonnable antérieur à l’arrêt Lifchus conforme pour l’essentiel aux principes énoncés dans l’arrêt Lifchus.	
R. c. Harriott	39
Droit criminel — Exposé au jury — Alibi — Le juge du procès n’a pas commis d’erreur dans ses instructions au jury concernant l’alibi.	
Droit criminel — Exposé au jury — Mise en garde de type Vetrovec — Mise en garde adéquate faite par le juge du procès en ce qui concerne les témoignages d’un complice et d’un témoin ayant admis s’être parjuré.	
R. c. Knight; R. c. Hay	156
Droit criminel — Homicide involontaire coupable — Lien de causalité — Victime ayant subi des voies de fait à deux occasions distinctes en 24 heures — Accusés n’ayant pas participé aux voies de fait infligées à la première occasion — Conclusion du juge du procès que les voies de	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Willis	127
Criminal law — Evidence — Identification evidence — Accused convicted of assault with intent to steal money — Verdict reasonable.	
R. v. Wise	3
Criminal law — Verdict — Unreasonable verdict — Accused convicted of second degree murder and other related offences — Court of Appeal not erring in law in set- ting aside verdict as unreasonable.	
R. v. Zinck	41
Criminal law — Sentencing — Delayed parole eligibil- ity — Interpretation and application of s. 743.6 of Criminal Code — Whether sentencing judge erred in his application of s. 743.6 — Whether application of s. 743.6 required evi- dence of special or exceptional circumstances — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.	
Criminal law — Sentencing — Sentencing hearing — Procedural fairness — Delayed parole eligibility — Whether Crown should give offender advance notice of its intention to apply for delayed parole — Whether sentencing judge's reasons must clearly state why delayed parole order is made — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.	
Reference re Earth Future Lottery	123
Criminal law — Gaming and betting — Lotteries — Lieutenant Governor in Council issuing licence to charitable organization to conduct lottery — Lawfulness of Internet lottery scheme.	
Siemens v. Manitoba (Attorney General)	6
Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Property and civil rights — Matters of local or private nature — Gaming — Province enacting local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation and section deeming non-binding plebiscite to be binding plebiscite held in accordance with legislation <i>intra vires</i> province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (16) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.	
Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Life, liberty and security of person — Equality — Local option legislation enabling municipa- lities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legisla- tion infringes freedom of expression, right to life, liberty and security of person or right to equality guaranteed in Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 15(1) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.	

SOMMAIRE (Suite)

fait graves infligées par les accusés ont causé la mort de la victime — Verdict d'homicide involontaire coupable raison- nable.	
R. c. M.S.	125
Droit criminel — Infractions en matière de conduite auto- mobile — Conduite dangereuse — Le juge des faits aurait pu conclure qu'il y a eu conduite dangereuse en s'appuyant sur les éléments de preuve, mais l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.	
R. c. Pelletier	4
Droit criminel — Exposé au jury — Parties à l'infrac- tion — Exposé final du ministère public au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et d'autres infractions connexes — Exposé au jury fait par le juge du procès au sujet de l'art. 21(2) du Code criminel adéquat dans l'ensemble — Remarques du ministère public au jury n'équivalent pas à une erreur judiciaire.	
R. c. R.R.	37
Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Exceptions à la règle — Nécessité — Accusé déclaré coupable d'agres- sion sexuelle — Plaignante non disponible pour témoigner le jour du procès — Admission en preuve par le juge du procès des déclarations de la plaignante à sa mère et de l'enregistrement magnétoscopique de ses déclarations à la police — Absence de motif justifiant de modifier la déci- sion discrétionnaire du juge du procès qui a conclu que les déclarations constituant du oui-dire satisfont à l'exigence de nécessité.	
R. c. Willis	127
Droit criminel — Preuve — Preuve d'identification — Accusé déclaré coupable d'avoir commis des voies de fait dans l'intention de voler de l'argent — Verdict raison- nable.	
R. c. Wise	3
Droit criminel — Verdict — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et d'autres infractions connexes — La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en annulant le verdict jugé dérai- sonnable.	
R. c. Zinck	41
Droit criminel — Détermination de la peine — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération condition- nelle — Interprétation et application de l'art. 743.6 du Code criminel — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il fait erreur dans l'application de cet article? — L'application de l'art. 743.6 est-elle subordonnée à l'existence de circonstan- ces spéciales ou exceptionnelles? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.	

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Détermination de la peine — Audience de détermination de la peine — Équité procédurale — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — La Couronne est-elle tenue de donner au délinquant un préavis de son intention de demander l'augmentation du temps d'épreuve? — Les motifs du juge qui détermine la peine doivent-ils énoncer clairement les raisons justifiant l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.

Renvoi relatif à la Earth Future Lottery.....123

Droit criminel — Jeux et paris — Loteries — Permis d'organiser une loterie délivré par le lieutenant-gouverneur en conseil à une œuvre de bienfaisance — Légalité du système de loterie par Internet.

Siemens c. Manitoba (Procureur général)6

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Propriété et droits civils — Matières d'une nature locale ou privée — Jeu — Province adoptant une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi et l'article prévoyant qu'un référendum consultatif est réputé être un référendum décisionnel tenu conformément à la loi relèvent-ils de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (16) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Vie, liberté et sécurité de la personne — Égalité — Loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi en question porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression, au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ou encore au droit à l'égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 15(1) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2003

1^{er} volume, 2003

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Mark Wise *Respondent***INDEXED AS: R. v. WISE****Neutral citation: 2003 SCC 1.**

File No.: 29061.

2003: January 21.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Verdict — Unreasonable verdict —
Accused convicted of second degree murder and other
related offences — Court of Appeal not erring in law in
setting aside verdict as unreasonable.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 162 C.C.C. (3d) 1, 163 B.C.A.C. 136, 267 W.A.C. 136, [2002] B.C.J. No. 234 (QL), 2002 BCCA 80, setting aside the accused's convictions for second degree murder, aggravated assault, and break, enter and robbery. Appeal dismissed.

Alexander Budlovsky, for the appellant.*John O. Richardson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. We are all of a view to dismiss the appeal, for the reasons of Finch C.J.B.C. in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Vancouver.**Solicitor for the respondent: John O. Richardson, Vancouver.***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

Mark Wise *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. WISE****Référence neutre : 2003 CSC 1.**

N° du greffe : 29061.

2003 : 21 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE*Droit criminel — Verdict — Verdict déraisonnable —
Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré
et d'autres infractions connexes — La Cour d'appel n'a
pas commis d'erreur de droit en annulant le verdict jugé
déraisonnable.*

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 162 C.C.C. (3d) 1, 163 B.C.A.C. 136, 267 W.A.C. 136, [2002] B.C.J. No. 234 (QL), 2002 BCCA 80, annulant les déclarations de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré, voies de fait graves, introduction par effraction et vol qualifié. Pourvoi rejeté.

Alexander Budlovsky, pour l'appelante.*John O. Richardson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Le présent appel a été interjeté de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, pour les mêmes motifs que ceux exposés par le juge en chef Finch de la Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.**Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.**Procureur de l'intimé : John O. Richardson, Vancouver.*

Michael Pelletier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PELLETIER

Neutral citation: 2003 SCC 2.

File No.: 29062.

2003: January 21.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Parties to offence — Crown's closing address to jury — Accused convicted of second degree murder and other related offences — Trial judge's charge to jury on s. 21(2) of Criminal Code adequate as a whole — Crown's remarks to jury not amounting to miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 162 C.C.C. (3d) 1 (*sub nom. R. v. Wise*), 163 B.C.A.C. 136, 267 W.A.C. 136, [2002] B.C.J. No. 234 (QL), 2002 BCCA 80, upholding the accused's convictions for second degree murder, aggravated assault, and break, enter and robbery. Appeal dismissed.

Matthew A. Nathanson, for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

1 THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. We are all of a view to dismiss the appeal, substantially for the reasons of Finch C.J.B.C. in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Michael Pelletier *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PELLETIER

Référence neutre : 2003 CSC 2.

N^o du greffe : 29062.

2003 : 21 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, LeBel et Deschamps.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Parties à l'infraction — Exposé final du ministère public au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et d'autres infractions connexes — Exposé au jury fait par le juge du procès au sujet de l'art. 21(2) du Code criminel adéquat dans l'ensemble — Remarques du ministère public au jury n'équivalant pas à une erreur judiciaire.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 162 C.C.C. (3d) 1 (*sub nom. R. c. Wise*), 163 B.C.A.C. 136, 267 W.A.C. 136, [2002] B.C.J. No. 234 (QL), 2002 BCCA 80, confirmant les déclarations de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré, voies de fait graves, introduction par effraction et vol qualifié. Pourvoi rejeté.

Matthew A. Nathanson, pour l'appelant.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LA JUGE EN CHEF — Le présent appel a été interjeté de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés par le juge en chef Finch de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Gibbons Fowler
Nathanson, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelant : Gibbons Fowler
Nathanson, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the
Attorney General, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur
général, Vancouver.*

David Albert Siemens, Eloisa Ester Siemens and Sie-Cor Properties Inc. o/a The Winkler Inn *Appellants*

v.

The Attorney General of Manitoba and the Government of Manitoba *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, 292129 Alberta Ltd., operating as The Empress Hotel, 484906 Alberta Ltd., operating as Lacombe Motor Inn, Leto Steak & Seafood House Ltd., Neubro Holdings Inc., operating as Lacombe Hotel, Wayne Neufeld, 324195 Alberta Ltd., operating as K.C.'s Steak & Pizza, and Katerina Kadoglou *Intervenors*

INDEXED AS: SIEMENS v. MANITOBA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2003 SCC 3.

File No.: 28416.

Hearing and judgment: October 31, 2002.

Reasons delivered: January 30, 2003.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Property and civil rights — Matters of local or private nature — Gaming — Province enacting local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation and section deeming non-binding plebiscite to be binding

David Albert Siemens, Eloisa Ester Siemens et Sie-Cor Properties Inc., faisant affaire sous la dénomination The Winkler Inn *Appelants*

c.

Procureur général du Manitoba et Gouvernement du Manitoba *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, 292129 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination The Empress Hotel, 484906 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination Lacombe Motor Inn, Leto Steak & Seafood House Ltd., Neubro Holdings Inc., faisant affaire sous la dénomination Lacombe Hotel, Wayne Neufeld, 324195 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination K.C.'s Steak & Pizza, et Katerina Kadoglou *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SIEMENS c. MANITOBA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2003 CSC 3.

N^o du greffe : 28416.

Audition et jugement : 31 octobre 2002.

Motifs déposés : 30 janvier 2003.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Propriété et droits civils — Matières d'une nature locale ou privée — Jeu — Province adoptant une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi et l'article

plebiscite held in accordance with legislation intra vires province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (16) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Life, liberty and security of person — Equality — Local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation infringes freedom of expression, right to life, liberty and security of person or right to equality guaranteed in Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 15(1) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

The Manitoba Lotteries Corporation (“MLC”) manages the operation of video lottery terminals (“VLTs”) in the province, by entering into agreements with “siteholders” and placing VLTs, which remain the property of the MLC, on the siteholders’ premises. The appellants were siteholders with several VLTs generating revenue at their place of business. In 1998, the Town of Winkler held a non-binding plebiscite supporting the prohibition of VLTs in their town. The following year, the Government of Manitoba enacted local option legislation (*The Gaming Control Local Option (VLT) Act* (“VLT Act”)), enabling municipalities to hold binding plebiscites on the prohibition of VLTs. Section 16 of the *VLT Act* referred specifically to the Winkler plebiscite, deeming it to be binding and resulting in the termination of the appellants’ siteholder agreement and the removal of the VLTs from their premises. The appellants challenged the legislation on the grounds that s. 16 violated ss. 2(b), 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the legislation was *ultra vires* the provincial government because it encroached on the exclusive federal criminal law jurisdiction. The motions judge rejected these claims, and the Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The *VLT Act* in its entirety and s. 16 in particular are *intra vires* the provincial legislature. To determine whether there was legislative authority to enact the *VLT Act*, the purpose and effects of the legislation must be analysed to

prévoyant qu’un référendum consultatif est réputé être un référendum décisionnel tenu conformément à la loi relèvent-ils de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (16) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Vie, liberté et sécurité de la personne — Égalité — Loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l’interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi en question porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression, au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ou encore au droit à l’égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 15(1) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

La Corporation des loteries du Manitoba (« CLM ») gère l’exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») dans la province. Ce faisant, elle conclut des accords avec des « exploitants de site » et installe dans leurs établissements des ALV dont elle conserve la propriété. Les appelants étaient des exploitants de site qui disposaient de plusieurs ALV générant des recettes dans leur établissement. En 1998, la ville de Winkler a tenu un référendum consultatif qui s’est révélé favorable à l’interdiction des ALV sur son territoire. L’année suivante, le gouvernement du Manitoba a adopté une loi sur les options locales (*Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*) (« *Loi sur les ALV* ») autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l’interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire. L’article 16 de la *Loi sur les ALV* mentionnait explicitement le référendum de Winkler, le considérant comme étant de nature décisionnelle et comme entraînant la résiliation de l’accord d’exploitation de site des appelants et le retrait des ALV de leur établissement. Les appelants ont contesté cette mesure législative en faisant valoir que l’art. 16 violait l’al. 2b), l’art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu’elle excédait la compétence du gouvernement provincial du fait qu’elle empiétait sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel. Le juge des requêtes a rejeté ces arguments, et la Cour d’appel a confirmé sa décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur les ALV*, en entier, et l’art. 16, en particulier, relèvent de la compétence législative de la province. Pour décider si la compétence législative nécessaire pour adopter la *Loi sur les ALV* existait, il faut analyser l’objet

ascertain its pith and substance. The Act's purposes are to regulate gaming in the province and to allow for local input on the issue of VLTs, both of which fall under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Section 16(1) deals specifically with siteholder agreements which are contractual in nature and thereby fall under property and civil rights. On a broader level, the municipal plebiscites empower each community to determine whether VLTs will be permitted, thereby invoking matters of a local nature. The *VLT Act* is not a colourable attempt to legislate criminal law as it does not create penal consequences, and was not enacted for a criminal law purpose. Local morality may affect which municipalities choose to ban VLTs through binding plebiscites, but this moral aspect is incidental to the overall regulatory scheme. The *Criminal Code* specifically creates an exception to the gaming offences where provincial lottery schemes are established, affirming the double aspect of gaming, promoting federal-provincial cooperation and removing operational conflict and any question of paramountcy. Lastly, local option legislation is a valid exercise of legislative power and not an improper abdication of the legislature's law-making powers. The application of a statutory VLT prohibition is conditional upon there being a certain plebiscite result, allowing municipalities to decide on the applicability of the Act to their communities.

The appellants' *Charter* rights were not violated by the Act. Section 16 does not violate s. 2(b) of the *Charter* by denying the appellants the right to vote. While voting is a protected form of expression, there is no constitutional right to vote in a referendum, as a referendum is a creation of legislation. Moreover, the *VLT Act* does not prevent the residents of Winkler from voting in future plebiscites on the issue of VLTs. Section 16 also does not violate the appellants' s. 7 *Charter* rights. The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests. Finally, the appellants' rights under s. 15(1) were not violated. Residence in Winkler is not an analogous ground, as there is nothing to suggest that residents there are historically disadvantaged or that they suffer from any sort of prejudice. Moreover, the legislation does not discriminate against the appellants in any substantive sense. Winkler residents were singled out in s. 16 because they were the only municipality to have already held a plebiscite. There was no harm to dignity. The purpose of s. 16 was to respect the will of the Winkler residents as expressed in that plebiscite. The section does not affect the right of Winkler residents to vote in a VLT plebiscite under the

et les effets de cette loi pour en déterminer le caractère véritable. La *Loi sur les ALV* a pour objet de réglementer le jeu dans la province et de permettre à la population locale de s'exprimer sur la question des ALV, ces deux objectifs relevant de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 16(1) porte précisément sur les accords d'exploitation de site, qui sont de nature contractuelle et qui, de ce fait, relèvent de la propriété et des droits civils. D'un point de vue plus général, les référendums municipaux habilite chaque collectivité à décider si les ALV seront permis, et relèvent ainsi des matières d'une nature locale. La *Loi sur les ALV* n'est pas une tentative déguisée de légiférer en matière criminelle étant donné qu'elle ne comporte aucune conséquence pénale et que son objet ne relève pas du droit criminel. La moralité de la population locale peut influencer sur le choix de certaines municipalités d'interdire les ALV par référendum décisionnel, mais cet aspect moral est accessoire au régime réglementaire global. En rendant expressément inapplicables les infractions en matière de jeu dans le cas d'une loterie mise sur pied par une province, le *Code criminel* confirme le double aspect du jeu, favorise la coopération fédérale-provinciale et écarte tout conflit sur le plan du fonctionnement de même que toute question de prépondérance. Enfin, la loi sur les options locales est un exercice valide de compétence législative et n'est pas une renonciation irrégulière, de la part de la législature, à sa compétence législative. L'application d'une interdiction légale des ALV dépend de l'issue d'un référendum, ce qui permet aux municipalités de décider de l'applicabilité de la Loi sur leur territoire.

La Loi ne portait pas atteinte aux droits garantis aux appelants par la *Charte*. L'article 16 ne viole pas l'al. 2b) de la *Charte* en privant les appelants du droit de voter. Bien que voter soit une forme d'expression protégée, il n'existe aucun droit constitutionnel de voter à un référendum étant donné qu'un référendum est une création de la loi. De plus, la *Loi sur les ALV* n'empêche pas les résidents de Winkler de voter sur la question des ALV lors d'un autre référendum. L'article 16 ne porte pas non plus atteinte aux droits garantis aux appelants par l'art. 7 de la *Charte*. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques. Enfin, il n'y a eu aucune atteinte aux droits garantis aux appelants par le par. 15(1). Le fait de résider à Winkler ne constitue pas un motif analogue de discrimination étant donné que rien n'indique que les résidents de cette municipalité subissent un désavantage historique ou quelque autre forme de préjudice. En outre, la mesure législative en question n'est pas réellement discriminatoire à l'endroit des appelants. Les résidents de Winkler ont été mentionnés à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* parce que leur muni-

Act and they may initiate a plebiscite to reinstate VLTs in their community.

cipalité était la seule à avoir déjà tenu un référendum. Il n'y a eu aucune atteinte à la dignité. L'objet de l'art. 16 était de respecter la volonté exprimée par les résidents de Winkler lors de ce référendum. Cet article n'a aucune incidence sur le droit des résidents de Winkler de voter à un référendum sur les ALV tenu en application de la Loi, et il est loisible à ceux-ci d'organiser un référendum visant à permettre à nouveau l'exploitation d'ALV dans leur municipalité.

Cases Cited

Applied: *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **distinguished:** *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*); *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 6, 7, 15(1).

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **distinction d'avec les arrêts :** *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *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; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Régistrateur des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*); *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 6, 7, 15(1).

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (15), (16).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 207 [rep. & sub. c. 52 (1st Supp.), s. 3].
Gaming Control Act, S.M. 1996, c. 74, s. 1 “video lottery terminal”.
Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, ss. 1 “plebiscite”, “video lottery gaming”, 3, 16.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45.

Authors Cited

Manitoba. Gaming Control Commission. *Municipal VLT Plebiscite Review*. Winnipeg: The Commission, 1998.
 Manitoba. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings*, 5th Sess., 36th Leg., vol. XLIX, No. 57A, July 8, 1999, p. 4092.
 Manitoba Lottery Policy Review. *Working Group Report*. Winnipeg: The Manitoba Lottery Policy Review Working Group, 1995.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [2001] 2 W.W.R. 515, 153 Man. R. (2d) 106, 85 C.R.R. (2d) 59, [2000] M.J. No. 588 (QL), 2000 MBCA 152, affirming a decision of the Court of Queen’s Bench, [2001] 2 W.W.R. 491, 151 Man. R. (2d) 49, 78 C.R.R. (2d) 268, [2000] M.J. No. 417 (QL), 2000 MBQB 140. Appeal dismissed.

David G. Hill and Curtis A. Knudson, for the appellants.

Shawn Greenberg and Jayne Kapac, for the respondents.

Robert W. Hubbard, for the intervener the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gabriel Bourgeois, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Ronald J. Dumonceaux and Graham K. Neill, for the interveners 292129 Alberta Ltd. et al.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3].
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (15), (16).
Loi sur la Commission de régie du jeu, L.M. 1996, ch. 74, art. 1 « appareil de loterie vidéo ».
Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 1 « jeux de loterie vidéo », « référendum », 3, 16.

Doctrine citée

Manitoba. Assemblée législative. *Journal des débats*, 5^e sess., 36^e lég., vol. XLIX, n^o 57A, 8 juillet 1999, p. 4092.
 Manitoba. Commission de régie du jeu. *Municipal VLT Plebiscite Review*. Winnipeg : La Commission, 1998.
 Manitoba Lottery Policy Review. *Working Group Report*. Winnipeg : The Manitoba Lottery Policy Review Working Group, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba, [2001] 2 W.W.R. 515, 153 Man. R. (2d) 106, 85 C.R.R. (2d) 59, [2000] M.J. No. 588 (QL), 2000 MBCA 152, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [2001] 2 W.W.R. 491, 151 Man. R. (2d) 49, 78 C.R.R. (2d) 268, [2000] M.J. No. 417 (QL), 2000 MBQB 140. Pourvoi rejeté.

David G. Hill et Curtis A. Knudson, pour les appelants.

Shawn Greenberg et Jayne Kapac, pour les intimés.

Robert W. Hubbard, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Hart Schwartz, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Gabriel Bourgeois, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Roderick Wiltshire, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Ronald J. Dumonceaux et Graham K. Neill, pour les intervenants 292129 Alberta Ltd. et autres.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

In 1999, the Government of Manitoba enacted local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on the prohibition of video lottery terminals (“VLTs”) in their communities. The legislation set out the procedure by which the plebiscites were to be initiated, held, and given effect. In addition, the legislation contained a specific section dealing with the Town of Winkler, which had held a non-binding plebiscite supporting a prohibition of VLTs the previous year. As a result of the legislation, VLTs were prohibited in Winkler until such time as a future binding plebiscite, held in accordance with the legislation, would permit their return to the municipality.

Both the Manitoba Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal concluded that *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44 (“VLT Act”), either as a whole or s. 16 in particular, was neither *ultra vires* the provincial legislature nor did it violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants subsequently challenged the legislation before this Court on the grounds that s. 16, dealing specifically with Winkler, violates ss. 2(b), 7, and 15(1) of the *Charter*. They also argued that the legislation is *ultra vires* the provincial government because it is an affront to Parliament’s exclusive jurisdiction over criminal law. On October 31, 2002, the Court unanimously dismissed their appeal. These are the reasons for that decision.

II. Facts

The Manitoba Lotteries Corporation (“MLC”) is responsible for operating lottery schemes, including VLTs, in the province. The MLC enters into agreements with “siteholders” to place VLTs on the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

En 1999, le gouvernement du Manitoba a adopté une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l’interdiction des appareils de loterie vidéo (ALV) sur leur territoire. Cette loi établissait la procédure à suivre pour organiser et tenir des référendums, et pour mettre à exécution le résultat obtenu. Elle comportait, en outre, une disposition visant expressément la ville de Winkler dont la population avait approuvé l’interdiction des ALV lors d’un référendum consultatif tenu au cours de l’année précédente. À la suite de l’adoption de la loi en question, les ALV ont été interdits à Winkler jusqu’à la tenue, conformément à cette loi, d’un référendum décisionnel à l’issue duquel leur exploitation serait permise à nouveau dans la municipalité.

La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel du Manitoba ont toutes les deux conclu que la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44 (« *Loi sur les ALV* »), dans l’ensemble, et son art. 16, en particulier, n’excédaient pas la compétence de la législature de la province et ne violaient pas non plus la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appellants ont, par la suite, contesté la Loi devant notre Cour en faisant valoir que l’art. 16, qui vise expressément la ville de Winkler, viole l’al. 2b), l’art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Ils ont aussi prétendu que cette loi excède la compétence du gouvernement provincial du fait qu’elle empiète sur la compétence exclusive du Parlement en matière de droit criminel. Le 31 octobre 2002, la Cour a rejeté leur pourvoi dans une décision unanime, dont voici les motifs.

II. Les faits

La Corporation des loteries du Manitoba (« CLM ») est l’organisme responsable de l’exploitation des loteries — y compris les ALV — dans la province. Elle conclut avec des « exploitants de

1

2

3

siteholders' property. The siteholders then receive a percentage of the VLTs' revenue. However, the VLTs remain the property of the MLC and, according to the terms of the siteholder agreement, can be removed at any time, with or without cause.

4 The appellants, David and Eloisa Siemens, are the sole shareholders of Sie-Cor Properties Inc., which purchased The Winkler Inn in 1993. They invested a considerable amount of money in the renovation and expansion of the Inn, and submitted that VLTs were an important consideration when making their investment. The appellants increased the number of VLTs from 8 to 10 when they first purchased The Winkler Inn, and then from 10 to 12 in the fall of 1994. Their mortgage payments roughly coincided with the monthly VLT revenue.

5 In August 1998, the Town of Winkler passed a resolution to hold a plebiscite regarding VLTs in the municipality. The plebiscite was held in conjunction with the October municipal elections. The question was:

Should the Town of Winkler request that the Provincial Government ban video lottery terminals in Winkler, which would result in the Town of Winkler losing its annual municipal VLT grant?

Approximately 50 percent of eligible voters participated in the plebiscite, including Mr. and Mrs. Siemens. A sizeable majority (77.8 percent) of the votes cast were in favour of requesting a ban on VLTs. In response to the plebiscite, the Town of Winkler passed a resolution in December 1998 to forward the results to the Government of Manitoba. Sie-Cor Properties Inc., in turn, filed an application in the Court of Queen's Bench seeking a declaration that the resolution was invalid and an order of *certiorari* quashing it.

6 In July 1999, while Sie-Cor's application was proceeding to a hearing, the Manitoba Government passed the *VLT Act*. The Act permits municipalities to hold binding plebiscites regarding the prohibition of VLTs within their jurisdictions. In addition, the government used the new legislation as an

site » des accords visant l'installation d'ALV dans leurs établissements. L'exploitant du site touche alors un pourcentage des recettes générées par les ALV. Les ALV demeurent, cependant, la propriété de la CLM qui, aux termes de l'accord d'exploitation de site, peut les retirer à tout moment sans avoir à justifier son geste.

Les appelants, David et Eloisa Siemens, sont les seuls actionnaires de Sie-Cor Properties Inc., qui a acquis le Winkler Inn en 1993. Ils ont dépensé une somme considérable pour rénover et agrandir cet établissement, et ont fait valoir que la présence des ALV avait joué un rôle important dans leur décision d'investir. Lors de l'achat du Winkler Inn, ils ont augmenté de 8 à 10 le nombre d'ALV, pour ensuite faire passer ce nombre à 12 à l'automne de 1994. Leurs versements hypothécaires correspondaient à peu près aux recettes mensuelles générées par les ALV.

En août 1998, la ville de Winkler a décidé, par résolution, de tenir un référendum concernant l'exploitation d'ALV sur son territoire. Ce référendum a coïncidé avec les élections municipales d'octobre. La question posée était la suivante :

[TRADUCTION] La ville de Winkler devrait-elle demander au gouvernement provincial d'interdire les appareils de loterie vidéo sur son territoire, auquel cas elle cesserait de bénéficier de la subvention annuelle relative à ces appareils?

Environ la moitié des électeurs admissibles, y compris M. et M^{me} Siemens, a participé au référendum. Une majorité appréciable (77,8 pour 100) des suffrages exprimés était en faveur d'une demande d'interdiction des ALV. À la suite du référendum, la ville de Winkler a adopté, en décembre 1998, une résolution autorisant la communication du résultat au gouvernement du Manitoba. De son côté, Sie-Cor Properties Inc. a demandé à la Cour du Banc de la Reine de déclarer la résolution invalide et de l'annuler au moyen d'une ordonnance de *certiorari*.

En juillet 1999, au moment où on s'apprêtait à entendre la demande de Sie-Cor, le gouvernement du Manitoba a adopté la *Loi sur les ALV*. Cette loi autorise les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des ALV sur leur territoire. De plus, le gouvernement s'est

opportunity to give effect to the plebiscite that had already been held in Winkler. Specifically, s. 16 of the Act seeks to terminate the siteholder agreements in Winkler and deems that a resolution prohibiting VLTs was passed in accordance with the Act. Pursuant to this legislation, the siteholder agreement with The Winkler Inn was terminated effective December 1, 1999.

III. Relevant Statutory Provisions

The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44

1 In this Act,

“**plebiscite**” means a vote by the electors of a municipality on a resolution approved by the council or stated on a petition

(a) to prohibit video lottery gaming within the municipality, or

(b) where video lottery gaming within the municipality is prohibited because of a plebiscite, to permit video lottery gaming within the municipality;

“**video lottery gaming**” means the operation of a lottery scheme, as defined in the *Criminal Code* (Canada), that involves the use of a video lottery terminal.

3(1) Notwithstanding section 3 of *The Manitoba Lotteries Corporation Act*, no person shall carry on any video lottery gaming, under a siteholder agreement or otherwise, within a municipality while a resolution prohibiting video lottery gaming within the municipality is in effect.

3(2) A resolution prohibiting video lottery gaming within a municipality comes into effect on the first day of the fifth month following the month in which it is approved by a majority of the votes cast in a plebiscite and continues in effect until a resolution permitting video lottery gaming within the municipality is approved by a majority of the votes cast in a plebiscite.

16(1) Each siteholder agreement existing before the coming into force of this section respecting the operation

servi de la nouvelle loi pour mettre à exécution le résultat du référendum déjà tenu à Winkler. Plus précisément, l’art. 16 de la Loi a pour objet de résilier les accords d’exploitation de site en vigueur à Winkler et présume qu’une résolution interdisant les ALV a été adoptée en conformité avec la Loi. Conformément à cette mesure législative, l’accord d’exploitation de site conclu avec le Winkler Inn a été résilié le 1^{er} décembre 1999.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« **jeux de loterie vidéo** » Exploitation d’un système de loterie, au sens du *Code criminel* (Canada), au moyen d’appareils de loterie vidéo.

« **référendum** » Suffrage que les électeurs d’une municipalité expriment sur une résolution approuvée par le conseil ou énoncée dans une pétition et tendant :

a) soit à interdire les jeux de loterie vidéo dans la municipalité;

b) soit à permettre les jeux de loterie vidéo dans la municipalité s’ils y ont été interdits par suite d’un référendum.

3(1) Malgré l’article 3 de la *Loi sur la Corporation manitobaine des loteries*, il est interdit d’exercer des activités de jeux de loterie vidéo dans une municipalité en vertu d’un accord d’exploitation de site ou autrement pendant qu’est en vigueur une résolution interdisant les jeux de loterie vidéo dans la municipalité.

3(2) Les résolutions interdisant les jeux de loterie vidéo dans une municipalité entrent en vigueur le premier jour du cinquième mois qui suit leur approbation à la majorité des voix exprimées dans un référendum et elles demeurent en vigueur tant qu’une résolution autorisant les jeux de loterie vidéo dans la municipalité n’est pas approuvée à la majorité des voix exprimées dans un référendum.

16(1) Sont résiliés à compter du premier jour du cinquième mois qui suit la date d’entrée en vigueur de la

of video lottery terminals at a site located in the Town of Winkler is terminated on the first day of the fifth month following the month in which this Act comes into force, and the corporation shall remove all video lottery terminals from sites located in the Town of Winkler as soon as practicable after that day.

16(2) A resolution to prohibit video lottery gaming within the Town of Winkler is deemed for the purposes of this Act to have been approved by a plebiscite and is deemed to come into effect on the first day of the fifth month following the month in which this Act comes into force.

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

207. (1) Notwithstanding any of the provisions of this Part relating to gaming and betting, it is lawful

(a) for the government of a province, either alone or in conjunction with the government of another province, to conduct and manage a lottery scheme in that province, or in that and the other province, in accordance with any law enacted by the legislature of that province.

Constitution Act, 1867

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

13. Property and Civil Rights in the Province.

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

présente loi les accords d'exploitation de site qui existaient avant cette date et qui visaient l'exploitation d'appareils de loterie vidéo situés à des sites dans la ville de Winkler, et la Corporation enlève les appareils de loterie vidéo des sites situés dans la ville de Winkler dans les plus brefs délais possibles après cette date.

16(2) Pour l'application de la présente loi, toute résolution tendant à interdire les jeux de loterie vidéo dans la ville de Winkler est réputée avoir été approuvée par un référendum et être entrée en vigueur le premier jour du cinquième mois qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

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

207. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie en matière de jeux et de paris, les règles qui suivent s'appliquent aux personnes et organismes mentionnés ci-après :

a) le gouvernement d'une province, seul ou de concert avec celui d'une autre province, peut mettre sur pied et exploiter une loterie dans la province, ou dans celle-ci et l'autre province, en conformité avec la législation de la province;

Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

13. La propriété et les droits civils dans la province;

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

IV. Judgments Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*, [2001] 2 W.W.R. 491, 2000 MBQB 140

In March 2000, Hamilton J. heard arguments on a motion to have certain questions of law determined before trial on Sie-Cor's *certiorari* application. At issue was whether the *VLT Act*, either as a whole or s. 16 in particular, was *ultra vires* the provincial legislature as an invasion into the federal government's criminal law power, and whether s. 16 violated ss. 2(b), 6, 7, and 15(1) of the *Charter*. It was also argued that the legislation constituted prohibited discrimination under the *Manitoba Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45. Hamilton J. rejected all the appellants' claims.

In dismissing the division of powers argument, Hamilton J. relied on *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89. That case held that gaming was a matter within the "double aspect" doctrine, such that both Parliament and the provincial legislatures had jurisdiction to legislate in that area. She found that the *VLT Act* was, therefore, *prima facie* within the legislative authority of the Manitoba Government. She also found that the *VLT Act* was not an attempt to enact criminal law, as the legislation lacked both penal consequences and a criminal law purpose.

B. *Manitoba Court of Appeal*, [2001] 2 W.W.R. 515, 2000 MBCA 152

In a short oral judgment delivered by Twaddle J.A. (Kroft and Steel J.J.A. concurring), the

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*, [2001] 2 W.W.R. 491, 2000 MBQB 170

En mars 2000, la juge Hamilton a entendu l'argumentation concernant une requête visant à faire trancher certaines questions de droit avant l'instruction de la demande de *certiorari* présentée par Sie-Cor. Il s'agissait de déterminer si la *Loi sur les ALV*, dans l'ensemble, ou son art. 16, en particulier, excédait la compétence de la législature de la province en empiétant sur la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel, et si l'art. 16 violait l'al. 2b), les art. 6 et 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. On soutenait également que la *Loi* était discriminatoire en violation du *Code des droits de la personne* du Manitoba, L.M. 1987-88, ch. 45. La juge Hamilton a rejeté tous les arguments des appellants.

Elle a invoqué l'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, pour rejeter l'argument du partage des compétences. Dans cette affaire, notre Cour a décidé que la règle du « double aspect » s'appliquait au jeu, de sorte que tant le Parlement que les législatures provinciales avaient compétence pour légiférer en la matière. La juge Hamilton a conclu que la *Loi sur les ALV* était donc, à première vue, conforme à la compétence législative du gouvernement manitobain. Elle a également décidé que cette loi ne représentait pas une tentative de légiférer en matière criminelle, étant donné qu'elle ne comportait aucune conséquence pénale ni aucun objet relevant du droit criminel.

B. *Cour d'appel du Manitoba*, [2001] 2 W.W.R. 515, 2000 MBCA 152

Dans un court jugement rendu de vive voix par le juge Twaddle (avec l'appui des juges Kroft et Steel),

Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal on all grounds, expressing that it was in “substantial agreement” with Hamilton J., “both with respect to the declarations made and her reasons for them”.

V. Issues

11 By order of the Chief Justice dated December 19, 2001, the following constitutional questions were stated for the Court’s consideration:

- (1) Is *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, in its entirety *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?
- (2) Is s. 16(1) of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?
- (3) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (4) If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (5) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (6) If the answer to question 5 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (7) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

la Cour d’appel du Manitoba a rejeté l’appel relativement à tous les moyens invoqués, en se disant [TRADUCTION] « essentiellement d’accord » avec la juge Hamilton « en ce qui concerne à la fois ses déclarations et les motifs invoqués à leur appui ».

V. Questions en litige

Dans une ordonnance datée du 19 décembre 2001, la Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes qui seraient soumises à l’examen de notre Cour :

- (1) La *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, excède-t-elle dans son ensemble la compétence de la législature du Manitoba du fait qu’elle porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- (2) Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, excède-t-il la compétence de la législature du Manitoba du fait qu’il porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- (3) L’article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (4) Si la réponse à la troisième question est affirmative, l’art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (5) L’article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (6) Si la réponse à la cinquième question est affirmative, l’art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (7) L’article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(8) If the answer to question 7 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VI. Analysis

A. *Interpreting the VLT Act*

A significant portion of the appellants' submissions focussed on the proper characterization and interpretation of the *VLT Act*, and particularly s. 16 of that Act. The main thrust of their argument was that s. 16 of the *VLT Act* did not "give effect" to the plebiscite that occurred in Winkler in 1998 and that, therefore, the constitutionality of the legislation must be assessed without reference to that plebiscite. They noted that s. 16 does not explicitly refer to the 1998 plebiscite, and that s. 16(2) refers to the indefinite "a plebiscite" rather than the definite "the plebiscite". As well, they submitted that the subsection deems a resolution prohibiting gaming to have been passed by a municipal plebiscite in Winkler, when no such resolution was ever approved by the town council. These characteristics allegedly demonstrate that s. 16 of the *VLT Act* did not give effect to the plebiscite that actually occurred in Winkler in the fall of 1998, and that it unfairly attributes a binding plebiscite to the residents of Winkler, who never voted in such a plebiscite.

The appellants expressed puzzlement at being affected by the 1998 plebiscite, as that plebiscite was not held pursuant to a resolution prohibiting VLTs, as required by the Act. The answer to that puzzlement is that the *VLT Act* has a more general application, and, in accordance with the principles of purposive interpretation, that s. 16 was intended to incorporate the wishes already expressed by Winkler voters into the broader provincial scheme.

No doubt the legislation could have been drafted in a way that more explicitly expressed the purpose of s. 16. Nevertheless, given the entire context of the legislation, the legislative purpose is clear. The Town of Winkler held a non-binding plebiscite in the fall

(8) Si la réponse à la septième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. Analyse

A. *Interprétation de la Loi sur les ALV*

L'argumentation des appelants a porté, dans une large mesure, sur la façon de qualifier et d'interpréter la *Loi sur les ALV* et, en particulier, son art. 16. Les appelants ont essentiellement fait valoir que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* ne [TRADUCTION] « met [pas] à exécution » le résultat du référendum tenu à Winkler en 1998, et que, par conséquent, la question de la constitutionnalité de la mesure législative doit être appréciée indépendamment de ce référendum. Ils ont fait observer que l'art. 16 ne mentionne pas explicitement le référendum de 1998, et qu'au par. 16(2) le mot « référendum » est précédé de l'article indéfini « un » au lieu de l'article défini « le ». Ils ont ajouté qu'on présume, à ce paragraphe, qu'une résolution interdisant le jeu avait été adoptée par voie de référendum municipal à Winkler, alors que le conseil de la ville n'avait jamais approuvé une telle résolution. Ces caractéristiques démontreraient que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* ne met pas à exécution le résultat du référendum tenu à Winkler à l'automne de 1998, et qu'on y présume à tort que les résidents de Winkler ont voté à un référendum décisionnel, ce qu'ils n'ont jamais fait.

Les appelants n'arrivaient pas à comprendre pourquoi le référendum de 1998 les toucherait puisqu'il n'a pas été tenu conformément à une résolution interdisant les ALV, comme l'exige la Loi. L'explication est la suivante : la *Loi sur les ALV* a un champ d'application plus vaste et, conformément aux principes d'interprétation téléologique, l'art. 16 visait à faire en sorte que le régime provincial général tienne compte de la volonté déjà exprimée par les électeurs de Winkler.

Il n'y a pas de doute que l'objet de l'art. 16 aurait pu être énoncé de manière plus explicite. Néanmoins, compte tenu du contexte global de la Loi, l'objectif du législateur est clair. À l'automne de 1998, la ville de Winkler a tenu un référendum

12

13

14

of 1998, in which a majority of votes cast supported a request to remove VLTs from the community. The town council forwarded the results of the plebiscite to the provincial government. In response, the provincial government enacted legislation prohibiting the operation of VLTs in Winkler and terminating all siteholder agreements in that community.

consultatif et la majorité des suffrages exprimés était en faveur d'une demande de retrait des ALV de la collectivité. Le conseil municipal a communiqué le résultat du référendum au gouvernement provincial. Ce dernier a réagi en adoptant une loi interdisant l'exploitation d'ALV à Winkler et résiliant tous les accords d'exploitation de site dans cette municipalité.

15 The appellants acknowledged at the appeal that, if the government had wished to enact legislation dealing solely with the prohibition of VLTs in the Town of Winkler, it could legitimately have done so. However, instead of giving effect to the Winkler plebiscite in an act designed solely for that purpose, the government incorporated a section prohibiting VLTs in Winkler into a larger statute that established a scheme for all municipalities to prohibit or reinstate VLTs through binding plebiscites. I cannot see how the legislative structure chosen by the government affects the Act's constitutionality. Through the *VLT Act*, the province attempted to bring Winkler within the larger scheme of VLT plebiscites in the province. In order to do so, it deemed that Winkler voters had approved a VLT prohibition in accordance with the Act. All the parties agree that the Winkler plebiscite did not, in fact, approve such a prohibition. Indeed, since the Winkler plebiscite preceded the introduction of the *VLT Act*, it was impossible for voters to do so. Regardless, the legislature had the latitude to give effect to the Winkler plebiscite by various means, including the deeming provision it used. Unless the legislation is otherwise unconstitutional, the particular means chosen by the legislature cannot be used as a basis to declare it invalid.

Les appelants ont reconnu, en appel, que si le gouvernement avait voulu adopter une mesure législative visant uniquement à interdire les ALV à Winkler, il aurait pu le faire de manière légitime. Toutefois, au lieu de mettre à exécution le résultat du référendum de Winkler dans une loi conçue uniquement à cette fin, le gouvernement a inséré une disposition interdisant les ALV à Winkler dans une loi générale établissant un régime en vertu duquel toutes les municipalités pourraient interdire les ALV ou en permettre à nouveau l'exploitation au moyen d'un référendum décisionnel. Je ne vois pas comment le cadre législatif retenu par le gouvernement peut avoir une incidence sur la constitutionnalité de la Loi. En adoptant la *Loi sur les ALV*, la province a entrepris de rendre applicable à Winkler le régime provincial général des référendums sur les ALV. À cette fin, elle a présumé que les électeurs de Winkler avaient approuvé une interdiction des ALV conformément à la Loi. Toutes les parties conviennent qu'en réalité une telle interdiction n'a pas été approuvée lors du référendum de Winkler. En effet, étant donné que ce référendum a précédé l'entrée en vigueur de la *Loi sur les ALV*, les électeurs qui y ont participé étaient dans l'impossibilité de le faire. Quoi qu'il en soit, il était loisible au législateur de mettre à exécution, de différentes manières, le résultat du référendum de Winkler, notamment en adoptant, comme il l'a fait, une disposition créant une présomption. À moins que la mesure législative ne soit par ailleurs inconstitutionnelle, le moyen particulier retenu par le législateur ne saurait constituer un motif d'invalidité.

16 It should be noted that the less-than-ideal legislative drafting is not an independent ground upon which legislation can be found unconstitutional. The wording of the statute is only relevant to the analysis in so far as it informs the determination of the

Il y a lieu de souligner que le caractère imparfait d'un texte législatif ne constitue pas en soi un motif d'inconstitutionnalité. Le libellé d'une loi n'est pertinent, pour les besoins de l'analyse, que dans la mesure où il permet de déterminer le caractère

pith and substance of the legislation. As long as the pith and substance of s. 16 falls within the provincial sphere of legislative authority, it is immaterial whether it could have been drafted in clearer terms.

Similarly, it cannot be concluded that the wording of s. 16 dictates that the appellants' *Charter* claims must be assessed without considering the Winkler plebiscite of 1998. This Court has stated on numerous occasions that the evaluation of *Charter* claims should be contextual: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344 (*per* Dickson J. (as he then was)); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56 (*per* Wilson J.); *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-26 (*per* Cory J.); *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87 (*per* Bastarache J.); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 62 (*per* Iacobucci J.). The purpose and effects of the legislation cannot be examined in a vacuum, but must be considered in light of the facts as they are known to both the claimant and the legislator.

The rationale for contextual analysis is particularly strong in this case. But for the 1998 Winkler plebiscite, the provincial government would never have enacted s. 16 of the *VLT Act*. The legislature did not single out the Town of Winkler on an arbitrary basis; rather, it enacted s. 16 to respond to the wishes of Winkler voters. If the Court were to ignore the 1998 plebiscite in assessing the *Charter* claims, it would be ignoring the very circumstances that gave rise to the impugned section. This is both logically and legally flawed. Nevertheless, the analysis of the *Charter* claims is not dependent on the existence of the 1998 plebiscite, and the legislation would have been upheld in any event. The contextual analysis merely strengthens that conclusion.

B. *The Division of Powers Claim*

To determine whether the Manitoba Government had legislative authority to enact the *VLT Act*, it is

véritable de cette loi. Pourvu que, de par son caractère véritable, l'art. 16 relève de la compétence législative de la province, il n'importe pas de savoir s'il aurait pu être rédigé plus clairement.

De même, l'on ne saurait conclure que le libellé de l'art. 16 exige que l'on évalue l'argumentation des appelants fondée sur la *Charte* sans tenir compte du référendum tenu à Winkler en 1998. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'évaluation des arguments fondés sur la *Charte* doit être contextuelle : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356 (la juge Wilson); *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 224-226 (le juge Cory); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 (le juge Bastarache); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 62 (le juge Iacobucci). L'examen de l'objet et des effets d'une mesure législative ne saurait se faire sur une table rase; il doit être effectué à la lumière des faits connus à la fois du demandeur et du législateur.

Le recours à l'analyse contextuelle est particulièrement justifié en l'espèce. N'eût été le référendum de Winkler en 1998, le gouvernement provincial n'aurait jamais adopté l'art. 16 de la *Loi sur les ALV*. Le législateur n'a pas décidé arbitrairement de mentionner la ville de Winkler; il a plutôt adopté l'art. 16 afin de tenir compte de la volonté exprimée par les électeurs de cette municipalité. Si, en évaluant les arguments fondés sur la *Charte*, notre Cour ne tenait pas compte du référendum de 1998, elle ferait alors abstraction des circonstances mêmes qui sont à l'origine de la disposition contestée, ce qui irait à l'encontre de la logique et du droit. Néanmoins, l'analyse de l'argumentation fondée sur la *Charte* n'est pas subordonnée à l'existence du référendum de 1998, et la validité de la mesure législative aurait de toute manière été confirmée. L'analyse contextuelle ne fait que renforcer cette conclusion.

B. *L'argument du partage des compétences*

Pour décider si le gouvernement manitobain avait la compétence législative nécessaire pour adopter

17

18

19

necessary to identify the pith and substance of that legislation. In *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 53, it was held that the pith and substance analysis involves an inquiry into both the purpose of the legislation and its effects. LeBel J. also wrote that, where a specific section of the legislation is being challenged, its pith and substance should be identified before that of the Act as a whole. If the impugned section is *ultra vires*, it may still be upheld if it is sufficiently integrated into a valid provincial legislative scheme (para. 58). However, since the appellants in the present case have challenged both s. 16 and the *VLT Act* as a whole, it is necessary to identify the pith and substance of both in any event.

la *Loi sur les ALV*, il faut déterminer le caractère véritable de cette loi. Dans l'arrêt *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, par. 53, la Cour a statué que l'analyse du caractère véritable porte à la fois sur l'objet et les effets de la mesure législative en cause. Le juge LeBel a ajouté que, lorsqu'une disposition particulière d'une loi est contestée, son caractère véritable doit être déterminé avant celui de l'ensemble de la loi en cause. Dans le cas où la disposition attaquée est inconstitutionnelle, il est néanmoins possible d'en confirmer la validité si elle est suffisamment intégrée dans un régime législatif provincial valide (par. 58). En l'espèce, toutefois, étant donné que les appelants ont contesté à la fois la validité de l'art. 16 et celle de l'ensemble de la *Loi sur les ALV*, il est, de toute façon, nécessaire de déterminer le caractère véritable des deux.

20

The purpose of s. 16 of the *VLT Act* is to prohibit VLTs in Winkler and to cancel all existing siteholder agreements with respect to VLTs. The legislative debates on the *VLT Act* indicate that s. 16 was enacted to give effect to the plebiscite that had already been held in Winkler, albeit before the Act came into force. The responsible Minister said:

L'article 16 de la *Loi sur les ALV* vise à interdire les ALV à Winkler et à résilier tous les accords d'exploitation de site s'y rapportant. Il ressort des débats de l'Assemblée législative relatifs à la *Loi sur les ALV* que l'art. 16 a été adopté pour mettre à exécution le résultat du référendum de Winkler, bien que ce référendum ait précédé l'entrée en vigueur de la Loi. La ministre responsable a affirmé ce qui suit :

As you may be aware, Madam Speaker, last fall the citizens of Winkler conducted a plebiscite requesting the removal of VLTs from that community. This legislation supports that community's will. This legislation will recognize the legitimacy of the 1998 VLT plebiscite in Winkler.

[TRADUCTION] Vous savez sans doute, Madame la Présidente, que les citoyens de Winkler ont tenu, l'automne dernier, un référendum en vue de se prononcer sur une demande de retrait des ALV de cette collectivité. La présente mesure législative va dans le sens de la volonté exprimée par ces citoyens. Elle reconnaîtra la légitimité du référendum relatif aux ALV qui a été tenu à Winkler en 1998.

(Manitoba, Legislative Assembly, *Debates and Proceedings*, 5th Sess., 36th Leg., vol. XLIX, No. 57A, July 8, 1999, at p. 4092 (Mrs. Render))

(Manitoba, Assemblée législative, *Journal des débats*, 5^e sess., 36^e lég., vol. XLIX, n^o 57A, 8 juillet 1999, p. 4092 (M^{me} Render))

The effect of s. 16(1) of the *VLT Act* was to cancel the siteholder agreement with The Winkler Inn. Further, as indicated, s. 16(2) attempted to bring the non-binding Winkler plebiscite within the local option scheme outlined in the other sections of the Act. The Act allows plebiscites to be held on whether to prohibit VLTs within the municipality or, where a VLT prohibition is already in effect, on

Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les ALV* a eu pour effet de résilier l'accord d'exploitation de site conclu avec le Winkler Inn. En outre, comme nous l'avons vu, le par. 16(2), visait à intégrer le référendum consultatif de Winkler dans le régime d'options locales énoncé dans les autres dispositions de la Loi. La Loi autorise la tenue d'un référendum pour décider s'il y a lieu d'interdire les ALV dans une

whether to reinstate VLTs within the municipality. Thus, by deeming a resolution prohibiting VLTs to have been approved in Winkler in accordance with the Act, the effect of s. 16(2) is to put the Town of Winkler into the “starting position” of prohibiting VLTs. If a subsequent VLT plebiscite is to be held in Winkler, the question will ask whether to reinstate VLTs in that community.

More broadly, the purpose of the *VLT Act* as a whole seems to be, quite simply, to allow municipalities to express, by binding plebiscite, whether they wish VLTs to be permitted or prohibited within their communities. This purpose is evident from the title of the Act, *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, which clearly expresses the government’s desire to obtain local input on the issue of VLTs. The *VLT Act* was the government’s response to two reports: the Manitoba Lottery Policy Review’s *Working Group Report* (1995) (the “Desjardins Report”), and the Manitoba Gaming Control Commission’s *Municipal VLT Plebiscite Review* (1998). Both reports recommended that municipal plebiscites be held to determine local opinion on the issue of VLTs.

The pith and substance of the *VLT Act* falls within a provincial head of legislative authority. As Stevenson J. wrote for this Court in *Furtney, supra*, at p. 103, gaming is a matter that falls within the “double aspect” doctrine. Accordingly, gaming can be subject to legislation by both the federal and provincial governments:

In my view, the regulation of gaming activities has a clear provincial aspect under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* subject to Parliamentary paramountcy in the case of a clash between federal and provincial legislation. . . . Altogether apart from features of gaming which attract criminal prohibition, lottery activities are subject to the legislative authority of the province under various heads of s. 92, including, I suggest, property and civil rights (13), licensing (9), and maintenance of charitable institutions (7) (specifically recognized by the *Code* provisions). Provincial licensing and regulation of gaming

municipalité ou s’il y a lieu d’en permettre à nouveau l’exploitation dans le cas où une telle interdiction des ALV existe déjà. Ainsi, en présumant qu’une résolution interdisant les ALV a été approuvée à Winkler conformément à la Loi, le par. 16(2) a pour effet de placer cette ville dans la « situation de départ » où les ALV sont interdits. Si un autre référendum est tenu à Winkler, il portera sur la question de savoir s’il y a lieu d’y permettre à nouveau l’exploitation des ALV.

De manière plus générale, la *Loi sur les ALV*, dans son ensemble, paraît tout simplement avoir pour objet de permettre aux municipalités d’exprimer, par voie de référendum décisionnel, leur volonté d’autoriser ou d’interdire les ALV sur leur territoire. Cet objet ressort de l’intitulé de la Loi — *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* — qui traduit clairement la volonté du gouvernement de consulter la population locale sur la question des ALV. Le gouvernement a adopté la *Loi sur les ALV* à la suite de deux rapports : le *Working Group Report* du Manitoba Lottery Policy Review (1995) (le « rapport Desjardins ») et celui de la Commission de régie du jeu du Manitoba, intitulé *Municipal VLT Plebiscite Review* (1998). Les deux rapports recommandaient la tenue de référendums municipaux afin de connaître l’opinion de la population locale sur la question des ALV.

De par son caractère véritable, la *Loi sur les ALV* relève d’un chef de compétence législative provinciale. Comme le juge Stevenson l’a affirmé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Furtney*, précité, p. 103, la règle du « double aspect » s’applique au jeu. En conséquence, tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux peuvent légiférer en la matière :

À mon avis, la réglementation des activités de jeu a un aspect provincial manifeste en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sous réserve de la compétence prépondérante du Parlement en cas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale. [. . .] Outre les aspects des jeux susceptibles d’interdiction en matière criminelle, les loteries sont soumises au pouvoir législatif de la province en vertu de divers chefs de compétence énoncés à l’art. 92, y compris, selon moi, la propriété et les droits civils (13), la délivrance de licences (9), l’entretien des institutions de charité (7) (précisément reconnues par

21

22

activities is not *per se* legislation in relation to criminal law.

Without foreclosing discussion on other potential heads of jurisdiction, it is sufficient for this appeal to find that the *VLT Act* was, *prima facie*, validly enacted under ss. 92(13) and 92(16). Section 16(1) deals specifically with the siteholder agreements, which are contractual in nature and thereby fall under property and civil rights. On a broader level, the municipal plebiscites empower each community to determine whether VLTs will be permitted, thereby invoking matters of a local nature.

23

The *VLT Act* is not, as the appellants have submitted, a colourable attempt to legislate criminal law. The Act does not possess the relevant characteristics outlined by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50, and affirmed by the Privy Council in *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, at p. 196, and, more recently, in *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27. These are (1) a prohibition, (2) coupled with a penalty, and (3) a criminal law purpose. The respondents conceded that the *VLT Act* contains a prohibition, namely, s. 3(1) prohibits the operation of VLTs in municipalities that have banned them as the result of a binding plebiscite. Nevertheless, this alone is insufficient to establish that the *VLT Act* is, in pith and substance, criminal law. The Act does not create penal consequences, and was not enacted for a criminal law purpose.

24

Although s. 3(1) prohibits the operation of VLTs in relevant municipalities, it does not create a provincial offence. Nor does it impose a penalty for operating VLTs in those municipalities. If VLT operators were to be charged with any offence, it would be under the gaming provisions in the *Criminal Code*, which prohibit gambling except in accordance with lottery schemes conducted and

les dispositions du *Code*). La délivrance de licences et la réglementation des activités de jeu par la province ne constituent pas en soi de la législation en matière de droit criminel.

Sans exclure l'analyse d'autres chefs de compétence possibles, il suffit, pour les besoins du présent pourvoi, de conclure qu'à première vue la *Loi sur les ALV* a été validement adoptée en application des par. 92(13) et (16). Le paragraphe 16(1) porte précisément sur les accords d'exploitation de site, qui sont de nature contractuelle et qui, de ce fait, relèvent de la propriété et des droits civils. D'un point de vue plus général, les référendums municipaux habilite chaque collectivité à décider si les ALV seront permis, et relèvent ainsi des matières d'une nature locale.

La *Loi sur les ALV* n'est pas, comme l'ont fait valoir les appelants, une tentative déguisée de légiférer en matière criminelle. Elle ne possède pas les caractéristiques pertinentes énoncées par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, p. 50, et confirmées par le Conseil privé dans l'arrêt *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, p. 196, et plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27. Ces caractéristiques sont (1) une interdiction (2) assortie d'une sanction et (3) d'un objet relevant du droit criminel. Les intimés ont reconnu que la *Loi sur les ALV* comporte, au par. 3(1) notamment, une interdiction d'exploiter des ALV dans les municipalités qui les ont interdits à la suite d'un référendum décisionnel. Or, cela ne suffit pas en soi pour établir que la *Loi sur les ALV* est, de par son caractère véritable, une loi en matière criminelle. La Loi ne comporte aucune conséquence pénale et son objet ne relève pas du droit criminel.

Même si le par. 3(1) interdit l'exploitation d'ALV dans les municipalités qui ont interdit ces appareils, il ne crée pas une infraction provinciale. Il n'inflige pas non plus une sanction pour l'exploitation d'ALV dans ces municipalités. Si un exploitant d'ALV devait être accusé d'une infraction, ce serait en application des dispositions du *Code criminel* en matière de jeu, qui interdisent le jeu sauf

managed by the provinces. The effect of s. 3(1) of the *VLT Act* is simply to remove the exception and give full effect to the existing federal offences.

However, even if the *VLT Act* did create a provincial offence or impose a fine, that would not necessarily make it an attempt to legislate criminal law. Section 92(15) of the *Constitution Act, 1867* allows the provincial legislatures to impose fines or other punishments as a means of enforcing valid provincial law, and the provinces have enacted countless punishable offences within their legislative spheres. Motor vehicle offences are the classic example, and they have been declared constitutionally valid in, *inter alia*, *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804 (careless driving); and *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5 (provincial licence suspension upon conviction for *Criminal Code* impaired driving offence). The mere presence of a prohibition and a penalty does not invalidate an otherwise acceptable use of provincial legislative power.

The appellants submitted that the *VLT Act* contains penal consequences because it terminates all siteholder agreements in municipalities that have voted to prohibit VLTs in accordance with the Act. Relying on this Court's decision in *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, they argued that the provisions of the *VLT Act* result in the forfeiture of VLTs, which can be characterized as a penalty. However, the termination of siteholder agreements cannot be characterized as a forfeiture within the meaning of the criminal law. At all times during a siteholder agreement, the MLC maintains ownership of the VLTs. The siteholder (in this case, the appellants) has no property interest in the machines. Therefore, when the agreement is terminated and the VLTs are removed from the siteholder's establishment, the siteholder is not required to forfeit any property. The siteholder

dans le cadre d'une loterie mise sur pied et exploitée par une province. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur les ALV* a simplement pour effet de supprimer l'exception et donner pleinement effet aux dispositions fédérales existantes qui créent des infractions.

Toutefois, même si la *Loi sur les ALV* créait une infraction provinciale ou prévoyait une amende, elle ne représenterait pas nécessairement une tentative de légiférer en matière criminelle. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet à la législature d'une province d'infliger des amendes ou d'autres sanctions pour assurer l'application d'une loi provinciale valide; les provinces ont créé, dans leurs domaines de compétence législative, d'innombrables infractions assorties de sanctions. Les infractions relatives à la conduite d'un véhicule à moteur, qui en sont l'exemple classique, ont été jugées constitutionnelles, notamment dans les arrêts *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804 (conduite imprudente), et *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5 (suspension du permis provincial à la suite d'une déclaration de culpabilité d'infraction criminelle de conduite avec facultés affaiblies). La seule existence d'une interdiction et d'une sanction n'invalide pas l'exercice par ailleurs acceptable d'une compétence législative provinciale.

Les appelants ont soutenu que la *Loi sur les ALV* a des conséquences pénales du fait qu'elle résilie tous les accords d'exploitation de site dans les municipalités qui, conformément à cette loi, ont voté en faveur de l'interdiction des ALV. Invoquant l'arrêt de notre Cour *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, ils ont fait valoir que l'application de la *Loi sur les ALV* entraîne la confiscation des ALV, qui peut être qualifiée de sanction. Cependant, la résiliation d'un accord d'exploitation de site ne peut pas être qualifiée de confiscation au sens du droit criminel. À tout moment pendant la durée d'un accord d'exploitation de site, la CLM demeure propriétaire des ALV. L'exploitant du site (en l'espèce, les appelants) n'a aucun droit de propriété sur les appareils. Par conséquent, lorsque l'accord est résilié et que les ALV sont retirés de l'établissement de l'exploitant du site, ce dernier n'a pas

25

26

has merely lost the opportunity to earn a percentage of the revenue that the VLTs generate.

à renoncer à un bien. Il perd simplement la possibilité de toucher un pourcentage des recettes générées par les ALV.

27 That is sufficient to distinguish the present appeal from *Johnson, supra*, which properly identified the alleged penalty as a forfeiture. In that case, the impugned legislation specifically denied property rights in slot machines. Where the machines were being operated contrary to the legislation, the Act allowed police to confiscate those machines even if, except for the legislation, they would have been considered the property of the offender. In short, a violation of the legislation struck down in *Johnson* resulted in a loss of property. In the present case, however, the *VLT Act* merely allows the MLC to reclaim its own VLTs. This cannot be considered a forfeiture.

Cela est suffisant pour distinguer le présent pourvoi de l'arrêt *Johnson*, précité, où la sanction alléguée a été qualifiée, à juste titre, de confiscation. Dans cette affaire, la loi contestée niait expressément tout droit de propriété sur les machines à sous. Lorsque les machines étaient exploitées contrairement à ses dispositions, la loi en cause autorisait les policiers à les confisquer même si, n'eût été celle-ci, elles auraient été considérées comme appartenant au contrevenant. Bref, la violation de la loi invalidée dans l'arrêt *Johnson* entraînait la perte d'un bien. Dans la présente affaire, cependant, la *Loi sur les ALV* permet simplement à la CLM de reprendre possession de ses propres appareils. Cela ne saurait être considéré comme une confiscation.

28 The conclusion that the *VLT Act* does not impose penal consequences makes it unnecessary to determine whether it was enacted for a criminal law purpose. Nevertheless, certain submissions made during the course of proceedings warrant a brief response. The appellants argued that the *VLT Act* was enacted for purposes of public morality, and that it was, therefore, an attempt to legislate criminal law. This submission is flawed on several bases. First, the trial judge found no evidence indicating that this law was enacted to regulate public morality. The province has authority to regulate gaming, and this includes provisions regulating where gaming may be conducted. Just as the province can regulate when and where alcohol may be legally consumed, so can it regulate when and where individuals can legally operate VLTs. It does not follow that, in doing so, the province is somehow regulating public morality.

Vu la conclusion que la *Loi sur les ALV* n'a aucune conséquence pénale, il n'est pas nécessaire de déterminer si son objet relève du droit criminel. Néanmoins, certains arguments avancés pendant l'instance méritent qu'on y réponde brièvement. Les appelants ont soutenu que la *Loi sur les ALV* a été adoptée pour réglementer la moralité publique et qu'elle représentait, de ce fait, une tentative de légiférer en matière criminelle. Cet argument comporte plusieurs lacunes. Premièrement, la juge de première instance n'a relevé aucun élément de preuve indiquant que cette loi visait à réglementer la moralité publique. La province a compétence pour réglementer le jeu et notamment pour adopter des dispositions régissant les lieux où l'on peut s'y adonner. Tout comme une province peut réglementer les heures et les lieux de consommation légale d'alcool, elle peut également réglementer les heures et les lieux d'exploitation légale d'ALV. Il ne s'ensuit pas que, ce faisant, la province réglemente d'une façon ou d'une autre la moralité publique.

29 Second, the province and individual municipalities may have any number of reasons for restricting gaming to certain locations. Some may concern the local economy, and others may be purely aesthetic or cultural. There is no basis on which to assume that the dominant purpose for prohibiting VLTs

Deuxièmement, la province et chacune des municipalités peuvent avoir maintes raisons de limiter les activités de jeu à des endroits bien précis. Certaines raisons peuvent avoir trait à l'économie locale, alors que d'autres peuvent être d'ordre purement esthétique ou culturel. Rien ne justifie de présumer que

in certain locations is to regulate public morality. Indeed, the fact that the *VLT Act* does not affect VLTs located at racetracks or other “premises dedicated to gaming activity” suggests that the government was not attempting to condemn VLTs on any moral basis. See *Gaming Control Act*, S.M. 1996, c. 74, s. 1. Rather, it supports the interpretation that the *VLT Act* was designed merely to limit more “incidental” contact with VLTs — in taverns, for example — in municipalities that wish to do so.

Third, the presence of moral considerations does not *per se* render a law *ultra vires* the provincial legislature. In giving Parliament exclusive jurisdiction over criminal law, the *Constitution Act, 1867* did not intend to remove all morality from provincial legislation. In many instances, it will be impossible for the provincial legislature to disentangle moral considerations from other issues. For example, in the present case, it is difficult to ignore the various social costs associated with gambling and VLTs. As the Desjardins Report, *supra*, examined in detail, government-run gambling can have adverse social consequences, including addiction, crime, bankruptcy, and reductions in charitable gaming. The provincial government can legitimately consider these social costs when deciding how to regulate gaming in the province. The fact that some of these considerations have a moral aspect does not invalidate an otherwise legitimate provincial law.

The dominant purpose of the *VLT Act* is to regulate gaming in the province. Any moral aspects of the *VLT Act* fall within the doctrine of “incidental effects”, recently affirmed by this Court in *Kitkatla Band*, *supra*, at para. 54; and *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23. Where a law is in pith and substance related to the provincial legislative sphere, it will not be struck down merely because it has incidental effects on a

l’interdiction des ALV à certains endroits vise principalement à réglementer la moralité publique. En réalité, le fait que la *Loi sur les ALV* ne touche pas les ALV situés dans une piste de course ou d’autres « lieux servant à des activités de jeu » indique que le gouvernement ne tentait pas d’interdire l’exploitation des ALV pour des raisons d’ordre moral. Voir la *Loi sur la Commission de régie du jeu*, L.M. 1996, ch. 74, art. 1. Il étaye plutôt l’interprétation voulant que la *Loi sur les ALV* vise simplement à limiter davantage les occasions d’utiliser les ALV — dans les tavernes, par exemple — dans les municipalités qui le souhaitent.

Troisièmement, une loi n’excède pas la compétence de la législature provinciale en raison de la seule existence de considérations morales. En accordant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas à exclure de la compétence législative provinciale toute matière ayant trait à la moralité. Dans bien des cas, il sera impossible à la législature provinciale de dégager les considérations morales d’autres considérations. Par exemple, dans la présente affaire, il est difficile de faire abstraction des divers coûts sociaux liés au jeu et aux ALV. Comme en fait foi l’examen approfondi effectué dans le rapport Desjardins, *op. cit.*, le jeu contrôlé par l’État peut avoir des conséquences sociales néfastes, dont la dépendance, la criminalité, la faillite et le déclin des activités de jeu organisées à des fins de bienfaisance. Le gouvernement provincial peut légitimement tenir compte de ces coûts sociaux pour décider comment réglementer le jeu dans la province. Le fait que certaines de ces considérations aient un aspect moral n’invalide pas pour autant une loi provinciale par ailleurs légitime.

La *Loi sur les ALV* vise principalement à réglementer le jeu dans la province. Tout aspect moral de cette loi est assujéti à l’application de la règle des « effets accessoires » que notre Cour a récemment confirmée dans les arrêts *Bande Kitkatla*, précité, par. 54, et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23. La loi qui, de par son caractère véritable, touche un domaine de compétence législative provinciale ne sera pas invalidée

30

31

federal head of power. For instance, in *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, it was held that a provincial law restricting nude entertainment at licensed taverns was valid. It is reasonable to assume that such a law would have had some incidental effects on public morality. Yet, the Court found that the law was validly enacted because in pith and substance it dealt with licensing, local matters, and property and civil rights.

pour le seul motif qu'elle a des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale. Par exemple, dans l'arrêt *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, une loi provinciale limitant les spectacles de nudité dans les débits de boisson autorisés a été jugée valide. L'on peut raisonnablement présumer que cette loi pouvait avoir des effets accessoires sur la moralité publique. Notre Cour a néanmoins conclu à la validité de la loi en question étant donné que, de par son caractère véritable, elle touchait à l'attribution de permis, à des matières d'une nature locale, ainsi qu'à la propriété et aux droits civils.

32

In the present appeal, the provincial government passed a law that was within a provincial head of legislative authority. Although there is a possibility that local morality may affect which municipalities choose to ban VLTs through binding plebiscites, the dominant purpose of the *VLT Act* is not to express moral disapproval of VLTs. In as much as there is a moral aspect to the *VLT Act*, this effect is incidental to the overall regulatory scheme, and does not infringe on Parliament's exclusive authority to legislate criminal law.

Dans la présente affaire, le gouvernement provincial a adopté une loi relevant d'un chef de compétence législative provinciale. En dépit de la possibilité que la moralité de la population locale influe sur le choix de certaines municipalités d'interdire les ALV par référendum décisionnel, la *Loi sur les ALV* ne vise pas principalement à exprimer une désapprobation morale des ALV. Si tant est que la *Loi sur les ALV* comporte un aspect moral, il s'agit là d'un effet accessoire du régime réglementaire global, qui n'empiète pas sur la compétence législative exclusive du Parlement en matière de droit criminel.

33

In making this determination, I am mindful of the presumption of constitutionality recognized in *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 255; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at pp. 687-88; *Re Firearms Act*, *supra*, at para. 25. When faced with two plausible characterizations of a law, we should normally choose that which supports the law's constitutional validity.

En tirant cette conclusion, je suis conscient de la présomption de constitutionnalité reconnue dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, p. 255; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 687-688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 25. Lorsqu'il est possible de qualifier une loi de deux façons, nous devons normalement opter pour celle qui étaye la constitutionnalité de cette loi.

34

The Attorney General of Canada's intervention in support of the provincial government creates a situation of attempted federal-provincial cooperation. The governments, in the absence of jurisdiction, cannot by simple agreement lend legitimacy to a claim that the *VLT Act* is *intra vires*. However, given that both federal and provincial governments guard their legislative powers carefully, when they do agree to shared jurisdiction, that fact should be

L'intervention du procureur général du Canada en faveur du gouvernement provincial constitue une tentative de coopération fédérale-provinciale. En l'absence de compétence, les gouvernements ne peuvent pas simplement convenir de la légitimité d'une allégation que la *Loi sur les ALV* est constitutionnelle. Toutefois, étant donné que tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux défendent farouchement leurs compétences

given careful consideration by the courts: *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20; *Kitkatla Band, supra*, at paras. 72-73.

This principle is further bolstered in the present case by the explicit interaction of the *Criminal Code* and provincial gaming legislation. Section 207(1)(a) of the *Criminal Code* specifically creates an exception to the gaming and betting offences where a lottery scheme has been established by a province. It was first enacted in 1969 for the purpose of decriminalizing lotteries and allowing each province to determine whether it wished to establish a lottery scheme. Where no such scheme exists, the *Criminal Code* offences still apply. Parliament has intentionally designed a structure for gaming offences that affirms the double aspect of gaming and promotes federal-provincial cooperation in this area. Section 207(1)(a) removes the possibility of operational conflict, and with it, any question of paramountcy.

I conclude that the *VLT Act* in its entirety, and s. 16 in particular, are *intra vires* the provincial legislature. The Act's purposes are to regulate gaming in the province and to allow for local input on the issue of VLTs, both of which fall under the powers enumerated in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is not an attempt to legislate criminal law, as it has neither penal consequences nor a criminal law purpose. Finally, the issues of interjurisdictional immunity and paramountcy do not arise in this case, and they need not be discussed beyond what has already been stated.

C. *The Claim of Improper Delegation*

Before turning to the various *Charter* claims, a brief comment is warranted on the argument raised by the intervening group of Alberta merchants. They challenged the entire *VLT Act* on the ground that it constitutes an improper abdication of the

législatives respectives, lorsqu'ils s'entendent sur le partage d'une compétence, les tribunaux doivent prendre soin de tenir compte de ce fait : *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20; *Bande Kitkatla*, précité, par. 72-73.

En l'espèce, ce principe est également étayé par l'interaction explicite entre le *Code criminel* et la législation provinciale en matière de jeu. L'alinéa 207(1)a du *Code criminel* rend expressément inapplicables les infractions en matière de jeu et de pari dans le cas d'une loterie mise sur pied par une province. Cette disposition, qui date de 1969, a été adoptée pour décriminaliser la loterie et permettre à chacune des provinces qui le souhaitent de mettre sur pied un système de loterie. En l'absence d'un tel système, les infractions prévues par le *Code criminel* continuent de s'appliquer. C'est à dessein que le législateur fédéral a établi un régime d'infractions en matière de jeu qui confirme le double aspect du jeu et qui favorise la coopération fédérale-provinciale dans ce domaine. L'alinéa 207(1)a écarte toute possibilité de conflit sur le plan du fonctionnement et, de ce fait, toute question de prépondérance.

J'arrive à la conclusion que la *Loi sur les ALV*, en entier, et l'art. 16, en particulier, relèvent de la compétence législative de la province. Cette loi a pour objet de réglementer le jeu dans la province et de permettre à la population locale de s'exprimer sur la question des ALV; ces deux objectifs relèvent des champs de compétence énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi ne représente pas une tentative de légiférer en matière criminelle étant donné qu'elle ne comporte aucune conséquence pénale ni aucun objet relevant du droit criminel. Enfin, les questions de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance ne se posent pas en l'espèce, et il n'est pas nécessaire de s'y attarder davantage.

C. *L'argument de la délégation irrégulière*

Avant d'examiner les divers arguments fondés sur la *Charte*, il convient de commenter brièvement l'argument avancé par le groupe d'intervenants constitué des commerçants albertains. Ceux-ci ont contesté la *Loi sur les ALV* en entier pour le motif

35

36

37

legislature's law-making powers and usurps the authority of the Lieutenant Governor. These interveners submit that, by allowing municipalities to hold binding plebiscites, the provincial government has given them the power to make and repeal law. This, they argue, violates the provincial legislature's exclusive authority to make laws for the province.

que cette loi représente une renonciation irrégulière, de la part de la législature, à sa compétence législative et une usurpation du pouvoir du lieutenant-gouverneur. Ces intervenants soutiennent qu'en permettant aux municipalités de tenir des référendums décisionnels le gouvernement provincial leur a accordé le pouvoir d'adopter et d'abroger des lois. D'après eux, cela viole le pouvoir exclusif du gouvernement provincial d'adopter des lois applicables dans la province.

38

This submission fails, as the interveners' argument rests on an incorrect characterization of the impugned legislation. The *VLT Act* does not, in any way, empower municipal voters to enact legislation. The Act has been wholly drafted, debated and enacted by the provincial legislature, and has been given Royal Assent by the Lieutenant Governor. It sets out how the municipal plebiscites will take place and what their effects will be in the relevant municipalities. The only role played by municipal electors is in initiating and voting in a plebiscite. The results of the plebiscite determine whether the prohibition in s. 3 of the *VLT Act* will apply in the municipality. In other words, the application of the statutory VLT prohibition is conditional upon there being a certain plebiscite result. Consequently, the *VLT Act* falls within the category of "conditional legislation" which was upheld by the Privy Council in *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, at p. 835:

Cet argument des intervenants ne saurait être retenu étant donné qu'il repose sur une qualification incorrecte de la mesure législative contestée. La *Loi sur les ALV* n'habilite aucunement les électeurs d'une municipalité à légiférer. Elle a été rédigée, débattue et adoptée en entier par la législature provinciale et a reçu la sanction royale du lieutenant-gouverneur. Elle énonce la façon de tenir un référendum municipal et précise les effets qu'un tel référendum aura dans la municipalité concernée. Le rôle des électeurs municipaux se limite à organiser le référendum et à y participer en votant. Le résultat du référendum détermine si l'interdiction prévue à l'art. 3 de la *Loi sur les ALV* s'appliquera ou non dans la municipalité. En d'autres termes, l'application de l'interdiction légale des ALV dépend de l'issue du référendum. Par conséquent, la *Loi sur les ALV* relève de la catégorie des « lois conditionnelles » dont le Conseil privé a confirmé la validité dans l'arrêt *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, p. 835 :

... the Act does not delegate any legislative powers whatever. It contains within itself the whole legislation on the matters with which it deals. The provision that certain parts of the Act shall come into operation only on the petition of a majority of electors does not confer on these persons power to legislate. Parliament itself enacts the condition and everything which is to follow upon the condition being fulfilled. Conditional legislation of this kind is in many cases convenient, and is certainly not unusual, and the power so to legislate cannot be denied to the Parliament of Canada, when the subject of legislation is within its competency.

[TRADUCTION] ... la Loi ne délègue aucun pouvoir législatif. Elle édicte toutes les mesures législatives applicables aux matières sur lesquelles elle porte. La disposition selon laquelle certaines parties de la Loi ne s'appliquent qu'à la suite d'une pétition présentée en ce sens par une majorité d'électeurs ne confère pas à ces personnes le pouvoir de légiférer. Le Parlement établit lui-même la condition et tout ce qui s'ensuit une fois qu'elle est remplie. Une loi conditionnelle de ce genre est pratique dans bien des cas et n'est sûrement pas inhabituelle. On ne peut pas nier au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer ainsi lorsque l'objet de la mesure législative en question relève de sa compétence.

39

Through the *VLT Act*, the Manitoba Government has employed a statutory instrument to bind itself to respect local opinion. Nowhere does the Act, in

En adoptant la *Loi sur les ALV*, le gouvernement manitobain s'est engagé légalement à respecter l'opinion exprimée par la population locale. Que ce

purpose or effect, give municipal voters the power to legislate. This case is distinguishable from *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1 (C.A.), upon which the interveners based their argument. There, the impugned legislation allowed voters to submit laws for approval by ballot and, if approved, the proposed law would be deemed an Act of the provincial legislature. Here, there has been no attempt to bypass the Legislative Assembly or to usurp its law-making function. The Act merely allows municipalities to decide on the applicability of the Act to their communities.

Finally, I would add that the interveners' argument would severely restrict Parliament and the provincial legislatures from enacting "local option" legislation, which was upheld over a century ago by the Privy Council in *Russell, supra*, with respect to the *Canada Temperance Act*. That decision was affirmed by the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, and there is no need to question its continued validity as authority on this issue.

D. *The Claim under Section 2(b) of the Charter*

According to the appellants, the effect of the "deemed vote" in s. 16 of the *VLT Act* was to deny them the right to vote in a plebiscite under the Act and, therefore, to violate their freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. There is no question since this Court's decision in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, that casting a vote is a form of expression that is protected under s. 2(b). The question in this case is whether s. 16 of the *VLT Act* actually violates this freedom. I conclude that it does not.

While *Haig* held that voting is a protected form of expression, it also concluded that there is no constitutional right to vote in a referendum. See L'Heureux-Dubé J., at pp. 1040-41:

A referendum is a creation of legislation. Independent of the legislation giving genesis to a referendum, there is no right of participation. The right to vote in a

soit dans son objet ou dans son effet, la Loi ne confère nullement aux électeurs municipaux le pouvoir de légiférer. La présente affaire peut être distinguée du renvoi intitulé *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1 (C.A.), sur lequel repose l'argument des intervenants. Dans cette affaire, la loi contestée permettait aux électeurs de soumettre au scrutin l'approbation d'une loi. En cas d'approbation, la loi proposée était réputée constituer une loi de la législature provinciale. En l'espèce, personne n'a tenté de contourner l'Assemblée législative ou d'usurper sa fonction de législateur. La Loi autorise simplement les municipalités à décider de l'applicabilité de ses dispositions sur leur territoire.

Enfin, j'ajoute que retenir l'argument des intervenants limiterait considérablement le pouvoir du Parlement et des législatures provinciales d'adopter des lois sur les « options locales », pouvoir que le Conseil privé a confirmé il y a plus d'un siècle dans l'arrêt *Russell*, précité, relativement à l'*Acte de tempérance du Canada*. Le Conseil privé a confirmé cette décision dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, qui fait toujours autorité en la matière.

D. *L'argument fondé sur l'al. 2b) de la Charte*

Selon les appelants, la présomption de scrutin, à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV*, les a privés du droit de voter lors d'un référendum tenu conformément à la Loi et a donc porté atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Depuis l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, il ne fait aucun doute que l'exercice du droit de vote est une forme d'expression protégée par l'al. 2b). La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* porte réellement atteinte à cette liberté. Je conclus que non.

Dans l'arrêt *Haig*, notre Cour a statué que voter est une forme d'expression protégée, mais elle a également conclu qu'il n'existe aucun droit constitutionnel de voter à un référendum. Voir les motifs de la juge L'Heureux-Dubé, aux p. 1040-1041 :

Un référendum est une création de la loi. Abstraction faite de la loi prévoyant le référendum, il n'existe aucun droit d'y prendre part. Le droit d'y voter découle de la

40

41

42

referendum is a right accorded by statute, and the statute governs the terms and conditions of participation. . . . In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law. [Emphasis in original.]

A municipal plebiscite, like a referendum, is a creation of legislation. In the present case, any right to vote in a plebiscite must be found within the language of the *VLT Act*. It alone defines the terms and qualifications for voting. Accordingly, the appellants cannot complain that the *VLT Act*, itself, denied them the right to vote in a VLT plebiscite.

43 *A caveat* was added in *Haig* that, once the government decides to extend referendum voting rights, it must do so in a fashion that is consistent with other sections of the *Charter*. However, as the appellants submitted that they had been denied referendum voting rights on a discriminatory basis, their claim should be assessed under s. 15(1), of which more will be said below.

44 Finally, it is worth noting that the *VLT Act* does not prevent the residents of Winkler from voting in future plebiscites on the issue of VLTs. They have not been disenfranchised from VLT plebiscites. Like all other residents of Manitoba, they are free to initiate a plebiscite under the Act to either reinstate or remove VLTs from their municipality.

E. *The Claim under Section 7 of the Charter*

45 The appellants also submitted that s. 16 of the *VLT Act* violates their right under s. 7 of the *Charter* to pursue a lawful occupation. Additionally, they submitted that it restricts their freedom of

loi et c'est celle-ci qui régit les conditions auxquelles est soumis le droit d'y participer. [. . .] À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel. [Souligné dans l'original.]

Comme tout autre référendum, un référendum municipal est une création de la loi. Dans la présente affaire, tout droit de voter à un référendum doit être prévu par la *Loi sur les ALV*. Elle seule définit les conditions et modalités de l'exercice du droit de vote. Les appelants ne peuvent donc pas se plaindre que la *Loi sur les ALV*, elle-même, les prive du droit de voter à un référendum sur les ALV.

Dans l'arrêt *Haig*, notre Cour a fait la mise en garde suivante : lorsque le gouvernement décide d'accorder le droit de voter à un référendum, il doit le faire d'une manière conforme aux autres dispositions de la *Charte*. Toutefois, comme les appelants ont soutenu qu'ils s'étaient vu refuser de façon discriminatoire le droit de voter, leur argument doit être examiné au regard du par. 15(1), sur lequel je reviendrai plus loin.

Enfin, il importe de souligner que la *Loi sur les ALV* n'empêche pas les résidents de Winkler de voter sur la question des ALV lors d'un autre référendum. Ils ne sont pas privés du droit de voter à un référendum portant sur les ALV. Comme tous les autres résidents du Manitoba, il leur est loisible d'organiser, conformément à la Loi, un référendum visant à permettre à nouveau les ALV dans la municipalité ou à les en retirer.

E. *L'argument fondé sur l'art. 7 de la Charte*

Les appelants ont également soutenu que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* porte atteinte au droit d'exercer un métier licite que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont ajouté que cette disposition restreint leur

movement by preventing them from pursuing their chosen profession in a certain location, namely, the Town of Winkler. However, as a brief review of this Court's *Charter* jurisprudence makes clear, the rights asserted by the appellants do not fall within the meaning of s. 7. The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests. As La Forest J. explained in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66:

... the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

More recently, *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, concluded that the stigma suffered by Mr. Blencoe while awaiting trial of a human rights complaint against him, which hindered him from pursuing his chosen profession as a politician, did not implicate the rights under s. 7. See Bastarache J., at para. 86:

The prejudice to the respondent in this case ... is essentially confined to his personal hardship. He is not "employable" as a politician, he and his family have moved residences twice, his financial resources are depleted, and he has suffered physically and psychologically. However, the state has not interfered with the respondent and his family's ability to make essential life choices. To accept that the prejudice suffered by the respondent in this case amounts to state interference with his security of the person would be to stretch the meaning of this right.

In the present case, the appellants' alleged right to operate VLTs at their place of business cannot be characterized as a fundamental life choice. It is purely an economic interest. The ability to generate business revenue by one's chosen means is not a right that is protected under s. 7 of the *Charter*.

droit de circuler librement en les empêchant d'exercer le métier de leur choix à un endroit particulier, à savoir la ville de Winkler. Toutefois, un bref examen de la jurisprudence de notre Cour relative à la *Charte* révèle clairement que les droits invoqués par les appelants ne sont pas visés par l'art. 7. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques. Comme le juge La Forest l'a expliqué dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66 :

... l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

Plus récemment, dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a conclu que la stigmatisation dont M. Blencoe a été victime, en attendant l'instruction de la plainte en matière de droits de la personne qui avait été déposée contre lui et qui l'avait empêché d'exercer son métier de politicien, ne faisait pas intervenir les droits garantis à l'art. 7. Voir les motifs du juge Bastarache, au par. 86 :

... le préjudice subi par l'intimé en l'espèce se limite essentiellement à ses difficultés personnelles. Il est « inapte au travail » de politicien, sa famille et lui ont changé de lieu de résidence deux fois, il a épuisé ses ressources financières et il a souffert tant physiquement que psychologiquement. Cependant, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des choix essentiels dans leur vie. Accepter que le préjudice subi par l'intimé en l'espèce équivaut à une atteinte de l'État au droit qu'il a à la sécurité de sa personne serait forcer le sens de ce droit.

Dans la présente affaire, le droit que les appelants auraient d'exploiter des ALV dans leurs établissements ne saurait être qualifié de choix fondamental dans leur vie. Il représente simplement un intérêt économique. La capacité d'une personne de générer un revenu d'entreprise par le moyen de son choix n'est pas un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

F. *The Claim under Section 15(1) of the Charter*

47

The appellants argued that their rights under s. 15(1) of the *Charter* were violated by s. 16 of the *VLT Act*. This claim should be analyzed in accordance with the three-pronged test summarized by Iacobucci J. in *Law, supra*, at para. 88:

- (A) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect;
- (B) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and
- (C) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

The appellants submitted that part (A) of the test was met because s. 16 of the *VLT Act* distinguished between residents of Winkler and all other residents of Manitoba. They further argued that this distinction was based on the analogous ground of residence, and was discriminatory because it denied them the opportunity to vote in a binding plebiscite on the issue of VLTs.

48

There is no merit in this ground of appeal. First, although s. 16 of the *VLT Act* clearly makes a distinction between Winkler and other municipalities, it is implausible that residence in Winkler constitutes an analogous ground of discrimination. Residence was rejected as an analogous ground in both *Haig, supra*, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. Further, the majority in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, clearly stated that the analogous ground recognized in that case was “Aboriginality-residence”, and that “no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground” (para. 15). In rejecting the claimant’s s. 15 argument in *Haig*, the majority explained, at p. 1044, why residence is an unlikely analogous ground:

F. *L’argument fondé sur le par. 15(1) de la Charte*

Les appelants ont soutenu que l’art. 16 de la *Loi sur les ALV* portait atteinte aux droits que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Cet argument doit être analysé en fonction du critère à trois volets résumé par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, précité, par. 88 :

- (A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d’imposer une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes?
- (B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?
- (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d’égalité?

Les appelants ont fait valoir que le volet (A) du critère était respecté en raison de la distinction que l’art. 16 de la *Loi sur les ALV* établissait entre les résidents de Winkler et tous les autres résidents du Manitoba. Ils ont ajouté que cette distinction reposait sur le motif analogue du lieu de résidence et qu’elle était discriminatoire étant donné qu’elle leur refusait la possibilité de voter à un référendum décisionnel sur la question des ALV.

Ce moyen d’appel n’est pas bien fondé. Premièrement, bien que l’art. 16 de la *Loi sur les ALV* établisse clairement une distinction entre Winkler et les autres municipalités, il est invraisemblable que le fait de résider à Winkler constitue un motif analogue de discrimination. Notre Cour a refusé de reconnaître le lieu de résidence comme étant un motif analogue tant dans l’arrêt *Haig*, précité, que dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. En outre, dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, les juges majoritaires ont clairement affirmé que le motif analogue reconnu dans cette affaire était celui de l’« autochtonité-lieu de résidence » et que « rien de nouveau n’a été établi, en ce sens qu’il n’a pas été jugé que le lieu de résidence constituait, de façon générale, un motif analogue » (par. 15). Dans l’arrêt *Haig*, précité, p. 1044, en rejetant l’argument des demandeurs fondé sur l’art. 15, les juges majoritaires ont expliqué pourquoi il était improbable que le lieu de résidence constitue un motif analogue :

It would require a serious stretch of the imagination to find that persons moving to Quebec less than six months before a referendum date are analogous to persons suffering discrimination on the basis of race, religion or gender. People moving to Quebec less than six months before a referendum date do not suffer from stereotyping, or social prejudice. Though its members were unable to cast a ballot in the Quebec referendum, the group is not one which has suffered historical disadvantage, or political prejudice. Nor does the group appear to be “discrete and insular”. Membership in the group is highly fluid, with people constantly flowing in or out once they meet Quebec’s residency requirements. [Emphasis in original.]

Although the Court in *Haig* left it open for residence to be established as an analogous ground in the appropriate case, I share the trial judge’s view here that this is not such a case. Nothing suggests that Winkler residents are historically disadvantaged or that they suffer from any sort of prejudice.

However, putting the appellants’ case at its best and assuming that they could establish a distinction based on an analogous ground, the legislation does not discriminate against them in any substantive sense. It is not necessary to proceed through all the contextual factors listed by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, because it is clear that the *VLT Act* directly corresponds to the circumstances of Winkler residents. The Town of Winkler was singled out in s. 16 of the *VLT Act* because it was the only municipality to have held a plebiscite on the issue of VLTs. The very purpose of that section was to respect the will of Winkler residents, as expressed in their 1998 plebiscite. Viewed in the context of that plebiscite, I am not convinced that any reasonable resident of Winkler would feel that he or she has been marginalized, devalued or ignored as a member of Canadian society (see *Law*, *supra*, at para. 53). There is no harm to dignity, and no violation of s. 15(1).

Ce serait fantaisiste au plus haut degré de conclure que les personnes qui déménagent au Québec moins de six mois avant la date d’un référendum sont assimilables aux victimes d’une discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe. Les personnes qui s’installent au Québec moins de six mois avant la date d’un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjugés sociaux. Quoique ses membres n’aient pu voter au référendum québécois, le groupe en question n’est pas de ceux qui ont subi des désavantages historiques ou des préjugés politiques. Il ne semble pas s’agir non plus d’un groupe « distinct et séparé ». Sa composition est hautement changeante : des gens s’y ajoutent constamment puis cessent d’en faire partie dès qu’ils satisfont aux exigences posées par le Québec en matière de résidence. [Souligné dans l’original.]

Même si, dans cet arrêt, notre Cour n’a pas écarté la possibilité d’établir que le lieu de résidence constitue un motif analogue dans un cas qui s’y prête, je partage l’avis de la juge de première instance qu’il n’est pas possible de le faire en l’espèce. Rien n’indique que les résidents de Winkler subissent un désavantage historique ou quelque autre forme de préjudice.

Toutefois, en considérant le dossier des appelants sous l’angle le plus favorable et en supposant qu’ils pourraient établir l’existence d’une distinction fondée sur un motif analogue, force est de conclure que la mesure législative en question n’est pas réellement discriminatoire à leur endroit. Il n’est pas nécessaire d’examiner tous les facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, précité, puisqu’il est manifeste que la situation des résidents de Winkler correspond exactement au genre de cas prévu par la *Loi sur les ALV*. La mention de cette ville à l’art. 16 de la *Loi sur les ALV* s’explique par le fait qu’elle était la seule municipalité à avoir tenu un référendum sur la question des ALV. L’objet même de cette disposition était de respecter la volonté que les résidents de Winkler avait exprimée lors du référendum de 1998. Au regard de ce référendum, je ne suis pas convaincu qu’un résident raisonnable de Winkler s’estimerait marginalisé, dévalorisé ou mis de côté en tant que membre de la société canadienne (voir l’arrêt *Law*, précité, par. 53). Il n’y a pas d’atteinte à la dignité ni aucune violation du par. 15(1).

50

It was noted above in the s. 2(b) claim that s. 15(1) might be implicated where the opportunity to vote in a plebiscite is extended to some and withheld from others based on a prohibited ground of discrimination. This would be the case if a law prohibited members of a certain race or religion from voting in a plebiscite. However, that is not the case in this appeal. First, as previously noted, the distinction in s. 16 of the *VLT Act* is not based on an analogous ground. Second, the distinction does not affect the qualification and ability of Winkler residents to vote in a VLT plebiscite under the Act. They are free to initiate a plebiscite should they wish to reinstate VLTs in their community. Consequently, although s. 16 makes a distinction for Winkler residents, that distinction has nothing to do with the alleged right to vote.

Comme je l'ai souligné plus haut relativement à l'argument fondé sur l'al. 2b), il se pourrait que le par. 15(1) s'applique lorsque la possibilité de voter à un référendum est accordée à certaines personnes et refusée à d'autres pour un motif de discrimination illicite. Ce serait le cas si une loi interdisait à des personnes de voter à un référendum en raison de leur race ou de leur religion. Cependant, cette situation n'existe pas en l'espèce. Premièrement, comme nous l'avons vu, la distinction établie à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* n'est pas fondée sur un motif analogue. Deuxièmement, elle n'a aucune incidence sur l'habileté et l'aptitude des résidents de Winkler à voter à un référendum sur les ALV tenu en application de la Loi. Il leur est loisible d'organiser un référendum s'ils souhaitent permettre à nouveau l'exploitation d'ALV dans leur municipalité. En conséquence, même si l'art. 16 établit une distinction en ce qui concerne les résidents de Winkler, cette distinction n'a rien à voir avec le droit de vote qui existerait.

51

VII. Conclusion and Disposition

These reasons support the October 31, 2002 dismissal of this appeal. The respondents are entitled to costs, and the stated constitutional questions are answered as follows:

- (1) Is *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, in its entirety *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

- (2) Is s. 16(1) of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

VII. Conclusion et dispositif

Les présents motifs appuient la décision de rejeter le pourvoi rendue le 31 octobre 2002. Les intimés ont droit aux dépens, et les réponses suivantes sont apportées aux questions constitutionnelles qui ont été formulées :

- (1) La *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, excède-t-elle dans son ensemble la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'elle porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

- (2) Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* excède-t-il la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'il porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

(3) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(4) If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

(5) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(6) If the answer to question 5 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

(7) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(8) If the answer to question 7 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Hill Abra Dewar, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

(3) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(4) Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

(5) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(6) Si la réponse à la cinquième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

(7) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(8) Si la réponse à la septième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Hill Abra Dewar, Winnipeg.

Procureur des intimés : Ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitors for the interveners 292129 Alberta Ltd. et al.: Merchant Law Group, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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

Procureurs des intervenants 292129 Alberta Ltd. et autres : Merchant Law Group, Edmonton.

R.R. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent**INDEXED AS: R. v. R.R.****Neutral citation: 2003 SCC 4.**

File No.: 28933.

2003: February 11.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions to rule — Necessity — Accused convicted of sexual assault — Complainant unavailable to testify at time of trial — Trial judge admitting in evidence complainant's statements to her mother and videotaped statement to police — No reason to interfere with trial judge's discretionary decision that hearsay statements met necessity requirement.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 151 O.A.C. 1, 159 C.C.C. (3d) 11 (*sub nom. R. v. R. (R.)*), [2001] O.J. No. 4254 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual assault. Appeal dismissed.

William R. Gilmour, for the appellant.

Karen Shai, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This is an appeal as of right that comes to the Court as a result of the dissenting judgment of Feldman J.A. in the Ontario Court of Appeal on the issue of necessity regarding the admissibility of hearsay evidence of the complainant in a sexual assault case. Feldman J.A. reasoned that the trial judge erred in law because, although the complainant

R.R. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée**RÉPERTORIÉ : R. c. R.R.****Référence neutre : 2003 CSC 4.**N^o du greffe : 28933.

2003 : 11 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Exceptions à la règle — Nécessité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante non disponible pour témoigner le jour du procès — Admission en preuve par le juge du procès des déclarations de la plaignante à sa mère et de l'enregistrement magnétoscopique de ses déclarations à la police — Absence de motif justifiant de modifier la décision discrétionnaire du juge du procès qui a conclu que les déclarations constituant du oui-dire satisfont à l'exigence de nécessité.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 151 O.A.C. 1, 159 C.C.C. (3d) 11 (*sub nom. R. c. R. (R.)*), [2001] O.J. No. 4254 (QL), rejetant l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

William R. Gilmour, pour l'appelant.

Karen Shai, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent appel interjeté de plein droit devant notre Cour émane des motifs dissidents que la juge Feldman de la Cour d'appel de l'Ontario a rédigés sur la question de la nécessité en matière d'admissibilité du oui-dire de la plaignante dans une affaire d'agression sexuelle. La juge Feldman a estimé que le juge du procès avait

was unavailable to attend on the trial date, she may have been available in a few weeks and so an adjournment was in order to safeguard the rights of the accused.

2 Neither party requested an adjournment. Viewed narrowly, the trial judge was required to determine, on the issue of necessity, whether the complainant was available to testify on the date all parties agreed to proceed. The evidence was clear and uncontradicted that for medical reasons she could not testify on that date.

3 Viewed more broadly, although we share the concerns identified by Feldman J.A. on the matter, particularly in cases of this kind, we are of the view that when one considers all the circumstances and evidence before the trial judge, there is no reason to interfere with his discretionary decision to find necessity and admit the statements.

4 In particular, there was evidence before the trial judge on which he could conclude that there was no reasonable possibility that the complainant would be available to testify within an acceptable period of time. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Prouse, Dash & Crouch, Brampton.

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

commis une erreur de droit étant donné que, même si la plaignante n'était pas disponible pour comparaître le jour du procès, elle aurait pu éventuellement l'être quelques semaines plus tard, de sorte qu'il convenait d'ordonner un ajournement pour protéger les droits de l'accusé.

Ni l'une ni l'autre partie n'a sollicité un ajournement. D'un point de vue strict, le juge du procès était tenu de décider, relativement à la question de la nécessité, si la plaignante était disponible pour témoigner à la date convenue par toutes les parties. La preuve claire et non contredite indiquait que, pour des raisons médicales, la plaignante n'était pas en mesure de témoigner à cette date.

D'un point de vue général, quoique nous partageons les inquiétudes exprimées à ce propos par la juge Feldman, particulièrement dans une affaire de ce genre, nous sommes d'avis que, compte tenu de toutes les circonstances et de la preuve soumise au juge du procès, rien ne justifie de modifier sa décision discrétionnaire de conclure à l'existence de nécessité et d'admettre la déclaration en question.

En particulier, le juge du procès disposait d'une preuve qui lui permettait de conclure à l'inexistence de toute possibilité raisonnable que la plaignante soit disponible pour témoigner à l'intérieur d'un délai acceptable. En conséquence, l'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant : Prouse, Dash & Crouch, Brampton.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Toronto.

Allan Harriott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. HARRIOTT****Neutral citation: 2003 SCC 5.**

File No.: 29118.

2003: February 11.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Alibi — Trial judge not erring in his instructions to jury on alibi.**Criminal law — Charge to jury — Vetovec warning — Trial judge giving adequate warning in respect of evidence of accomplice and of admitted perjurer.***Cases Cited****Referred to:** *Vetovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 1, 161 C.C.C. (3d) 481, [2002] O.J. No. 387 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for robbery, forcible confinement, possession of a weapon for the purpose of committing an indictable offence and wearing a disguise. Appeal dismissed, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Christopher Hicks and *Victor Giourgas*, for the appellant.*Christine E. Bartlett-Hughes*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. The majority of the Court would dismiss the

Allan Harriott *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. HARRIOTT****Référence neutre : 2003 CSC 5.**

N° du greffe : 29118.

2003 : 11 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Alibi — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses instructions au jury concernant l'alibi.**Droit criminel — Exposé au jury — Mise en garde de type Vetovec — Mise en garde adéquate faite par le juge du procès en ce qui concerne les témoignages d'un complice et d'un témoin ayant admis s'être parjuré.***Jurisprudence****Arrêt mentionné :** *Vetovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 1, 161 C.C.C. (3d) 481, [2002] O.J. No. 387 (QL), rejetant l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié, séquestration, possession d'une arme dans le but de commettre un acte criminel et port de déguisement. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Christopher Hicks et *Victor Giourgas*, pour l'appelant.*Christine E. Bartlett-Hughes*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Le présent appel a été interjeté de plein droit. La majorité de la Cour rejette

appeal for the reasons of MacPherson J.A. in the Court of Appeal, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

- 2 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. (dissenting) — We agree with our colleagues on the issue of the alibi instructions. However, in our opinion, the testimony of the young offender witness and Ms. Divito required, in the words of Dickson J. (as he then was) in *Vetrovec v. The Queen*, “a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness” ([1982] 1 S.C.R. 811, at p. 831). We agree with Doherty J.A., dissenting in the Ontario Court of Appeal, that the charge of the trial judge when read as a whole did not meet this standard. Accordingly, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hicks Block Adams, Toronto.

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

l'appel pour les motifs exposés par le juge MacPherson de la Cour d'appel. Les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR (dissidents) — Nous partageons l'opinion de nos collègues sur la question des instructions concernant l'alibi. À notre avis, toutefois, le témoignage du jeune contrevenant qui a déposé et celui de M^{lle} Divito commandaient, pour reprendre les propos prononcés par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, « une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions » ([1982] 1 R.C.S. 811, p. 831). Nous souscrivons à l'opinion dissidente du juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle, considéré globalement, l'exposé du juge du procès ne respectait pas cette norme. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hicks Block Adams, Toronto.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Toronto.

Thomas Robert Zinck *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. ZINCK

Neutral citation: 2003 SCC 6.

File No.: 28367.

2002: October 7; 2003: February 20.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Criminal law — Sentencing — Delayed parole eligibility — Interpretation and application of s. 743.6 of Criminal Code — Whether sentencing judge erred in his application of s. 743.6 — Whether application of s. 743.6 required evidence of special or exceptional circumstances — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.

Criminal law — Sentencing — Sentencing hearing — Procedural fairness — Delayed parole eligibility — Whether Crown should give offender advance notice of its intention to apply for delayed parole — Whether sentencing judge's reasons must clearly state why delayed parole order is made — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.

Having shot and killed his neighbour, the accused pleaded guilty to manslaughter. The trial judge sentenced him to a 12-year term of imprisonment and ordered that his parole eligibility be delayed for six years under s. 743.6 of the *Criminal Code*. The Court of Appeal upheld the sentence. The accused appealed to this Court on the issue of delayed parole.

Thomas Robert Zinck *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. ZINCK

Référence neutre : 2003 CSC 6.

N° du greffe : 28367.

2002 : 7 octobre; 2003 : 20 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Droit criminel — Détermination de la peine — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — Interprétation et application de l'art. 743.6 du Code criminel — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il fait erreur dans l'application de cet article? — L'application de l'art. 743.6 est-elle subordonnée à l'existence de circonstances spéciales ou exceptionnelles? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.

Droit criminel — Détermination de la peine — Audience de détermination de la peine — Équité procédurale — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — La Couronne est-elle tenue de donner au délinquant un préavis de son intention de demander l'augmentation du temps d'épreuve? — Les motifs du juge qui détermine la peine doivent-ils énoncer clairement les raisons justifiant l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.

Ayant tué son voisin en faisant feu sur lui, l'accusé a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès l'a condamné à 12 ans d'emprisonnement et a ordonné, en vertu de l'art. 743.6 du *Code criminel*, qu'il purge six ans de cette peine avant d'être admissible à la libération conditionnelle. La Cour d'appel a confirmé la sentence. L'appelant se pourvoit devant notre Cour relativement à la question de l'augmentation du temps d'épreuve.

Held: The appeal should be dismissed.

In the case of criminal offences falling within the scope of s. 743.6 of the *Criminal Code*, delaying parole can be a significant component of a sentence. The extent of conflict in the interpretation and application of s. 743.6 in the case law has been overplayed. Generally speaking, delayed parole is a decision that remains out of the ordinary and must be used in a manner that is fair to the offender. The sentencing judge must first determine the appropriate punishment for the crime, taking into account and weighing all relevant factors. The analysis then may shift to the exercise of the power to delay parole. Section 743.6 should not be applied in a routine manner. The judge must once again apply the sentencing factors. In the course of the second balancing, priority is given to the factors of general and specific deterrence as well as denunciation. The prosecution has the burden of establishing that additional punishment is required. Delayed parole should not be ordered without necessity; it should be invoked only on the basis of demonstrated need.

Section 743.6 does not require the creation of a special and distinct hearing on the issue of delayed parole. The issue should be raised in a fair and timely manner so as to allow the offender to respond effectively. A breach of this basic obligation would justify quashing the order. There is no obligation on the Crown, however, to give the offender written notice that delayed parole will be applied for. Fairness requires only that the offender be informed clearly that a s. 743.6 application is being made. The offender must be allowed to make submissions and to introduce additional evidence, if needed. At the end of the process, the offender is entitled to reasons that must state with sufficient clarity why the delayed parole order is made. While the reasons need not be elaborate, the basis of the decision must be at least ascertainable from the record. Deficiencies in reasons may sometimes require quashing an order.

In this case, the trial judge did not err in his application of s. 743.6 and his order to delay parole was justified. Although not extensive, the trial judge's reasons, viewed as a whole and read in connection with the evidence and the submissions made at the hearing, permit an appellate court to ascertain and review the basis of his order. The trial judge carefully reviewed all relevant facts, particularly the gratuitousness of the crime and the need to protect the public. They confirm his conclusion that the objectives of deterrence and denunciation could not be justified without delaying parole eligibility. The sentencing

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'augmentation du temps d'épreuve peut constituer un élément important de la peine pour ce qui est des infractions criminelles visées à l'art. 743.6 du *Code criminel*. On a exagéré l'ampleur du conflit jurisprudentiel touchant l'interprétation et l'application de cet article. En règle générale, l'augmentation du temps d'épreuve est une mesure extraordinaire devant être utilisée d'une manière équitable pour le délinquant. Le juge doit d'abord déterminer la peine adaptée au crime, en considérant et en soupesant tous les facteurs pertinents. Il peut ensuite se demander s'il convient qu'il exerce son pouvoir d'augmentation du temps d'épreuve. L'article 743.6 ne doit pas être appliqué systématiquement. Le juge doit une fois de plus prendre en compte les facteurs de détermination de la peine, en donnant toutefois priorité, au cours de cette deuxième mise en balance, à l'effet dissuasif et à la réprobation. La poursuite a le fardeau d'établir qu'une sanction additionnelle s'impose. L'augmentation du temps d'épreuve ne devrait être ordonnée qu'en cas de nécessité démontrée.

L'article 743.6 n'exige pas la création d'une audience distincte pour trancher la question de l'augmentation du temps d'épreuve. La question doit être soulevée en temps opportun, de façon à permettre au délinquant d'y répondre utilement. La violation de cette obligation fondamentale justifierait l'annulation de l'ordonnance. La poursuite n'a toutefois pas l'obligation d'aviser par écrit le délinquant qu'elle entend demander l'augmentation du temps d'épreuve. L'équité requiert seulement qu'on indique clairement au délinquant qu'une demande fondée sur l'art. 743.6 est présentée. Le délinquant doit être autorisé à présenter des observations et, au besoin, à soumettre d'autres éléments de preuve. À l'issue du processus, le délinquant a droit à une décision motivée, exposant de façon suffisamment claire les raisons qui justifient l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve. Les motifs n'ont pas besoin d'être détaillés, mais le fondement de la décision doit à tout le moins ressortir du dossier. Le fait que les motifs comportent des lacunes exigera parfois l'annulation de l'ordonnance.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans l'application de l'art. 743.6 et il était justifié d'ordonner l'augmentation du temps d'épreuve. Les motifs du juge du procès n'étaient pas détaillés, mais, considérés globalement et lus en corrélation avec les observations et la preuve présentées à l'audience, ses motifs permettent à une cour d'appel de dégager les assises de son ordonnance et d'en contrôler le bien-fondé. Le juge du procès a examiné attentivement tous les faits pertinents, particulièrement le caractère gratuit du crime et la nécessité de protéger le public. Ces faits confirment sa

hearing did not breach the rules of procedural fairness. In its submissions at the hearing, the Crown asked for delayed parole. The defence was given a sufficient opportunity to respond, but failed to use it.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Goulet* (1995), 97 C.C.C. (3d) 61; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368; *Boulangier v. La Reine*, [1995] R.J.Q. 1975; *R. v. Ferguson* (1995), 64 B.C.A.C. 211; *R. v. Smith* (1995), 37 C.R. (4th) 360; *R. v. Osborne* (1996), 110 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Nash-Levy* (1998), 207 N.B.R. (2d) 45; *R. v. Traverse* (1998), 126 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Demedeiros*, [1999] O.J. No. 1523 (QL); *R. v. Hanley* (1998), 228 A.R. 291; *R. v. Matwiy* (1996), 105 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Williston* (1999), 209 N.B.R. (2d) 270; *R. v. Cormier* (1999), 140 C.C.C. (3d) 87; *R. v. Dodd* (1999), 139 C.C.C. (3d) 2; *Corneau v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 4, 102, 120(1) [repl. 1995, c. 42, s. 34], (2) [*idem*], 126, 128(1) [am. *idem*, s. 69(h)], (2) [repl. *idem*, s. 42].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 743.1(1) [repl. 1995, c. 22, s. 6], (2) [*idem*], 743.6 [repl. 1995, c. 42, s. 86], 745.4.

Authors Cited

Dumont, Hélène. *Pénologie: Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*. Montréal: Thémis, 1993.
 Manson, Allan. "Judges and Parole Eligibility: Section 741.2" (1995), 37 C.R. (4th) 381.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 209 N.B.R. (2d) 257, [1999] N.B.J. No. 84 (QL), affirming a judgment of the Court of Queen's Bench. Appeal dismissed.

Eric J. Doiron, for the appellant.

Michel O. LeBlanc and *Luc J. Labonté*, for the respondent.

conclusion selon laquelle il était impossible de satisfaire aux objectifs de dissuasion et de réprobation sans retarder l'admissibilité à la libération conditionnelle. Les principes de l'équité procédurale ont été respectés à l'audience de détermination de la peine. Dans les observations qu'elle a présentées à cette audience, la Couronne a demandé l'augmentation du temps d'épreuve. La défense a bénéficié de la possibilité de contester le bien-fondé de la demande de la Couronne, mais elle n'en a pas profité.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Goulet* (1995), 97 C.C.C. (3d) 61; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368; *Boulangier c. La Reine*, [1995] R.J.Q. 1975; *R. c. Ferguson* (1995), 64 B.C.A.C. 211; *R. c. Smith* (1995), 37 C.R. (4th) 360; *R. c. Osborne* (1996), 110 C.C.C. (3d) 161; *R. c. Nash-Levy* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 45; *R. c. Traverse* (1998), 126 C.C.C. (3d) 462; *R. c. Demedeiros*, [1999] O.J. No. 1523 (QL); *R. c. Hanley* (1998), 228 A.R. 291; *R. c. Matwiy* (1996), 105 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Williston* (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 270; *R. c. Cormier* (1999), 140 C.C.C. (3d) 87; *R. c. Dodd* (1999), 139 C.C.C. (3d) 2; *Corneau c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 743.1(1) [repl. 1995, ch. 22, art. 6], (2) [*idem*], 743.6 [repl. 1995, ch. 42, art. 86], 745.4.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 4, 102, 120(1) [repl. 1995, ch. 42, art. 34], (2) [*idem*], 126, 128(1) [mod. *idem*, art. 71a(xv)], (2) [repl. *idem*, art. 42].

Doctrine citée

Dumont, Hélène. *Pénologie: Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*. Montréal: Thémis, 1993.
 Manson, Allan. « Judges and Parole Eligibility: Section 741.2 » (1995), 37 C.R. (4th) 381.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 257, [1999] A.N.-B. n° 84 (QL), confirmant un jugement de la Cour du Banc de la Reine. Pourvoi rejeté.

Eric J. Doiron, pour l'appelant.

Michel O. LeBlanc et *Luc J. Labonté*, pour l'intimée.

David Finley, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ On November 20, 1996, the appellant Thomas Zinck shot and killed his 19-year-old neighbour, Stéphane Caissie. He was charged with second degree murder. He pleaded guilty to manslaughter. The trial judge sentenced him to a 12-year term of imprisonment and ordered that his parole eligibility be delayed for six years under s. 743.6 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant challenged this part of his sentence in the New Brunswick Court of Appeal and now in this Court, where it is the sole issue remaining on appeal. In his view, the order to delay parole eligibility was made without evidence of the exceptional circumstances which would justify it, without sufficient reasons being given by the trial judge, and after a hearing conducted in breach of procedural fairness. None of these grounds has been established. For the reasons which follow, I would dismiss this appeal.

II. Background

² At the time of his trial, Zinck was 56 years old. He had a long history of run-ins with the law. His extensive criminal record speaks for itself. It goes back some 30 years. It includes a conviction for robbery, for which he received a 10-year jail sentence, together with a string of thefts and other property crimes. A number of alcohol and gun offences, as well as breaches of parole or probation, are also listed in this record.

David Finley, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le 20 novembre 1996, l'appelant Thomas Zinck a tué d'un coup de feu son voisin âgé de 19 ans, Stéphane Caissie. Accusé de meurtre au deuxième degré, l'appelant a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès l'a condamné à 12 ans d'emprisonnement et a ordonné, en vertu de l'art. 743.6 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qu'il purge six ans de cette peine avant d'être admissible à la libération conditionnelle. L'appelant a contesté cette partie de la sentence devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et il la discute maintenant à nouveau devant notre Cour. Il s'agit de la seule question à trancher dans le présent pourvoi. L'appelant prétend que l'ordonnance augmentant son temps d'épreuve a été rendue sans qu'on ait prouvé l'existence de circonstances exceptionnelles la justifiant et sans que le juge du procès ne la motive suffisamment. Il affirme de plus qu'elle aurait été prononcée au terme d'une audience où l'équité procédurale n'a pas été respectée. L'appelant n'a pas été en mesure d'établir le bien-fondé de l'un ou l'autre de ces moyens. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

II. Les faits

Monsieur Zinck, qui était âgé de 56 ans au moment du procès, avait depuis longtemps déjà des démêlés avec la justice. Son casier judiciaire chargé en témoigne éloquemment. S'étalant sur une trentaine d'années, son casier compte une déclaration de culpabilité pour vol qualifié, à l'égard de laquelle M. Zinck a été condamné à 10 ans d'emprisonnement, ainsi que d'autres condamnations à l'égard d'une série de vols et d'autres infractions contre les biens. Parmi ses antécédents, signalons également un certain nombre d'infractions ayant trait aux armes à feu et à la consommation d'alcool, ainsi que des violations d'ordonnances de libération conditionnelle ou de probation.

The victim was a neighbour of the accused. Based on the evidence, it seems that they got along well. At the time, Zinck drank heavily. He was also fond of firearms and kept a number of them in his house. Before the shooting, three successive break-ins had occurred at the Caissie house. It appears that Zinck took it on himself to watch for burglars. This plan led to Caissie's tragic death. On the day of the shooting, Zinck had been drinking heavily. It seems that he thought he had noticed burglars. So he went to Caissie's house, where the victim was in bed. Zinck was carrying a loaded gun. He started banging on the door. Stéphane Caissie went to the door to check what was going on. He opened the door. The gun went off. Caissie was killed instantly.

Zinck was never able to explain what happened. As the trial judge found, he was heavily intoxicated at the time of the shooting, he was fascinated with guns especially when he was drunk, and he had said, shortly after the shooting, that he had "got one" (a burglar). As mentioned above, he was charged with murder, but agreed to plead guilty to the reduced and included offence of manslaughter.

III. Judicial History

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench*

On November 17, 1997, following the guilty plea, Godin J. adjourned the sentencing hearing to December 22. Zinck had legal representation throughout. During the hearing, Crown counsel reviewed the circumstances of the crime and the record of the accused. He asked the court to consider a 15-year term of imprisonment as a fit punishment for the offence. Then, close to the end of his submissions, the Crown prosecutor raised the issue of delayed parole and of the application of s. 743.6 of the *Code*. He asked the trial judge to consider applying this provision and delaying parole. His argument on the issue was very brief. Counsel stated only that he was asking for

La victime était un voisin de l'accusé. D'après la preuve, il semble que les deux s'entendaient bien. À l'époque, M. Zinck buvait beaucoup. Grand amateur d'armes à feu, il en gardait un certain nombre chez lui. Avant le meurtre, les Caissie avaient été victimes coup sur coup de trois introductions par effraction. Il semble que M. Zinck se soit donné comme mission de surveiller leur maison. C'est cette mission qui a mené au décès tragique de M. Caissie. Le jour du meurtre, M. Zinck avait beaucoup bu. Pensant, semble-t-il, avoir aperçu des voleurs, il s'est rendu chez les Caissie, où la victime était couchée. M. Zinck portait une arme à feu chargée. Il a cogné violemment à la porte. Stéphane Caissie est allé voir ce qui se passait. Il a ouvert la porte. Le coup est parti, le tuant instantanément.

Monsieur Zinck n'a jamais pu expliquer ce qui s'était passé. Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes : M. Zinck était très ivre au moment du meurtre, il était fasciné par les armes à feu, particulièrement lorsqu'il était ivre, et il avait dit, peu après le meurtre, qu'il en avait [TRADUCTION] « eu un » (un voleur). Comme il a été mentionné précédemment, M. Zinck a été accusé de meurtre, mais il a accepté de plaider coupable à l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick*

Le 17 novembre 1997, après l'inscription du plaidoyer de culpabilité, le juge Godin a ajourné l'audience de détermination de la peine au 22 décembre. Monsieur Zinck a été représenté par avocat tout au long de l'instance. Au cours de l'audience, le procureur de la Couronne a fait état des circonstances du crime et du casier judiciaire de l'accusé. Il a suggéré au tribunal, comme peine adaptée au crime, un emprisonnement de 15 ans. Ensuite, peu avant de clore ses observations, le procureur de la Couronne a soulevé la question de l'augmentation du temps d'épreuve et de l'application de l'art. 743.6 du *Code*. Il a demandé au juge du procès d'envisager d'appliquer cette disposition et de retarder l'admis-

3

4

5

delayed parole because Zinck had violated parole before.

sibilité à la libération conditionnelle. Son argumentation sur ce point a été très brève. Il a seulement dit qu'il demandait l'augmentation du temps d'épreuve parce que M. Zinck avait, auparavant, violé les conditions d'une libération conditionnelle.

6 After a break of a few hours, defence counsel made representations on behalf of his client. His argument addressed the issues pertaining to what should be the appropriate punishment. Despite the application for delayed parole made by the Crown, the lawyer who was then acting for the appellant never mentioned the issue during his argument.

Après une pause de quelques heures, l'avocat de la défense a présenté le plaidoyer de son client. Son argumentation a porté sur la question de savoir quelle était la peine appropriée. Malgré la présentation de la demande d'augmentation du temps d'épreuve par la Couronne, l'avocat qui occupait alors pour l'appelant n'a jamais abordé ce point dans ses observations.

7 The trial judge rendered an oral judgment after the close of counsel's submissions. In his reasons, Godin J. reviewed the circumstances of the crime at length. He discussed the criminal record of the accused and considered his character and problems, particularly his drinking habits and inclination towards violence. He also observed that, from his past record, the accused did not "appear to be a good candidate for rehabilitation". He then turned to a discussion of the principles, objectives and factual considerations which govern sentencing. He stated that the crime amounted to an unexplained act of totally gratuitous violence, committed in the home of the victim. Given the poor prospects for rehabilitation, he stated that the protection of the public appeared as the key factor that should inform his decision in this case. He therefore decided to impose a term of 12 years of incarceration.

Le juge du procès a rendu un jugement oral au terme des plaidoiries des avocats. Dans ses motifs, le juge Godin a exposé en détail les circonstances du crime. Il a fait état du casier judiciaire du délinquant et a examiné le caractère et les problèmes de celui-ci, notamment sa consommation d'alcool et sa propension à la violence. Il a également souligné que, compte tenu des antécédents judiciaires du délinquant, ce dernier ne [TRADUCTION] « sembl[ait] pas être un bon candidat à la réadaptation ». Il a ensuite discuté des principes, objectifs et considérations factuelles applicables à la détermination de la peine. Il a ajouté que le crime équivalait à un acte de violence inexplicé et absolument gratuit, commis au domicile de la victime. Vu les faibles perspectives de réadaptation du délinquant, il a affirmé que la protection du public semblait être le facteur clé devant guider sa décision dans cette affaire. Il a donc décidé d'infliger à M. Zinck une peine d'incarcération de 12 ans.

8 The judge noted that the Crown had applied for delayed parole. He agreed that the case was a proper one for the application of s. 743.6. His specific reasons on the question remained faithful to the virtue of conciseness:

Le juge du procès a pris note de la demande de la Couronne sollicitant l'augmentation du temps d'épreuve. Il a reconnu qu'il s'agissait d'une affaire justifiant l'application de l'art. 743.6. Ses motifs sur ce sujet sont demeurés concis :

In addition, having regards to Section 743.6 of the *Criminal Code*, I am satisfied, having regards to the circumstances of the commission of the offence and the character and the circumstances of the offender, that the expression of society's denunciation of the offence requires an order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is at least one-half of the sentence.

[TRADUCTION] En outre, pour ce qui est de l'article 743.6 du *Code criminel*, je suis convaincu, compte tenu des circonstances de l'infraction et du caractère et des particularités du délinquant, qu'il est nécessaire, pour exprimer la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise, de rendre une ordonnance obligeant le délinquant à purger au moins la moitié de sa peine avant qu'il puisse bénéficier d'une libération conditionnelle totale.

B. *New Brunswick Court of Appeal* (1999), 209 N.B.R. (2d) 257 (Larlee, Turnbull and Rice JJ.A.)

With new counsel, Zinck appealed both the 12-year jail sentence and the delayed parole order. Although he was granted leave, his appeal was dismissed in respect of both issues. The Court of Appeal was unanimous as to the jail term itself. Writing for the court on that issue, Larlee J.A. found no error in the judgment of the trial judge. Given the circumstances of the case and the personality of the accused, the punishment fit the crime.

The Court of Appeal split on the appropriateness of the delayed parole order. The appellant had submitted that the application of this provision required evidence of special or exceptional circumstances, which had not been established. For the majority, Larlee J.A. disagreed. In her reasons, she held that the trial judge had correctly applied and evaluated the only relevant criteria. These were denunciation of the crime and general and specific deterrence. The criterion of special circumstances should not be read into the statute.

Rice J.A. dissented. He stated that the order had been improperly made. It required evidence by the Crown showing that the circumstances and character of the accused were such that he would not be deterred within the normal period of parole ineligibility. He referred in this respect to the judgment of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Goulet* (1995), 97 C.C.C. (3d) 61. In his view, moreover, the reasons of the trial judge had failed to explain why such a measure was required in the circumstances of the case.

Zinck then applied for leave to appeal to this Court on the issue of delayed parole. He was granted leave.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 257 (les juges Larlee, Turnbull et Rice)

Représenté par un nouvel avocat, M. Zinck a interjeté appel à l'encontre de la peine d'emprisonnement de 12 ans et de l'ordonnance augmentant son temps d'épreuve. Sa demande d'autorisation a été accueillie, mais l'appel lui-même a été rejeté relativement aux deux questions. La Cour d'appel a rendu un jugement unanime au sujet de la peine d'emprisonnement. S'exprimant au nom de la cour sur ce point, la juge Larlee n'a relevé aucune erreur dans la décision du juge du procès. Compte tenu des circonstances de l'affaire et de la personnalité du délinquant, elle a estimé que la peine était adaptée au crime.

La Cour d'appel s'est cependant divisée sur l'opportunité de l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve. L'appelant a plaidé qu'il faut établir l'existence de circonstances spéciales ou exceptionnelles pour que s'applique cette disposition, ce que la Couronne n'aurait pas fait en l'espèce. Au nom des juges majoritaires, la juge Larlee a rejeté cet argument. Dans ses motifs, elle a conclu que le juge du procès avait bien appliqué et évalué les seuls critères pertinents, soit la réprobation de la société à l'égard du crime et l'effet dissuasif, et qu'il ne fallait pas interpréter la loi de manière à y incorporer un critère requérant l'existence de circonstances spéciales.

Exprimant sa dissidence, le juge Rice a affirmé que l'ordonnance était entachée d'irrégularité. Il aurait fallu que la Couronne établisse que les particularités et le caractère du délinquant étaient tels que la période normale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle n'aurait pas d'effet dissuasif à son endroit. À cet égard, le juge Rice s'est référé à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Goulet* (1995), 97 C.C.C. (3d) 61. En outre, selon lui, le juge du procès n'avait pas expliqué dans ses motifs pourquoi une telle mesure était requise dans les circonstances de l'espèce.

Monsieur Zinck a par la suite demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour à l'égard de la question de l'augmentation du temps d'épreuve. Sa demande d'autorisation a été accueillie.

9

10

11

12

IV. Relevant Legislative Provisions

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

743.1 (1) [Imprisonment for life or more than two years] Except where otherwise provided, a person who is sentenced to imprisonment for

- (a) life,
- (b) a term of two years or more, or
- (c) two or more terms of less than two years each that are to be served one after the other and that, in the aggregate, amount to two years or more,

shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary.

(2) [Subsequent term less than two years] Where a person who is sentenced to imprisonment in a penitentiary is, before the expiration of that sentence, sentenced to imprisonment for a term of less than two years, the person shall serve that term in a penitentiary, but if the previous sentence of imprisonment in a penitentiary is set aside, that person shall serve that term in accordance with subsection (3).

743.6 (1) [Power of court to delay parole] Notwithstanding subsection 120(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, where an offender receives, on or after November 1, 1992, a sentence of imprisonment of two years or more, including a sentence of imprisonment for life imposed otherwise than as a minimum punishment, on conviction for an offence set out in Schedule I or II to that Act that was prosecuted by way of indictment, the court may, if satisfied, having regard to the circumstances of the commission of the offence and the character and circumstances of the offender, that the expression of society's denunciation of the offence or the objective of specific or general deterrence so requires, order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is one half of the sentence or ten years, whichever is less.

(2) [Principles that are to guide the court] For greater certainty, the paramount principles which are to guide the court under this section are denunciation and specific or general deterrence, with rehabilitation of the offender, in all cases, being subordinate to these paramount principles.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

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

743.1 (1) [Emprisonnement à perpétuité ou pour plus de deux ans] Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier si elle est condamnée, selon le cas :

- a) à l'emprisonnement à perpétuité;
- b) à un emprisonnement de deux ans ou plus;
- c) à l'emprisonnement pour deux ou plusieurs périodes de moins de deux ans chacune, à purger l'une après l'autre et dont la durée totale est de deux ans ou plus.

(2) [Période postérieure de moins de deux ans] Lorsqu'une personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier est, avant l'expiration de cette peine, condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, elle purge cette dernière peine dans un pénitencier. Toutefois, si la peine antérieure d'emprisonnement dans un pénitencier est annulée, elle purge la dernière conformément au paragraphe (3).

743.6 (1) [Pouvoir judiciaire d'augmentation du temps d'épreuve] Par dérogation au paragraphe 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le tribunal peut, s'il est convaincu, selon les circonstances de l'infraction, du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise ou l'effet dissuasif de l'ordonnance l'exige, ordonner que le délinquant condamné le 1^{er} novembre 1992 ou par la suite, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans — y compris une peine d'emprisonnement à perpétuité à condition que cette peine n'ait pas constitué un minimum en l'occurrence — pour une infraction mentionnée aux annexes I ou II de cette loi, purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale, le moindre de la moitié de sa peine ou dix ans.

(2) [Principes devant guider le tribunal] Il demeure entendu que les principes suprêmes qui doivent guider le tribunal dans l'application du présent article sont la réprobation de la société et l'effet dissuasif, la réadaptation du délinquant étant, dans tous les cas, subordonnée à ces principes suprêmes.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20

120. (1) Subject to sections 747 and 761 of the *Criminal Code* and to any order made under section 741.2 of that Act, an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of one third of the sentence and seven years.

(2) Subject to any order made under section 741.2 of the *Criminal Code*, an offender who is serving a life sentence, imposed otherwise than as a minimum punishment, is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of seven years less any time spent in custody between the day on which the offender was arrested and taken into custody, in respect of the offence for which the sentence was imposed, and the day on which the sentence was imposed.

128. (1) An offender who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence continues, while entitled to be at large, to serve the sentence until its expiration according to law.

(2) Except to the extent required by the conditions of any day parole, an offender who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence is entitled, subject to this Part, to remain at large in accordance with the conditions of the parole, statutory release or unescorted temporary absence and is not liable to be returned to custody by reason of the sentence unless the parole, statutory release or unescorted temporary absence is suspended, cancelled, terminated or revoked.

V. Analysis

A. *The Issue*

This appeal is concerned solely with the question of delayed parole under s. 743.6 of the *Criminal Code* (formerly s. 741.2). The fitness of the 12-year jail term was not questioned in our Court. No issues of inadequate representation by trial counsel in connection with the Crown's application for delayed parole eligibility were raised in the Court of Appeal or in our Court.

The appeal raises closely connected procedural and substantive issues. First, Zinck challenges the

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20

120. (1) Sous réserve des articles 747 et 761 du *Code criminel* et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 741.2 de cette loi, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est d'un tiers de la peine à concurrence de sept ans.

(2) Dans le cas d'une condamnation à l'emprisonnement à perpétuité et à condition que cette peine n'ait pas constitué un minimum en l'occurrence, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est, sous réserve de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 741.2 du *Code criminel*, de sept ans moins le temps de détention compris entre le jour de l'arrestation et celui de la condamnation à cette peine.

128. (1) Le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle ou d'office ou d'une permission de sortir sans escorte continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement jusqu'à l'expiration légale de celle-ci.

(2) Sauf dans la mesure permise par les modalités du régime de semi-liberté, il a le droit, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, d'être en liberté aux conditions fixées et ne peut être réincarcéré au motif de la peine infligée à moins qu'il ne soit mis fin à la libération conditionnelle ou d'office ou à la permission de sortir ou que, le cas échéant, celle-ci ne soit suspendue, annulée ou révoquée.

V. L'analyse

A. *La question en litige*

Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de l'augmentation du temps d'épreuve ordonnée en vertu de l'art. 743.6 du *Code criminel* (auparavant l'art. 741.2). La justesse de la peine d'emprisonnement de 12 ans n'a pas été remise en cause devant notre Cour. Enfin, personne n'a prétendu, devant la Cour d'appel ou devant notre Cour, que l'avocat de l'appelant au procès n'avait pas représenté adéquatement ce dernier à l'égard de la demande d'augmentation du temps d'épreuve présentée par la Couronne.

Le pourvoi soulève des questions procédurales et substantielles intimement liées. Premièrement,

procedural fairness of the process which led to the order delaying his eligibility for parole. He submits that the prosecution should give notice in advance of its intention to apply for delayed parole, in order to allow the accused to respond effectively to such an application. Following both parties' submissions, the reasons of the trial judge should address the issue with clarity and precision. Second, the appellant raises the argument that a proper interpretation of s. 743.6 requires that it be applied only in limited cases, upon evidence of extraordinary or exceptional circumstances.

16 The respondent, supported by the intervener, the Attorney General of Ontario, advances a more flexible application of delayed parole. In their opinion, the law does not require prior notice, written or otherwise. Evidence of exceptional circumstances is not required, although the respondent acknowledges that this kind of order represents an exception to normal sentencing practices and should be treated as such. Delayed parole eligibility may be justified if the Crown merely satisfies the judge that the order is necessary in order to express society's denunciation of the offence or to meet societal objectives of specific or general deterrence.

17 Before I move on to consider the interpretation of s. 743.6 and the procedural fairness issues raised by this appeal, I must first turn to a consideration of the position and nature of delayed parole within the general scheme of the law of sentencing in Canada. It will put the issues raised by the parties in their proper context.

B. *The Nature of Orders for Delayed Parole*

18 The delayed parole scheme under s. 743.6 reflects a relatively recent change in legislative policy on sentencing. It is true that a related provision, which is now found in s. 745.4, had provided for a number of years that a sentencing judge must fix the period of parole ineligibility of an accused

M. Zinck conteste l'équité de la procédure ayant donné lieu au prononcé de l'ordonnance retardant son admissibilité à la libération conditionnelle. Il soutient que la poursuite est tenue de donner un préavis de son intention de demander l'augmentation du temps d'épreuve, afin de permettre à l'accusé de répondre utilement à cette demande. Après avoir entendu les observations des deux parties, le juge du procès doit traiter de la question avec clarté et précision dans ses motifs. Deuxièmement, l'appellant prétend que, selon l'interprétation qu'il convient de donner de l'art. 743.6, cette disposition ne doit être appliquée que dans les cas où l'on a établi l'existence de circonstances extraordinaires ou exceptionnelles.

Appuyée par l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, l'intimée propose une application plus souple des règles de prolongation de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. À leur avis, les règles de droit pertinentes n'exigent pas de préavis, écrit ou autre. L'intimée affirme que la preuve de circonstances exceptionnelles n'est pas requise, mais elle reconnaît qu'une ordonnance de ce type constitue une exception par rapport à la situation habituelle en matière de détermination de la peine et devrait être traitée en conséquence. Pour qu'une augmentation du temps d'épreuve soit justifiée, la Couronne n'aurait qu'à convaincre le juge que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction ou l'objectif sociétal de dissuasion exige une telle mesure.

Avant de me pencher sur l'interprétation de l'art. 743.6 et sur les questions d'équité procédurale que soulève le présent pourvoi, je vais d'abord examiner le rôle et la nature des ordonnances d'augmentation du temps d'épreuve dans l'économie générale du droit relatif à la détermination de la peine au Canada. Cet examen permettra de bien exposer le contexte des questions soulevées par les parties.

B. *La nature des ordonnances d'augmentation du temps d'épreuve*

Le régime d'augmentation du temps d'épreuve établi à l'art. 743.6 reflète un changement relativement récent de la politique législative en matière de détermination de la peine. Il est vrai que, pendant un certain nombre d'années, une disposition connexe (figurant maintenant à l'art. 745.4) a

convicted of second degree murder. This exception aside, the principles of sentencing drew a clear distinction between the functions of courts, which determined the proper punishment for an offence, and the role of agencies which ran the jails and oversaw the execution of sentences. Eligibility for parole fell within the mandate of the National Parole Board. Considerations relating to parole eligibility normally remained irrelevant to the determination of the fitness of the sentence: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 62, *per* Lamer C.J. While some courts may have increased the length of a jail term to manipulate the term of parole ineligibility, such a practice is quite improper. (See H. Dumont, *Pénologie: Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences* (1993), at p. 151; see also A. Manson, "Judges and Parole Eligibility: Section 741.2" (1995), 37 C.R. (4th) 381.)

Determining the date and conditions of parole eligibility is usually the prerogative of an administrative body, the Parole Board, in the discharge of its supervisory functions over the execution of sentences. Over time, however, the focus of legislation has shifted. The *Corrections and Conditional Release Act* (the "Act") now puts more emphasis than before on the protection of the public and less on pure rehabilitation objectives and concerns. (See, for example, ss. 4, 102 and 126 of the Act; also, Dumont, *supra*, at p. 299.) Nevertheless, the decision-making process under the Act remains much different from the judicial determination of a fit sentence. It is largely based on the ongoing observation and assessment of the personality and behaviour of the offender during his or her incarceration, which focuses on dangerousness and the offender's ability to re-enter the community (Dumont, *supra*, at p. 333). Such a process may extend over several years and lead to decisions that are highly attentive to context and

précisé que le juge chargé de la détermination de la peine devait fixer la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de l'accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Malgré cette exception, les principes de détermination de la peine établissaient une distinction claire entre le rôle des tribunaux, qui fixaient la peine adaptée à l'infraction, et celui des organismes chargés d'administrer les pénitenciers et de superviser l'exécution des peines. L'admissibilité à la libération conditionnelle relevait de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Les facteurs touchant à l'admissibilité à la libération conditionnelle n'étaient généralement pas considérés pertinents pour déterminer la peine juste en l'occurrence : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 62, le juge en chef Lamer. Bien que certains tribunaux aient pu infliger des peines d'emprisonnement plus longues afin d'allonger la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, une telle pratique est tout à fait inacceptable. (Voir H. Dumont, *Pénologie : Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences* (1993), p. 151; voir également A. Manson, « Judges and Parole Eligibility : Section 741.2 » (1995), 37 C.R. (4th) 381.)

La détermination de la date et des modalités de l'admissibilité à la libération conditionnelle relève généralement de la prerogative d'un organisme administratif, la Commission des libérations conditionnelles, dans l'accomplissement de son rôle de surveillance de l'exécution des peines. Avec le temps, toutefois, la considération prioritaire a changé. En effet, aujourd'hui, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (ci-après la « Loi ») insiste davantage sur la protection du public et moins sur des objectifs et considérations touchant purement à la réadaptation. (Voir, par exemple, les art. 4, 102 et 126 de la Loi; voir aussi Dumont, *op. cit.*, p. 299.) Néanmoins, le processus décisionnel appliqué dans le cadre de la Loi demeure très différent de la détermination de la juste peine par les tribunaux. Ce processus repose dans une large mesure sur l'observation et l'évaluation continues de la personnalité et du comportement du délinquant pendant son incarcération, observation

based, at least in part, on what actually happened during the incarceration of the offender.

et évaluation qui s'attachent à la dangerosité de ce dernier et à son aptitude à réintégrer la communauté (Dumont, *op. cit.*, p. 333). Ce processus peut couvrir de nombreuses années et aboutir à des décisions qui accordent une importance considérable au contexte et qui sont fondées, en partie à tout le moins, sur ce qui s'est passé durant l'incarcération du délinquant.

20

At the end of this process of observation and review, full parole may be granted. The granting of full parole does not amount to a reduction of the jail sentence. The offender is still serving his or her sentence until the end of the term. Our Court has defined such a decision as an alteration of the conditions under which the sentence is being served (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 150-51, *per* McLachlin J. (as she then was); *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 61). At the same time, under s. 128 of the Act, the offender on full parole is entitled to remain at large and is not obliged to live within the four walls of the correctional institution. Although the sentence is not over and measures of supervision remain in place, full parole grants an offender a very substantial degree of personal freedom. As mentioned above, this process generally used to fall outside the functions of the sentencing courts, which did not have to concern themselves about parole eligibility, its conditions and its supervision.

Au terme de ce processus d'observation et d'examen, le délinquant peut se voir accorder la libération conditionnelle totale. Cette mesure n'équivaut pas à une réduction de sa peine d'incarcération. Le délinquant continue de purger sa peine, jusqu'à l'expiration de la période fixée. Notre Cour a qualifié la libération conditionnelle totale de modification des conditions suivant lesquelles la peine est purgée (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 150-151, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *M. (C.A.)*, précité, par. 61). Par ailleurs, en vertu de l'art. 128 de la Loi, le délinquant bénéficiant d'une libération conditionnelle totale a le droit d'être en liberté et n'est pas obligé de vivre à l'intérieur de l'établissement correctionnel. Quoique l'exécution de la peine ne soit pas terminée et que les mesures de surveillance continuent de s'appliquer, le délinquant profitant de la libération conditionnelle totale jouit d'un degré de liberté personnelle considérable. Comme il a été mentionné plus tôt, l'admissibilité à la libération conditionnelle, les conditions devant assortir une telle mesure et la surveillance du respect de ces conditions ne relevaient généralement pas du tribunal chargé de la détermination de la peine.

21

In respect of second degree murder, s. 745.4 created a first exception to this principle when it brought initial access to parole within the province of the sentencing judge (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227). This power was granted in the case of one class of crimes, where delaying parole beyond the statutory minimum of 10 years had become the sole discretion the judge could exercise at the time of sentencing.

Pour ce qui est du meurtre au deuxième degré, l'art. 745.4 a créé une première exception à ce principe en confiant au juge chargé de la détermination de la peine le pouvoir de décider initialement de l'admissibilité à la libération conditionnelle (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227). Ce pouvoir a été accordé pour une catégorie de crimes, à l'égard de laquelle le seul pouvoir discrétionnaire que pouvait exercer le juge au moment de la détermination de la peine se résumait à l'augmentation du temps d'épreuve au-delà du minimum de 10 ans prescrit par la loi.

The adoption of s. 743.6 altered more significantly the nature and scope of sentencing decisions in Canadian criminal law. Section 743.6 applies to a wide spectrum of offences. Some of them carry minimum sentences. In many cases, punishment may range from conditional discharge to life imprisonment. The sentencing judge already had to exercise a broad discretion in determining the appropriate punishment for the specific crime committed by a particular offender. Now, whenever s. 743.6 applies, judges may have to factor in parole ineligibility as an additional variable.

It is now well established that the power to delay parole eligibility is part of the sentencing process. Deferred access to parole has now become a part of the punishment, in the case of criminal offences falling within the scope of s. 743.6. Indeed, as this Court held in *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, at para. 11 (*per* La Forest J.): “The inclusion of s. 741.2 of the *Code* should . . . be understood to indicate an intention on the part of Parliament explicitly to allow a trial judge to reduce the discretion of the Parole Board in certain circumstances, by requiring an accused to serve one half of his or her term of imprisonment before being able to seek parole. The point is that under s. 741.2 the determination of conditional release eligibility has now become a factor in sentencing, and not simply a matter exclusively in the hands of the Parole Board” (emphasis in original); see also *Goulet*, *supra*, at p. 65, *per* Griffiths J.A.

Delaying parole can be a significant component of a sentence. It may almost entirely extinguish any hope of early freedom from the confines of a penal institution with its attendant rights or advantages. In this manner, it brings a new element of truth, but also of harshness, to sentencing. The time served in a penitentiary will be closer to the sentence imposed, although, under the Act, the sentence is not over. Given its potential impact, it would have

L’adoption de l’art. 743.6 a modifié de façon plus importante la nature et la portée des décisions en matière de détermination de la peine en droit criminel canadien. Cette disposition s’applique à une vaste gamme d’infractions, dont certaines sont assorties de peines minimales. Dans bon nombre de cas, la peine varie de la libération conditionnelle à l’emprisonnement à perpétuité. Le juge chargé de la détermination de la peine exerçait déjà un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine adaptée au crime précis commis par le délinquant concerné. Désormais, à chaque fois que s’applique l’art. 743.6, les juges peuvent être appelés à tenir compte d’une autre variable, l’admissibilité à la libération conditionnelle.

Il est maintenant bien établi que le pouvoir de retarder l’admissibilité à la libération conditionnelle fait partie du processus de détermination de la peine. Cette mesure est devenue un aspect de la peine pour ce qui est des infractions criminelles visées à l’art. 743.6. D’ailleurs, comme a jugé notre Cour dans l’arrêt *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, par. 11, le juge La Forest : « la présence de l’art. 741.2 dans le *Code* traduit l’intention du législateur de permettre expressément au juge du procès de réduire le pouvoir discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles dans certaines circonstances en exigeant qu’un accusé purge la moitié de sa peine d’emprisonnement avant qu’il ne soit admissible à la libération conditionnelle. En fait, aux termes de l’art. 741.2, la décision concernant l’admissibilité à la libération conditionnelle est désormais un facteur de la détermination de la peine et non simplement une question qui relève exclusivement de la commission des libérations conditionnelles » (souligné dans l’original); voir également *Goulet*, précité, p. 65, le juge Griffiths.

L’augmentation du temps d’épreuve peut constituer un élément important de la peine. Une telle sanction peut avoir pour effet d’écartier presque entièrement tout espoir du délinquant de sortir de manière anticipée des quatre murs de l’établissement pénal et de bénéficier des droits et avantages que comporte cette mesure. En ce sens, elle introduit dans le processus de détermination de la peine non seulement un élément de conformité, mais

22

23

24

been preferable to be clear about when and why this new sentencing tool is to be used. Regrettably, the drafting of s. 743.6 left many substantive and procedural questions unanswered. As Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal pointed out in one of the earliest cases on the interpretation of this provision, which was decided, like the *Goulet* case, before the enactment of s. 743.6(2), its conceptual basis remains “elusive”. It concerns offences in respect of which the sentencing judge must first apply the normal principles of sentencing to the facts in order to determine a fit punishment for the crime. Then, the court must use the same principles all over again, in respect of the same facts — although now with a priority to deterrence and denunciation pursuant to s. 743.6(2) — in order to decide whether parole should be delayed (*R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368, at p. 376). The nature of the analytical process required in order to apply this provision remains far from clear. This degree of uncertainty goes a long way towards explaining the problems courts have encountered in their search for a workable and consistent interpretation of s. 743.6, as well as the development of apparently conflicting jurisprudential currents in provincial appellate courts. It remains to be seen whether this conflict amounts to more than a question of semantics, given that Canadian courts have tried to ascertain what the provision really means and how it should work. I will now turn to this problem.

C. *The Interpretation of Section 743.6*

This case was described in our Court and in the Court of Appeal as reflecting a clash between narrow and broad interpretations of the power to order

aussi une certaine mesure de sévérité. En effet, la période passée en détention dans un pénitencier correspond ainsi davantage à la peine qui a été infligée, quoiqu’il convienne de rappeler que, selon la Loi, l’exécution de la peine n’est pas complétée. Vu son incidence potentielle, il aurait été préférable qu’on indique clairement quand et pourquoi ce nouvel outil de détermination de la peine doit être utilisé. Malheureusement, en rédigeant l’art. 743.6, le législateur a laissé sans réponse de nombreuses questions substantielles et procédurales. Comme l’a souligné le juge Fish de la Cour d’appel du Québec dans l’un des premiers arrêts qui a porté sur l’interprétation de cette disposition et qui, tout comme l’affaire *Goulet*, a été décidé avant l’édiction du par. 743.6(2), le fondement conceptuel de la disposition reste [TRADUCTION] « flou ». Cet article vise des infractions à l’égard desquelles le juge chargé de fixer la peine doit appliquer une première fois les principes ordinaires de détermination de la peine, eu égard aux faits de l’affaire dont il est saisi, pour établir la peine adaptée au crime. Ensuite, le tribunal applique à nouveau aux mêmes faits les principes en question — en accordant cette fois la priorité à la réprobation et à la dissuasion comme l’exige le par. 743.6(2) — afin de décider s’il convient d’augmenter le temps d’épreuve (*R. c. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368, p. 376). La nature du processus analytique que requiert l’application de cette disposition est loin d’être évidente. Cette incertitude explique dans une large mesure non seulement les problèmes qu’éprouvent les tribunaux dans la recherche d’une interprétation pratique et uniforme de l’art. 743.6, mais également le développement de courants jurisprudentiels visiblement contradictoires parmi les cours d’appel provinciales. Vu cet effort des tribunaux canadiens pour dégager le sens véritable de cette disposition et ses modalités d’application, il reste à déterminer si ce conflit jurisprudentiel repose sur davantage qu’une simple question de sémantique. Je vais maintenant examiner ce problème.

C. *L’interprétation de l’art. 743.6*

Comme l’ont décrite notre Cour et la Cour d’appel, la présente affaire oppose l’interprétation restrictive et l’interprétation libérale du pouvoir

delayed parole. One thread in the jurisprudence emphasizes the exceptional nature of the provision and seems to call for a restricted application of this new judicial power. In these judgments, courts have held that delayed parole should be justified by evidence of exceptional circumstances, which would need to be precisely identified and demonstrated in the reasons of the sentencing judge. By contrast, a number of judgments advocate a broader approach to the application of delayed parole, requiring no evidence of exceptional circumstances. On this view, the judge would simply have to find on the evidence whether this additional form of punishment would be appropriate, in the circumstances of each particular case, and considering all the relevant factors, especially deterrence and denunciation.

Many judgments have referred in some way to delayed parole as an exceptional measure. Until now, our Court has had no opportunity to consider this issue, which was not raised in *Chaisson*. In *Shropshire*, we reviewed the criteria and procedures governing delayed parole eligibility, but only in the context of a second degree murder, under what is now s. 745.4. Our Court held in that case that the prosecution need not demonstrate unusual circumstances, and that the law did not require that the power to delay parole be used sparingly (*Shropshire*, at para. 31, *per* Iacobucci J.). As mentioned above, the provision at issue in *Shropshire* applied to a particular crime. The problems of the exercise of judicial discretion, the interplay of the sentencing factors, and their respective importance, arise in a different manner under s. 743.6. A method of interpretation and application, coordinating the application of this provision with the classical principles of sentencing and defining its sphere of application, remains to be developed.

d'augmentation du temps d'épreuve. Certains jugements insistent sur la nature exceptionnelle de la disposition et semblent prescrire une application restrictive de ce nouveau pouvoir judiciaire. Dans ces arrêts, les tribunaux ont jugé que la décision d'augmenter le temps d'épreuve doit être étayée par la preuve de circonstances exceptionnelles, dont la nature doit être indiquée avec précision et l'existence démontrée dans les motifs du juge chargé de la détermination de la peine. À l'opposé, un certain nombre de jugements préconisent une application plus libérale du pouvoir d'augmentation du temps d'épreuve, ne requérant pas la preuve de circonstances exceptionnelles. Selon ce point de vue, le juge n'aurait qu'à décider, au vu de la preuve, de l'opportunité de cette sanction additionnelle compte tenu des circonstances de l'affaire dont il est saisi et de tous les autres facteurs pertinents, particulièrement l'effet dissuasif et la réprobation.

Dans de nombreux jugements, les tribunaux ont, d'une façon ou d'une autre, qualifié l'augmentation du temps d'épreuve de mesure exceptionnelle. Jusqu'à maintenant, notre Cour n'a pas eu la possibilité d'examiner cette question, qui n'a pas été soulevée dans l'arrêt *Chaisson*. Dans l'affaire *Shropshire*, nous avons étudié les critères et la procédure régissant l'augmentation du temps d'épreuve, mais uniquement dans le contexte du meurtre au deuxième degré, et ce au regard d'une disposition qui est maintenant l'art. 745.4. La Cour a alors conclu que la poursuite n'avait pas à établir l'existence de circonstances exceptionnelles et que le droit n'exigeait pas que le pouvoir d'augmentation du temps d'épreuve soit exercé parcimonieusement (*Shropshire*, par. 31, le juge Iacobucci). Comme il a été mentionné précédemment, la disposition en litige dans l'arrêt *Shropshire* s'appliquait à un crime précis. Le problème de l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire ainsi que celui de l'interaction des divers facteurs de détermination de la peine et de leur importance respective se posent de façon différente dans le cas de l'art. 743.6. Aucune méthode d'interprétation et d'application permettant de coordonner cette disposition aux principes traditionnels de détermination de la peine et circonscrivant son champ d'application n'a encore été établie.

27

The theme of the exceptional character of the measure has been much stressed in an important strand of Canadian appellate jurisprudence. Many judgments express the view that the order to delay parole should be considered an exceptional one. For example, soon after the predecessor to s. 743.6 came into force, comments to this effect were made by Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Dankyi*, *supra*, at p. 376, and by Griffiths J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Goulet*, *supra*, at p. 65. Their views had a significant influence on later judgments which repeatedly took up the same theme of the exceptional nature of the provision. I did so myself, while on the Quebec Court of Appeal in *Boulanger v. La Reine*, [1995] R.J.Q. 1975, at p. 1978, where I characterized it as [TRANSLATION] “an exceptional measure”. (See also *R. v. Ferguson* (1995), 64 B.C.A.C. 211; *R. v. Smith* (1995), 37 C.R. (4th) 360 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *R. v. Osborne* (1996), 110 C.C.C. (3d) 161 (Ont. C.A.); *R. v. Nash-Levy* (1998), 207 N.B.R. (2d) 45 (C.A.); *R. v. Traverse* (1998), 126 C.C.C. (3d) 462 (Man. C.A.); *R. v. Demedeiros*, [1999] O.J. No. 1523 (QL) (C.A.)

28

Other appellate decisions adopted what appears to be a significantly different and broader approach to the interpretation and application of s. 743.6. According to these decisions, a sentencing judge does not have to look for unusual circumstances before ordering delayed parole. The judge has been granted discretionary power to be used in the appropriate circumstances, where consideration of the relevant sentencing factors justifies its exercise. The Alberta Court of Appeal summarized the gist of this jurisprudential approach in the following manner:

This court has previously had occasion to consider the scope of s. 743.6 in *R. v. Matwy* . . . (1996), . . . 105 C.C.C. (3d) 251 (C.A.). This court did not impose on trial judges a requirement that they satisfy themselves that the circumstances were “extraordinary” or “unusual” or

Le caractère exceptionnel de cette mesure est devenu un thème dominant dans un important courant jurisprudentiel qui se dégage des arrêts des cours d’appel canadiennes. En effet, dans bon nombre de jugements, les tribunaux ont exprimé l’opinion que l’ordonnance d’augmentation du temps d’épreuve doit être considérée comme une mesure d’exception. À titre d’exemple, peu de temps après l’entrée en vigueur de la disposition qui a précédé l’art. 743.6, des commentaires en ce sens ont été formulés par le juge Fish de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Dankyi*, précité, p. 376, et par le juge Griffiths de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Goulet*, précité, p. 65. Ce point de vue a eu une influence appréciable sur la jurisprudence subséquente, dans laquelle on a maintes fois repris le thème de la nature exceptionnelle de la disposition. Pendant que je siégeais à la Cour d’appel du Québec, j’ai moi-même adopté ce point de vue dans l’arrêt *Boulanger c. La Reine*, [1995] R.J.Q. 1975, p. 1978, où j’ai alors écrit que la disposition concernée constituait « une mesure d’exception ». (Voir également *R. c. Ferguson* (1995), 64 B.C.A.C. 211; *R. c. Smith* (1995), 37 C.R. (4th) 360 (C.A. Ont.); *R. c. Osborne* (1996), 110 C.C.C. (3d) 161 (C. Ont. (Div. gén.)); *R. c. Nash-Levy* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 45 (C.A.); *R. c. Traverse* (1998), 126 C.C.C. (3d) 462 (C.A. Man.); *R. c. Demedeiros*, [1999] O.J. No. 1523 (QL) (C.A.)

D’autres arrêts rendus en appel ont adopté ce qui semble être une conception très différente et très libérale en matière d’interprétation et d’application de l’art. 743.6. Selon ces arrêts, le juge qui détermine la peine n’a pas à se demander s’il existe des circonstances exceptionnelles avant d’ordonner l’augmentation du temps d’épreuve. On lui a conféré un pouvoir discrétionnaire qu’il peut utiliser dans les circonstances appropriées, lorsque l’examen des facteurs pertinents de détermination de la peine justifie son exercice. La Cour d’appel de l’Alberta a résumé ainsi l’essence de cette conception jurisprudentielle :

[TRANSDUCTION] La cour a précédemment eu l’occasion d’examiner la portée de l’art. 743.6 dans l’arrêt *R. c. Matwy* [. . .] (1996), [. . .] 105 C.C.C. (3d) 251. Elle n’a pas subordonné le prononcé d’une telle ordonnance à la condition que le juge du procès soit convaincu que les

“particularly aggravating” so as to permit such an order to be made. The point made by Mr. Justice Iacobucci in *R. v. Shropshire*, *supra*, with respect to what is now s. 745.4 applies with equal force to this section. There is nothing in s. 743.6 which indicates that it is a condition precedent to its exercise that either the circumstances of the offence or the offender be in this “unusual” category, let alone so unusual, in order for a trial judge to impose an order under this section. To judicially impose such a threshold requirement would fetter and undermine the general discretion which Parliament has given to trial judges. What the section does require, and this was confirmed by this court in *Matwiy*, is that the trial judge be convinced that denunciation or specific or general deterrence will not be properly met without a s. 743.6 order, taking into account all relevant circumstances. [Emphasis omitted.]

(*R. v. Hanley* (1998), 228 A.R. 291 (C.A.), at para. 18; see also *R. v. Matwiy* (1996), 105 C.C.C. (3d) 251 (Alta. C.A.); *R. v. Williston* (1999), 209 N.B.R. (2d) 270 (C.A.); *R. v. Cormier* (1999), 140 C.C.C. (3d) 87 (N.B.C.A.); *R. v. Dodd* (1999), 139 C.C.C. (3d) 2 (Nfld. C.A.).)

VI. The Function of Section 743.6

The extent of this jurisprudential conflict has been overplayed. It does not reflect a basic disagreement between courts in Canada as to the nature of this provision and its place in the sentencing process. On the contrary, both views address the same difficulty and adopt ultimately consistent solutions to the integration of delayed parole into the process of sentencing. Under both approaches, the same method must be used. That method accepts that delayed parole is a decision that remains out of the ordinary and must be used in a manner that is fair to the offender. Both jurisprudential approaches to the application of s. 743.6 appear to require that the sentencing judge use a two-step intellectual process when deciding whether to delay parole. The addition of this section has not abolished the first duty of the sentencing judge. He or she must first determine what would be the appropriate punishment for the crime. The issue of parole eligibility is not considered at this stage. Courts consider all relevant factors and weigh them, in the circumstances of the case and taking into account the character of the offender.

circonstances sont « extraordinaires », « exceptionnelles » ou « particulièrement aggravantes ». La remarque faite par le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Shropshire*, précité, à l'égard de la disposition qui est maintenant l'art. 745.4 vaut tout autant pour l'art. 743.6. Rien dans l'art. 743.6 n'indique que, pour que puisse être exercé le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance prévue par cette disposition, il faut que les circonstances de l'infraction ou les particularités du délinquant soient « exceptionnelles », et encore moins qu'elles soient très exceptionnelles. Le fait d'imposer judiciairement une telle condition préliminaire saperait le pouvoir discrétionnaire général que le législateur a accordé au juge du procès. Comme l'a confirmé notre cour dans *Matwiy*, l'art. 743.6 exige que le juge du procès soit convaincu, eu égard à toutes les circonstances pertinentes, que soit l'objectif de réprobation, soit l'objectif de dissuasion ne pourra être atteint si le tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par cette disposition.

(*R. c. Hanley* (1998), 228 A.R. 291 (C.A.), par. 18; voir également *R. c. Matwiy* (1996), 105 C.C.C. (3d) 251 (C.A. Alb.); *R. c. Williston* (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 270 (C.A.); *R. c. Cormier* (1999), 140 C.C.C. (3d) 87 (C.A.N.-B.); *R. c. Dodd* (1999), 139 C.C.C. (3d) 2 (C.A.T.-N.).)

VI. Le rôle de l'art. 743.6

On a exagéré l'ampleur de ce conflit jurisprudentiel. Celui-ci ne traduit pas un désaccord fondamental au sein des tribunaux canadiens sur la nature de cette disposition et sur son rôle dans le processus de détermination de la peine. Au contraire, les deux interprétations traitent de la même difficulté et retiennent en bout de ligne des solutions compatibles quant à l'intégration du pouvoir d'augmentation du temps d'épreuve dans le processus de détermination de la peine. Selon l'une et l'autre de ces interprétations, il faut recourir à la même méthode, qui reconnaît que l'augmentation du temps d'épreuve est une mesure extraordinaire devant être utilisée d'une manière équitable pour le délinquant. Les deux approches préconisées par les tribunaux pour l'application de l'art. 743.6 semblent exiger que le juge chargé de la détermination de la peine procède à une démarche intellectuelle en deux étapes lorsqu'il décide s'il y a lieu de retarder l'admissibilité à la libération conditionnelle. L'ajout de cette disposition n'a pas aboli la tâche première du juge, qui demeure la détermination de la peine

On the basis of this analysis, the judge determines the duration of the jail sentence, if imprisonment is required by law or appears necessary.

adaptée au crime. La question de la libération conditionnelle n'est pas prise en compte à cette étape. Les tribunaux examinent et soupèsent tous les facteurs pertinents, à la lumière des circonstances de l'espèce et du caractère du délinquant. S'appuyant sur cette analyse, le juge fixe la durée de la peine d'emprisonnement, dans les cas où une telle mesure est requise par la loi ou paraît nécessaire.

30

At this point, the analysis may shift to the exercise of the power to delay parole. The position of s. 743.6 in the *Criminal Code* signals that it should not be applied in a routine manner. The power should not be exercised in a mechanical or automatic way, nor invoked in connection with every jail term imposed for an offence covered by s. 743.6. The judge must once again apply the sentencing factors. In this part of the process, however, the addition of s. 743.6(2) requires that, in the course of this second balancing, priority be given to the factors of general and specific deterrence, and of denunciation. The other factors remain relevant, but, to the extent of any conflict, subordinated to those identified by Parliament. It is worth noting that Parliament has not given priority to these specific factors in the application of s. 745.4.

Cela fait, le juge peut se demander s'il convient d'exercer le pouvoir d'augmenter le temps d'épreuve. L'emplacement de l'art. 743.6 dans le *Code criminel* indique que cette disposition ne doit pas être appliquée systématiquement. Le pouvoir en question ne doit pas être exercé de façon mécanique ou automatique pour toute peine d'emprisonnement prononcée à l'égard d'une infraction visée par cet article. Le juge doit une fois de plus appliquer les facteurs de détermination de la peine. Toutefois, par suite de l'adoption du par. 743.6(2), le juge doit, au cours de cette deuxième mise en balance des divers facteurs de détermination de la peine, donner priorité à l'effet dissuasif et à la réprobation. Les autres facteurs demeurent pertinents, mais, en cas de conflit, ils sont subordonnés à ceux expressément désignés par le législateur. Il convient de souligner que ce dernier n'a pas donné priorité à ces facteurs pour l'application de l'art. 745.4.

31

At this stage, having given priority to the factors of deterrence and denunciation as required by law, and having duly considered all the criteria and principles relevant to sentencing, based on the evidence at the sentencing hearing and at trial, the court must arrive at its conclusion as to whether this additional punishment is required. The prosecution has the burden of demonstrating that it is. The judge must satisfy himself or herself that the order is needed to reflect the objectives of sentencing, with awareness of the special weight ascribed by Parliament to the social imperatives of denunciation and deterrence. Nevertheless, at the end of this intellectual process, the sentencing decision must remain alive to the nature and position of delayed parole in criminal law as a special, additional form of punishment. Hence it should not be ordered without necessity, in a routine way. This idea is acknowledged by Griffiths J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Goulet* (p. 65). It is

À cette étape, comme l'exige la loi, après avoir accordé la priorité aux facteurs de l'effet dissuasif et de la réprobation dans l'examen de l'ensemble des critères et des principes applicables en matière de détermination de la peine, le tribunal doit décider si cette sanction additionnelle s'impose au regard des éléments de preuve soumis tant à l'audience de détermination de la peine qu'au procès. La poursuite a le fardeau d'établir que c'est le cas. Le juge doit être convaincu que les objectifs de la détermination de la peine exigent qu'il rende l'ordonnance en question, eu égard à l'importance particulière que le législateur a accordée aux impératifs sociaux de réprobation et de dissuasion. Néanmoins, la sentence prononcée à l'issue de cette démarche intellectuelle doit rester fidèle à la nature et au rôle de l'augmentation du temps d'épreuve en droit criminel, qui constitue une sanction additionnelle particulière. Par conséquent, une telle mesure ne doit

this aspect of s. 743.6 that explains the development of the jurisprudential current emphasizing its exceptional nature. The other stream of jurisprudence, which shies away from using the vocabulary of an “exceptional measure”, does not seem, in practice, to have applied s. 743.6 in a different manner. None of these judgments has suggested that a delayed parole order should be considered an ordinary measure, to be applied in the normal course; they agree that it should be invoked only on the basis of demonstrated need.

The application of s. 743.6 will probably never be an easy task for judges. Sentencing remains a heavy responsibility for trial and appellate judges throughout Canada. The exercise of the power to delay parole adds to the difficulties of this task. With a proper understanding of the nature of the measure, it is to be hoped that its application will be less problematic.

As mentioned above, courts must perform a double weighing exercise. First, they must evaluate the facts of the case, in light of the factors set out in s. 718 of the *Code*, in order to impose an appropriate sentence. Then, they must review the same facts primarily in the perspective of the requirements of deterrence and denunciation, which are given priority at this stage, under s. 743.6(2). The decision to delay parole remains out of the ordinary, but may and should be taken if, after the proper weighing of all factors, it appears to be required in order to impose a form of punishment which is completely appropriate in the circumstances of the case. This decision may be made, for example, if, after due consideration of all the relevant facts, principles and factors at the first stage, it appears at the second stage that the length of the jail term would not satisfy the imperatives of denunciation and deterrence. This two-stage process, however, does not require a special and distinct hearing. It should be viewed as

pas être ordonnée de manière systématique, si sa nécessité n’est pas démontrée. Dans l’arrêt *Goulet* (à la p. 65), le juge Griffiths de la Cour d’appel de l’Ontario adhère à ce point de vue. C’est cet aspect de l’art. 743.6 qui explique l’évolution du courant jurisprudenciel insistant sur la nature exceptionnelle de cette mesure. L’autre courant, dans lequel on s’abstient de qualifier cette mesure d’exceptionnelle, ne semble pas, dans la pratique, avoir appliqué différemment l’art. 743.6. Dans aucun de ces jugements les tribunaux n’ont suggéré que l’ordonnance d’augmentation du temps d’épreuve devait être considérée comme une mesure ordinaire, applicable dans le cours normal des choses. Ils ont plutôt affirmé qu’il ne fallait y avoir recours qu’en cas de nécessité démontrée.

L’application de l’art. 743.6 ne sera probablement jamais une tâche facile pour les juges. La détermination de la peine demeure une lourde responsabilité, tant pour les juges présidant les procès que pour les juges d’appel partout au Canada. L’exercice du pouvoir de retarder l’admissibilité à la libération conditionnelle ajoute aux difficultés de cette tâche. Il faut espérer qu’une meilleure compréhension de la nature de cette mesure rendra son application moins problématique.

Comme il a été mentionné précédemment, les tribunaux doivent à deux reprises soupeser les mêmes facteurs. Premièrement, ils doivent évaluer les faits propres à chaque espèce, à la lumière des facteurs énumérés à l’art. 718 du *Code*, pour déterminer la peine appropriée. Deuxièmement, ils doivent examiner ces mêmes faits au regard principalement des exigences relatives à la dissuasion et à la réprobation, facteurs auxquels le par. 743.6(2) accorde priorité à cette étape. La décision d’augmenter le temps d’épreuve demeure une mesure exceptionnelle, mais elle peut et doit être prise si, une fois que tous les facteurs ont été adéquatement soupesés, elle paraît être requise pour permettre l’infliction d’une sanction parfaitement appropriée dans les circonstances de l’espèce. Par exemple, cette décision peut être prise si, après avoir dûment considéré tous les principes, facteurs et faits pertinents à la première étape, il apparaît au tribunal, durant la seconde étape, que la période d’emprisonnement qu’il vient d’infliger

32

33

one sentencing process, where issues of procedural fairness will have to be carefully considered.

VII. Procedural Issues and Fairness

34

Acknowledging that delayed parole should not be a routine part of every sentencing decision under s. 743.6 does not imply that there should be a special and distinct hearing on the issue, where evidence of unusual or extraordinary circumstances must be introduced. Section 743.6 does not require the creation of such an additional procedure. A two-step intellectual process does not turn the sentencing hearing into two separate procedures. It should be enough that the issue be raised in a fair and timely manner so as to allow the offender to respond effectively. A breach of this basic obligation would justify quashing the order, as courts have done on occasion. (See *Corneau v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.), at p. 2515.) Beyond this, the sentencing hearing should not be overburdened with formalistic and unnecessary procedural requirements.

35

The need for fairness does not impose any obligation to give written notice to the offender before the hearing that delayed parole will be applied for. Such an obligation would often be impractical, especially since sentencing hearings frequently take place immediately after the conviction or guilty plea. In addition, the *Criminal Code* does not expressly require written notice any more than did s. 745.4, which was considered in *Shropshire*, *supra*.

ne répond pas aux impératifs de réprobation et de dissuasion. Toutefois, ce processus en deux étapes n'exige pas la tenue d'une audience distincte pour trancher la question de l'admissibilité à la libération conditionnelle. Il faut plutôt considérer ce processus comme une seule et même procédure de détermination de la peine, dans laquelle il faut prendre bien soin de respecter les considérations d'équité procédurale.

VII. Les questions de procédure et d'équité procédurale

Le fait de reconnaître que l'augmentation du temps d'épreuve prévue par l'art. 743.6 ne doit pas systématiquement faire partie de toute sentence n'implique pas que, pour trancher cette question, il faille tenir une audience distincte au cours de laquelle des éléments de preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles ou extraordinaires doivent être présentés. L'article 743.6 n'exige pas la création d'une telle procédure additionnelle. Une démarche intellectuelle en deux temps ne transforme pas l'audience de détermination de la peine en deux procédures distinctes. Il suffit que la question soit soulevée en temps opportun, de façon à permettre au délinquant d'y répondre utilement. Une violation de cette obligation fondamentale justifierait toutefois l'annulation de l'ordonnance, ce qu'ont fait les tribunaux à l'occasion. (Voir *Corneau c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.), p. 2515.) Hormis cette obligation, il ne faudrait pas alourdir l'audience de détermination de la peine par des exigences procédurales formalistes et inutiles.

Les exigences relatives à l'équité procédurale n'imposent pas à la poursuite l'obligation d'aviser par écrit le délinquant, avant l'audience, qu'elle entend demander l'augmentation du temps d'épreuve. Une telle obligation serait souvent impossible à respecter, du fait particulièrement que les audiences de détermination de la peine se tiennent fréquemment tout de suite après la déclaration de culpabilité ou le plaidoyer de culpabilité. En outre, l'article 743.6 n'exige pas expressément l'envoi d'un avis écrit, pas plus que ne le faisait l'art. 745.4, disposition qui était examinée dans l'arrêt *Shropshire*, précité.

The obligation to assure fairness in the process is of critical importance, but it may be discharged in different and equally valid ways. When possible, the Crown may give notice in writing or verbally before the hearing. The application may be made at the sentencing hearing itself. The issue may also be raised by the judge in the course of the hearing. Whenever and however the question is brought up, the offender must be informed clearly that he is at risk in this respect. The offender must be allowed to make submissions and to introduce additional evidence, if needed, in response to the request for delayed parole. Courts should be generous if adjournments are requested for this purpose. Fairness must be preserved, but in a flexible manner, taking into account the specifics of each case, without pointless procedural constraints.

At the end of the process, the offender is entitled to reasons. The judgment must state with sufficient clarity the reasons why the delayed parole order is made. It must remain consistent with the principles set out in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. The reasons need not be elaborate. The basis of the decision must be at least ascertainable from the record; precision and clarity remain advisable in the drafting of such judgments. Deficiencies in reasons may sometimes require quashing an order for the sake of the perceived fairness and the transparency of the criminal process.

VIII. Application of Principles

A review of the judgment and proceedings in this case confirms that none of the grounds of appeal have been established. The trial judge did not err in his application of s. 743.6. The order was justified on the basis of the record and was made after a hearing that did not breach the rules of procedural fairness.

L'obligation de garantir l'équité du processus revêt une importance fondamentale, mais il est possible de s'en acquitter de différentes façons, tout aussi valables les unes que les autres. Lorsque la chose est possible, la Couronne peut donner un avis écrit ou verbal avant l'audience. La demande peut être présentée à l'audience même de détermination de la peine. Le juge peut également soulever la question au cours de l'audience. Indépendamment de la façon dont la question se soulève et du moment où cela se produit, il faut, toutefois, informer clairement le délinquant des risques qu'il court à cet égard. On doit l'autoriser à présenter des observations et, au besoin, à soumettre d'autres éléments de preuve en réponse à la demande d'augmentation du temps d'épreuve. Les tribunaux doivent se montrer généreux lorsque des ajournements sont demandés à ces fins. Ils doivent préserver l'équité du procès, mais avec souplesse, en tenant compte des particularités de chaque affaire et sans appliquer de contraintes procédurales inutiles.

À l'issue du processus, le délinquant a droit à une décision motivée, exposant de façon suffisamment claire les raisons qui justifient l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve. Le jugement doit être conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26. Les motifs n'ont pas besoin d'être détaillés, quoique le fondement de la décision doive à tout le moins ressortir du dossier. Il demeure toutefois souhaitable que de tels jugements soient rédigés de façon claire et précise. Le fait que les motifs comportent des lacunes exigera parfois l'annulation de l'ordonnance, afin de préserver la transparence du système de justice criminelle et le caractère équitable qu'on lui reconnaît.

VIII. L'application des principes

En l'espèce, l'examen du jugement et des actes de procédure confirme qu'aucun des moyens d'appel invoqués n'a été établi. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans l'application de l'art. 743.6. L'ordonnance était justifiée au regard du dossier et elle a été rendue au terme d'une audience où les principes de l'équité procédurale ont été respectés.

36

37

38

39

I concede that the part of the reasons dealing expressly with the issue of delayed parole is somewhat imprecise. A more detailed analysis should have been attempted. The reasons, though, must be viewed as a whole and read in connection with the evidence and the submissions made at the hearing. Although not extensive, the reasons permit an appellate court to ascertain and review the basis of the order made by the trial judge. Thus, they do not breach the *Sheppard* standard. Godin J. carefully reviewed all relevant facts, particularly the gratuitousness of the crime and the need to protect the public. They confirm his conclusion that the objectives of deterrence and denunciation could not be satisfied without delaying parole eligibility.

40

Procedural fairness was observed. In its submissions, the Crown asked for delayed parole. The accused, through his counsel, could have made his own submissions or presented evidence to oppose the Crown's request. He could have requested an adjournment, if the Crown's move took him by surprise. None of this was attempted. It was never suggested that this was a case of inadequate representation. The accused was given a sufficient opportunity to respond to the Crown's request. He failed to use it. He cannot fault the judge for this.

41

The Court of Appeal took the appropriate approach to the review of a sentencing decision. In the absence of an error of principle, a breach of the principles of procedural fairness or a clearly erroneous and material finding of fact, it decided that it should not intervene. Its decision was well founded. It can be upheld under both the narrow and the broad interpretations of s. 743.6, which can be reconciled, as indicated above.

Je reconnais que la partie des motifs du juge du procès portant expressément sur la question de l'augmentation du temps d'épreuve est quelque peu imprécise. Il aurait dû s'efforcer de faire une analyse plus détaillée. Toutefois, les motifs doivent être considérés globalement et lus en corrélation avec les observations et la preuve présentées à l'audience. Bien qu'ils ne soient pas détaillés, les motifs permettent à une cour d'appel de dégager les assises de l'ordonnance du juge du procès et d'en contrôler le bien-fondé. En conséquence, les motifs ne contreviennent pas à la norme établie dans l'arrêt *Sheppard*. Le juge Godin a examiné attentivement tous les faits pertinents, particulièrement le caractère gratuit du crime et la nécessité de protéger le public. Ceux-ci confirment sa conclusion selon laquelle il était impossible de satisfaire aux objectifs de dissuasion et de réprobation sans retarder l'admissibilité à la libération conditionnelle.

L'équité procédurale a été respectée. Dans ses observations, la Couronne a demandé l'augmentation du temps d'épreuve. Par l'intermédiaire de son avocat, le délinquant aurait pu lui aussi présenter des observations ou des éléments de preuve à l'encontre de la demande de la Couronne. Il lui aurait été possible de demander un ajournement s'il estimait que la démarche de la Couronne le prenait au dépourvu. Il n'a rien fait de tout cela. Il n'a jamais non plus prétendu qu'il avait été mal représenté. L'accusé a bénéficié de la possibilité de contester le bien-fondé de la demande de la Couronne. Il n'en a pas profité. Il ne peut blâmer le juge du procès sur ce point.

La Cour d'appel a adopté la démarche appropriée pour contrôler une décision rendue en matière de détermination de la peine. Vu l'absence d'erreur de principe, de manquement aux principes d'équité procédurale ou de conclusion de fait importante manifestement erronée, la Cour d'appel a décidé de ne pas intervenir. Sa décision est bien fondée. Elle peut être confirmée, et ce tant au regard de l'interprétation restrictive que de l'interprétation libérale de l'art. 743.6, interprétations qui s'avèrent conciliables, comme nous l'avons vu précédemment.

IX. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant: Eric J. Doiron,
Moncton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of
New Brunswick, Moncton.*

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

IX. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pour-
voi.

Pourvoi rejeté.

*Procureur de l'appelant : Eric J. Doiron,
Moncton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du
Nouveau-Brunswick, Moncton.*

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

Robert William Feeley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FEELEY

Neutral citation: 2003 SCC 7.

File No.: 29271.

2003: February 20.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

Cases Cited

Applied: *R. v. Rhee*, [2001] 3 S.C.R. 364, 2001 SCC 71; **referred to:** *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 55 O.R. (3d) 481, 149 O.A.C. 204, 156 C.C.C. (3d) 449, 46 C.R. (5th) 307, [2001] O.J. No. 3359 (QL), upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Todd Ducharme and Joseph Di Luca, for the appellant.

Eric Siebenmorgen and Laura Hodgson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — The Court of Appeal did not have the benefit of this Court's decision in *R. v. Rhee*, [2001] 3 S.C.R. 364, 2001 SCC 71, in deciding whether this pre-Lifchus charge was in substantial compliance with the principles articulated in *R. v.*

Robert William Feeley *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. FEELEY

Référence neutre : 2003 CSC 7.

N^o du greffe : 29271.

2003 : 20 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Exposé au jury sur le doute raisonnable antérieur à l'arrêt Lifchus conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans l'arrêt Lifchus.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Rhee*, [2001] 3 R.C.S. 364, 2001 CSC 71; **arrêt mentionné :** *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 55 O.R. (3d) 481, 149 O.A.C. 204, 156 C.C.C. (3d) 449, 46 C.R. (5th) 307, [2001] O.J. No. 3359 (QL), confirmant la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Todd Ducharme et Joseph Di Luca, pour l'appelant.

Eric Siebenmorgen et Laura Hodgson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE ARBOUR — La Cour d'appel ne bénéficiait pas de la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *R. c. Rhee*, [2001] 3 R.C.S. 364, 2001 CSC 71, lorsqu'elle a été appelée à décider si l'exposé qui a été fait au jury en l'espèce, antérieurement au

Lifchus, [1997] 3 S.C.R. 320, and in assessing whether there is in this case a real concern that the jury may have misapprehended its task.

Applying *Rhee*, we can find no reason to interfere with the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal.

Therefore, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Todd Ducharme, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

prononcé de l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, était conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans cet arrêt et s'il existe un risque concret que le jury ait mal compris sa tâche.

Appliquant l'arrêt *Rhee*, nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion de la majorité de la Cour d'appel.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Todd Ducharme, Toronto.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

2

3

**Information Commissioner of
Canada** *Appellant*

v.

**Commissioner of the Royal Canadian
Mounted Police** *Respondent*

and

Privacy Commissioner of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION
COMMISSIONER) v. CANADA (COMMISSIONER
OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE)**

Neutral citation: 2003 SCC 8.

File No.: 28601.

2002: October 29; 2003: March 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Access to information — Privacy — Personal information — Exception — Position or functions of individual — Request made for information concerning four members of RCMP under Access to Information Act — Whether requested information constitutes “personal information” as defined in s. 3 of Privacy Act — If so, whether information should be disclosed because it falls within “position or functions of the individual” exception — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 “personal information” (b), “personal information” (j).

An individual requested certain information from the RCMP pertaining to four of its officers. The RCMP refused to disclose the information on the grounds that the records contained “personal information”, as defined by s. 3 of the *Privacy Act*, and therefore were exempt from disclosure pursuant to s. 19(1) of the

**Commissaire à l’information du
Canada** *Appelant*

c.

**Commissaire de la Gendarmerie royale du
Canada** *Intimé*

et

**Commissaire à la protection de la vie privée
du Canada** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À
L’INFORMATION) c. CANADA (COMMISSAIRE
DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA)**

Référence neutre : 2003 CSC 8.

N^o du greffe : 28601.

2002 : 29 octobre; 2003 : 6 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Accès à l’information — Droit au respect de la vie privée — Renseignements personnels — Exception — Poste ou fonctions d’un individu — Demande de renseignements au sujet de quatre agents de la GRC présentée en vertu de la Loi sur l’accès à l’information — Les renseignements demandés constituent-ils des « renseignements personnels » au sens de l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels? — Dans l’affirmative, ces renseignements doivent-ils être communiqués par application de l’exception relative au « poste ou fonctions d’un individu »? — Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » b), « renseignements personnels » j).

Une personne demande certains renseignements à la GRC concernant quatre de ses agents. La GRC refuse de communiquer les documents demandés parce qu’ils contiennent des « renseignements personnels » visés à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et qu’ils échappent de ce fait à la communication par

Access to Information Act. A complaint was made to the Information Commissioner, who undertook an investigation. During that investigation, the RCMP informed the Information Commissioner that it would release the current postings and positions of the four serving RCMP members and the last posting and position of the one retired RCMP member. However, the RCMP maintained its position that the remaining information was “personal information” and thus exempt from the disclosure requirements. The Information Commissioner found that the information relating to the previous RCMP postings of the four officers, as well as certain other job-related information contained in the relevant records, did not constitute “personal information”. He recommended that the RCMP disclose the list of the officers’ historical postings, their status and date; the list of ranks and the dates they achieved those ranks; their years of service; and their anniversary date of service. The RCMP indicated that it would not follow the Information Commissioner’s recommendation. The Information Commissioner applied to the Federal Court, Trial Division, for an order directing the RCMP to disclose the records or portions thereof which do not qualify for exemption from disclosure under s. 19(1) of the *Access to Information Act*. The Trial Division held that only information related to a public servant’s current position or a former public servant’s last position needed to be released. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed.

The RCMP Commissioner should be ordered to disclose the list of the RCMP members’ historical postings, their status and date; the list of ranks and the dates they achieved those ranks; their years of service; and their anniversary dates of service. These are all elements that relate to the general characteristics associated with the position or functions of an RCMP member. They do not reveal anything about their competence or divulge any personal opinion given outside the course of employment — rather, they provide information relevant to understanding the functions they perform.

In this case, application of the functional and pragmatic approach indicates that deference to the RCMP Commissioner would be unjustified and his decision ought to be reviewed on a standard of correctness. The information sought regarding the four RCMP members is “information about an identifiable individual”, and therefore “personal information” within the meaning of s. 3 of

application du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Une plainte est déposée auprès du Commissaire à l'information, qui entreprend une enquête. Au cours de cette enquête, la GRC informe le Commissaire à l'information qu'il communiquera les affectations et postes actuels des quatre membres de la GRC en service actif ainsi que le dernier poste et la dernière affectation de l'agent à la retraite. Cependant, la GRC maintient sa position selon laquelle les autres renseignements sont des « renseignements personnels » et échappent donc aux exigences de communication. Le Commissaire à l'information conclut que les renseignements se rapportant aux anciennes affectations des quatre agents de la GRC, ainsi que certains autres renseignements liés à l'emploi contenus dans les documents pertinents ne sont pas des « renseignements personnels ». Il recommande donc que la GRC communique la liste des affectations antérieures des agents, leur statut et les dates y afférentes; la liste de leurs grades et les dates auxquelles ils les ont obtenus; leurs années de service; et la date anniversaire de leur entrée en service. La GRC déclare qu'elle ne suivra pas la recommandation du Commissaire à l'information. Le Commissaire à l'information demande à la Cour fédérale, section de première instance, d'ordonner à la GRC de communiquer les documents ou les parties de documents qui n'échappent pas à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. La Section de première instance conclut que seuls les renseignements relatifs au poste qu'un fonctionnaire occupe au moment de la demande ou au dernier poste qu'un ancien fonctionnaire a occupé doivent être communiqués. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Il faut ordonner au commissaire de la GRC de communiquer la liste des affectations antérieures des membres de la GRC, leur statut et les dates y afférentes; la liste de leurs grades et les dates auxquelles ils les ont obtenus; leurs années de service; et la date anniversaire de leur entrée en service. Ce sont tous des éléments portant sur les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d'un agent de la GRC. Ils ne révèlent rien sur leur compétence et ni aucune opinion personnelle qu'ils auraient exprimée autrement qu'au cours de leur emploi — ils donnent plutôt des renseignements pertinents pour comprendre les fonctions qu'ils exercent.

En l'espèce, l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle révèle qu'il serait injustifié de faire preuve de retenue à l'égard du commissaire de la GRC et la Cour devrait contrôler sa décision selon la norme de la décision correcte. Les renseignements demandés concernant les quatre membres de la GRC constituent des renseignements « concernant un individu identifiable »

the *Privacy Act*. There is also no doubt that the requested information relates to employment history and falls within the scope of s. 3 “personal information” (b). The information requested is exactly the type of information that a reasonable person in a working environment would likely characterize as employment history. However, the information falls under the exemption provided in s. 3 “personal information” (j) of the *Privacy Act*. Section 3(j) is retroactive in nature and there is no reason to impose a time restriction on its scope. The list of examples provided in s. 3(j) is not exhaustive and certainly does not limit the application of the introductory paragraph to the current position held by an employee or to the last position occupied by an employee now retired. Nevertheless, s. 3(j) does have a specified scope, as the information must be related to the position or functions held by a federal employee. This will exclude information relating, for example, to the competence and characteristics of the employee. Section 3(j) should apply only when the information requested is sufficiently related to the general characteristics associated with the positions or functions held by an officer or employee of a federal institution. It is both artificial and unhelpful to attempt to distinguish between “information about the person” and “information about the position or functions”. Section 3(j) applies when the information — which is always linked to the individual — is directly related to the general characteristics associated with the position or functions held by an employee, without the objective or subjective nature of that information being determinative.

Cases Cited

Applied: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551.

et, partant, des « renseignements personnels » au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De plus, il ne fait aucun doute que les renseignements demandés sont relatifs aux antécédents professionnels et relèvent de l'al. b) de la définition des « renseignements personnels » énoncée à l'art. 3. Les renseignements demandés correspondent exactement au genre de renseignements qu'une personne raisonnable dans un milieu de travail qualifierait vraisemblablement d'« antécédents professionnels ». Toutefois, ils sont visés par l'exception prévue à l'al. j) de la définition des « renseignements personnels » énoncée à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'alinéa 3j) a un caractère rétroactif et il n'existe aucune raison d'en restreindre la portée temporelle. La liste d'exemples figurant à l'al. 3j) n'est pas exhaustive et ne limite certainement pas l'application de la disposition introductive au poste actuel d'un employé ou au dernier poste d'un employé maintenant à la retraite. L'alinéa 3j) a néanmoins une portée déterminée, car les renseignements doivent porter sur le poste ou les fonctions d'un employé de l'administration fédérale. Sont exclus les renseignements qui touchent notamment la compétence et les caractéristiques de l'employé. L'alinéa 3j) ne doit s'appliquer que lorsque les renseignements demandés ont un lien suffisant avec les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d'un cadre ou employé d'une institution fédérale. Il est à la fois artificiel et vain d'essayer de faire une distinction entre les renseignements « concernant un individu » et les renseignements « portant sur son poste ou ses fonctions ». L'alinéa 3j) s'applique lorsque les renseignements — toujours liés à un individu — portent directement sur les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d'un employé, sans que la nature objective ou subjective de ces renseignements soit déterminante.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; **arrêts mentionnés :** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4(1), 19, 41, 42, 48, 49.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 “personal information” (b), “personal information” (j), 8(2)(m)(i).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “relate”.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, “relatif”.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 3 F.C. 70, 199 D.L.R. (4th) 309, 267 N.R. 163, 29 Admin. L.R. (3d) 193, 11 C.P.R. (4th) 336, [2001] F.C.J. No. 344 (QL), 2001 FCA 56, dismissing the appellant's appeal from a decision of the Trial Division (1999), 179 F.T.R. 75, 29 Admin. L.R. (3d) 177, [1999] F.C.J. No. 1860 (QL). Appeal allowed.

Clayton Ruby and Daniel Brunet, for the appellant.

Brian J. Saunders and Christopher Rupar, for the respondent.

Dougald E. Brown and Steven Welchner, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. — This case concerns the application and interaction of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (the “Access Act”), and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as they relate to a request for information pertaining to four members of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”). More precisely, the question is whether the requested information relates to the position or functions of the individuals, and is therefore excluded from the ambit of s. 19(1) of the *Access Act*.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2(1), 4(1) [mod. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, n^o 1)], 19, 41, 42, 48, 49.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels » b), « renseignements personnels » j), 8(2)m(i).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « relate ».

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « relatif ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2001] 3 C.F. 70, 199 D.L.R. (4th) 309, 267 N.R. 163, 29 Admin. L.R. (3d) 193, 11 C.P.R. (4th) 336, [2001] A.C.F. n^o 344 (QL), 2001 CAF 56, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de la décision de la Section de première instance (1999), 179 F.T.R. 75, 29 Admin. L.R. (3d) 177, [1999] A.C.F. n^o 1860 (QL). Pourvoi accueilli.

Clayton Ruby et Daniel Brunet, pour l'appelant.

Brian J. Saunders et Christopher Rupar, pour l'intimé.

Dougald E. Brown et Steven Welchner, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi concerne l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et leur interaction dans le cadre d'une demande de renseignements touchant quatre membres de la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC »). Il s'agit plus précisément de déterminer si les renseignements demandés portent sur le poste ou les fonctions des personnes visées et sont de ce fait exclus du champ d'application du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

I. Factual Background

2

On June 4, 1998, Gordon Ronalds requested from the RCMP the following information regarding four RCMP members:

List of communities of postings, including dates, occupied by the following Royal Canadian Mounted Police officers:

- (1) Cst/Acting Corporal Robert Shedden, Wells Detachment, BC;
- (2) S/Sgt Kenneth Craig, NCO, Quesnel Detachment, BC;
- (3) Corporal Bob Zimmerman, Quesnel Detachment, BC; and
- (4) S/Sgt Larry Ronald Wendell, Advisory NCO North Division, Williams Lake.

Copies of all public complaints filed against each of the above individuals; and

Name and address for service of member or former member who served as NCO IC/Royal Canadian Mounted Police detachment Baddeck, Nova Scotia in August 1986.

3

Mr. Ronalds sought this information in connection with litigation against the officers. The RCMP refused to disclose the information on the grounds that the records contained "personal information", as defined by s. 3 of the *Privacy Act*, and therefore were exempt from disclosure pursuant to s. 19(1) of the *Access Act*.

4

Upon receipt of written notice of this decision, Mr. Ronalds made a complaint to the Information Commissioner. The RCMP was duly notified of the complaint and the intention of the Office of the Information Commissioner to undertake an investigation. During the course of that investigation, the RCMP Commissioner informed the Information Commissioner that he would release the current postings and positions of the four serving RCMP members and the last posting and position of the one retired RCMP member. However, the RCMP maintained its position that the remaining

I. Les faits

Le 4 juin 1998, Gordon Ronalds demande à la GRC de lui fournir les renseignements suivants au sujet de quatre de ses membres :

[TRADUCTION] La liste des collectivités auxquelles les agents de la Gendarmerie royale du Canada ci-après désignés ont été affectés, y compris les dates des affectations :

- (1) le gendarme caporal intérimaire Robert Shedden, détachement de Wells (C.-B.);
- (2) le sergent d'état-major Kenneth Craig, sous-officier, détachement de Quesnel (C.-B.);
- (3) le caporal Bob Zimmerman, détachement de Quesnel (C.-B.);
- (4) le sergent d'état-major Larry Ronald Wendell, sous-officier conseiller, division du Nord, Williams Lake.

Des copies de toutes les plaintes du public déposées contre chacun des individus susmentionnés;

Le nom et l'adresse, aux fins de signification, du membre, actuel ou ancien, qui a agi à titre de sous-officier responsable/détachement de Baddeck (Nouvelle-Écosse) de la Gendarmerie royale du Canada au mois d'août 1986.

Monsieur Ronalds demande ces renseignements en rapport avec un litige l'opposant à ces agents. La GRC refuse de communiquer les documents demandés parce qu'ils contiennent des « renseignements personnels » visés à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et qu'ils échappent de ce fait à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Dès réception de l'avis écrit de cette décision, M. Ronalds dépose une plainte auprès du Commissaire à l'information. La GRC est dûment informée de la plainte et de l'intention du Commissariat à l'information d'entreprendre une enquête. Au cours de cette enquête, le commissaire de la GRC informe le Commissaire à l'information qu'il communiquera les affectations et postes actuels des quatre membres de la GRC en service actif ainsi que le dernier poste et la dernière affectation de l'agent à la retraite. Cependant, la GRC maintient sa position selon laquelle les autres renseignements sont des

information was “personal information” and thus exempt from the disclosure requirements.

On January 21, 1999, the Information Commissioner found that the information relating to the previous RCMP postings of the four officers, as well as certain other job-related information contained in the relevant records, did not constitute “personal information”. He recommended that the RCMP disclose:

- a) the list of historical postings, their status and date;
- b) the list of ranks and the dates they achieved those ranks;
- c) their years of service; and
- d) their anniversary date of service.

On February 12, 1999, the RCMP indicated that it would not follow the Information Commissioner’s recommendation.

On April 9, 1999, the Information Commissioner applied to the Federal Court, Trial Division, with the consent of Mr. Ronalds, for a review of the RCMP Commissioner’s decision to refuse disclosure. The applicant sought an order directing the RCMP to disclose to Mr. Ronalds the records or portions thereof which do not qualify for exemption from disclosure under s. 19(1) of the *Access Act*. The Trial Division held that only information related to a public servant’s current position or a former public servant’s last position needed to be released. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

II. Applicable Legislation

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary

« renseignements personnels » et échappent donc aux exigences de communication.

Le 21 janvier 1999, le Commissaire à l’information conclut que les renseignements se rapportant aux anciennes affectations des quatre agents de la GRC, ainsi que certains autres renseignements liés à l’emploi contenus dans les documents pertinents, ne sont pas des « renseignements personnels ». Il recommande que la GRC communique :

- a) la liste de leurs affectations antérieures, leur statut et les dates y afférentes;
- b) la liste de leurs grades et les dates auxquelles ils les ont obtenus;
- c) leurs années de service;
- d) la date anniversaire de leur entrée en service.

Le 12 février 1999, la GRC déclare qu’elle ne suivra pas la recommandation du Commissaire à l’information.

Le 9 avril 1999, le Commissaire à l’information présente à la Cour fédérale, Section de première instance, avec le consentement de M. Ronalds, une demande de contrôle de la décision du commissaire de la GRC de refuser la communication. Il demande à la cour d’ordonner à la GRC de communiquer à M. Ronalds les documents ou les parties de documents qui n’échappent pas à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*. La Section de première instance conclut que seuls les renseignements relatifs au poste qu’un fonctionnaire occupe au moment de la demande ou au dernier poste qu’un ancien fonctionnaire a occupé doivent être communiqués. La Cour d’appel fédérale rejette l’appel.

II. Les dispositions législatives applicables

Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. 1985, ch. A-1

2. (1) La présente loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant

exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

42. (1) The Information Commissioner may

- (a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;
- (b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or
- (c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

(2) Where the Information Commissioner makes an application under paragraph (1)(a) for a review of a refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the person who requested access to the record may appear as a party to the review.

susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où :

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour :

- a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;
- b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;
- c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

(2) Dans le cas prévu à l'alinéa (1)a), la personne qui a demandé communication du document en cause peut comparaître comme partie à l'instance.

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

“Personal information” is defined by s. 3 of the *Privacy Act*. It reads:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

L'expression « renseignements personnels » est définie comme suit à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

- (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
- (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
- (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
- (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
- (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

8. (1) . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

- (i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, . . .

III. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1999), 179 F.T.R. 75

8 Cullen J. began by emphasizing the fact that determining the scope of s. 3 “personal information” (*j*) (hereinafter s. 3(*j*)) requires the court to take into account the purposes of both the *Access Act* and the *Privacy Act*. After careful consideration and balancing of the respective interests protected by each enactment, Cullen J. held that the general nature of s. 3(*j*) is not retrospective. The fact that public servants abandon certain privacy rights upon taking up their positions cannot result in a wholesale surrender of all rights to privacy in respect of employment history; were s. 3(*j*) given a retrospective bearing, “there would be little left to contemplate in private and little meaning to the protection of employment history” (para. 24) given by s. 3 “personal information” (*b*) (hereinafter s. 3(*b*)). Cullen J. therefore concluded that paras. (*j*)(i) to (iii) of s. 3 apply only to a public

- (i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution,
- (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
- (iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,
- (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi;
- (v) les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de son emploi;

8. (1) . . .

(2) Sous réserve d’autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l’avis du responsable de l’institution :

- (i) des raisons d’intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée, . . .

III. L’historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, [1999] A.C.F. n° 1860 (QL)

Le juge Cullen souligne tout d’abord que, pour déterminer la portée de l’al. *j*) de la définition de « renseignements personnels » énoncée à l’art. 3 (ci-après « l’al. 3*j*) », la cour doit prendre en considération l’objet de la *Loi sur l’accès à l’information* et celui de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Après avoir soupesé minutieusement les droits protégés par chacune de ces lois, le juge Cullen déclare que la nature générale de l’al. 3*j*) n’est pas rétroactive. Si les fonctionnaires renoncent à certains de leurs droits à la protection des renseignements personnels lors de leur entrée en fonction, ils ne peuvent de ce fait renoncer globalement à tous leurs droits au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs antécédents professionnels; si on attribuait un effet rétroactif à l’al. 3*j*), « il ne resterait que peu de matières privées et peu de sens à la protection des antécédents professionnels » (par.

servant's current position or to the position last held by a former public servant.

Cullen J. also found that the respondent did not consider whether the information might properly have been disclosed under s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*, and that the respondent thereby failed in its exercise of the discretion it is required to exercise under s. 19(2) of the *Access Act*. Cullen J. therefore ordered the respondent to consider whether the information ought to be released in accordance with s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

B. *Federal Court of Appeal*, [2001] 3 F.C. 70, 2001 FCA 56

Létourneau J.A., for the court, held that s. 3(j) should be construed in a way that does not allow for the disclosure of an individual's "employment history". Owing to the fact that individual privacy is a fundamental right which has attracted constitutional protection, it would be improper to give s. 3(j) such breadth as to empty the definition of "personal information" of its contents with respect to "employment history". However, Létourneau J.A. ultimately held that s. 3(j) does authorize the release of information about an individual's position, whether current or past; neither the purpose nor the wording of s. 3(j) or s. 3(j)(i) requires an interpretation that would restrict their application to current positions. In his view, "[t]he very fact of employment, past or present, can be revealed and, indeed, is essential to a citizen in determining whether his request for disclosure is addressed to the appropriate authority and is worth pursuing" (para. 21).

24) conférée par l'al. b) de la définition de « renseignements personnels » énoncée à l'art. 3 (ci-après « l'al. 3b) »). Le juge Cullen conclut donc que les sous-al. 3j)(i) à (iii) s'appliquent uniquement au poste occupé par un fonctionnaire au moment de la demande ou au dernier poste occupé par un ancien fonctionnaire.

Le juge Cullen conclut également que l'intimé a omis de décider si les renseignements auraient pu être communiqués à bon droit en vertu du sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et donc d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il devait exercer en vertu du par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. En conséquence, le juge Cullen ordonne à l'intimé de déterminer si les renseignements devaient être communiqués conformément au sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2001] 3 C.F. 70, 2001 CAF 56

Le juge Létourneau conclut, au nom de la cour, que l'al. 3j) doit être interprété de façon à ne pas permettre la communication des « antécédents professionnels » d'un individu. Étant donné que le droit à la vie privée est un droit fondamental qui bénéficie d'une protection constitutionnelle, il ne conviendrait pas de donner à l'al. 3j) une portée telle qu'elle viderait la définition de « renseignements personnels » de son contenu en ce qui concerne les « antécédents professionnels ». Toutefois, le juge Létourneau statue finalement que l'al. 3j) autorise la communication de renseignements relatifs au poste qu'un individu occupe au moment de la demande ou qu'il a occupé antérieurement; ni l'objet ni le libellé de l'al. 3j) ou du sous-al. 3j)(i) n'exige une interprétation qui restreindrait leur application aux postes occupés par leur titulaire au moment de la demande. À son avis, « [l]e fait même qu'un individu exerce ou exerçait un emploi peut être révélé et, de fait, cela est essentiel pour un citoyen lorsqu'il s'agit de déterminer si sa demande de communication est adressée à l'autorité compétente et s'il vaut la peine de la poursuivre » (par. 21).

11 However, Létourneau J.A. did emphasize at para. 22 that “a request about a named individual’s position, especially in respect of the past positions held, has to be specific as to time, scope and place. It cannot be a fishing expedition about all or numerous positions occupied by an individual . . . over the span of his [or her] employment”. Therefore, a citizen could properly ask whether John Doe worked for the Department of Justice in 1994, what position he held, what the duties and responsibilities of that position were, and where he exercised his function. He could not, however, request information about John Doe’s positions in the government between 1980 and 1994.

12 Applying these principles to the request in the present case, Létourneau J.A. concluded that the demand, when assessed in its totality and in relation to its primary focus, was for specific individuals’ employment histories, and not information about a current or a specific past position. The Federal Court of Appeal thus dismissed the appeal with costs to the respondent.

IV. Issues

13 There are two issues to be decided in this appeal:

1. Does the information that the appellant has requested constitute “personal information” as defined in s. 3 of the *Privacy Act*?
2. If so, does the information fall within the exception set out in s. 3(j) of the *Privacy Act*?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

14 Before analysing the decision of the RCMP Commissioner, it is necessary to determine the appropriate standard of review. The central inquiry in determining the standard of review concerns

Toutefois, le juge Létourneau souligne, au par. 22, qu’une « demande se rapportant au poste d’un individu désigné, et en particulier aux postes que celui-ci a occupés par le passé, doit préciser la période, l’étendue et le lieu du poste en cause. On ne saurait chercher à l’aveuglette à connaître tous les postes ou les nombreux postes qu’un individu a occupés [. . .] au cours de sa période d’emploi ». En conséquence, un citoyen pourrait demander à bon droit si M. Untel a travaillé au ministère de la Justice en 1994, quel poste il occupait, quelles étaient les attributions de son poste et à quel endroit il exerçait ses fonctions. Cependant, il ne pourrait pas demander des renseignements au sujet des postes que M. Untel a occupés au gouvernement de 1980 à 1994.

Appliquant ces principes aux faits de l’espèce, le juge Létourneau conclut que la demande, lorsqu’elle est appréciée dans son ensemble et par rapport à son objectif primordial, se rapporte aux antécédents professionnels d’individus précis, plutôt qu’à un poste précis, actuel ou antérieur. La Cour d’appel fédérale rejette donc l’appel avec dépens en faveur de l’intimé.

IV. Les questions en litige

Deux questions se posent en l’espèce :

1. Les renseignements que l’appelant a demandés constituent-ils des « renseignements personnels » visés à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?
2. Dans l’affirmative, ces renseignements relèvent-ils de l’exception prévue à l’al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

Avant d’analyser la décision du commissaire de la GRC, il faut déterminer la norme de contrôle applicable. La détermination de la norme de contrôle applicable est centrée sur l’intention du

the intention of the legislature, the discerning of which requires the Court to apply the functional and pragmatic approach (*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982). This approach — the appropriateness of which has been repeatedly affirmed by this Court — requires the court to take four factors into account: the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing judge; the purpose of the legislation; and the nature of the question before the tribunal.

Applying this approach to the case at hand, it must be noted at the outset that the *Access Act* does not contain a privative clause. Rather, s. 41 provides a process by which a person who has been refused access to a record may apply to the Federal Court for a review of that decision. Section 42 provides a mechanism by which the Information Commissioner may apply to the court, with the consent of the applicant, for a review of that decision, and s. 49 provides that the Federal Court may order the head of the institution to disclose the record requested, “if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof” (emphasis added). It also is noteworthy that s. 2(1) indicates that it is a purpose of the *Access Act* to ensure that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government”. The absence of a privative clause is not determinative by itself (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748). However, that factor, in conjunction with the explicit provision for the court to review refusals, and the importance ascribed by the *Access Act* to independent review, are indicative of a Parliamentary intention that the court have broad powers of review.

législateur et, pour établir cette intention, la Cour doit appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle (*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982). Cette méthode, que la Cour a confirmée à maintes reprises, exige l'examen de quatre facteurs : l'existence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi; l'expertise du tribunal en comparaison de celle du juge siégeant en révision; l'objet de la loi; et la nature de la question soumise au tribunal.

Si l'on applique cette méthode en l'espèce, il faut souligner d'emblée que la *Loi sur l'accès à l'information* ne contient pas de clause privative. Au contraire, l'article 41 prévoit une procédure par laquelle une personne qui s'est vu refuser communication d'un document peut exercer un recours en révision devant la Cour fédérale pour contester ce refus. L'article 42 établit un mécanisme permettant au Commissaire à l'information d'exercer un recours en révision du refus, avec le consentement de l'auteur de la demande, et l'art. 49 autorise la Cour fédérale à ordonner au responsable de l'institution de communiquer le document demandé, « dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document » (je souligne). Il convient également de noter que, selon son par. 2(1), la *Loi sur l'accès à l'information* a notamment pour objet de garantir que « les décisions quant à la communication [soient] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif ». L'absence d'une clause privative n'est pas déterminante en soi (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748). Toutefois, ce facteur, en présence d'une disposition permettant expressément à la cour de contrôler les refus et compte tenu de l'importance que la *Loi sur l'accès à l'information* accorde à un recours indépendant, laisse croire que le législateur avait l'intention de conférer de vastes pouvoirs de contrôle à la cour.

16 Also indicative of the appropriate standard of review is the fact that the finding under review is the Commissioner of the RCMP's interpretation of the *Access Act* and the *Privacy Act*. Relative to a reviewing judge, the Commissioner has no expertise in statutory interpretation. This fact further invites the application of broad powers of review.

17 The purpose of the *Access Act* is set out in s. 2(1) in the following terms:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

In my opinion, this purpose is advanced by adopting a less deferential standard of review. Under the federal scheme, those responsible for answering access to information requests are agents of a government institution. This is unlike the situation under many provincial access to information statutes, where information requests are reviewed by an administrative tribunal independent from the executive (*Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71). A less deferential standard of review thus advances the stated objective that decisions on the disclosure of government information be reviewed independently of government. Further, those charged with responding to requests under the federal *Access Act* might be inclined to interpret the exceptions to information disclosure in a liberal manner so as to favour their institution (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254, at para. 30). As such, the exercise of broad powers of review would also advance the stated purpose of providing a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the

Un autre élément joue dans le choix de la norme de contrôle applicable, soit le fait que la demande de contrôle porte sur l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* par le commissaire de la GRC. Le commissaire n'a aucune expertise en matière d'interprétation législative en comparaison de celle du juge siégeant en révision. Il s'agit là d'un autre élément en faveur de l'application de larges pouvoirs de contrôle.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* énonce l'objet de la loi dans les termes suivants :

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Selon moi, l'adoption d'une norme de contrôle qui commande une moins grande retenue sert cet objectif. Sous le régime fédéral, les personnes chargées de répondre aux demandes de renseignements sont des représentants de l'institution fédérale en cause. Cette situation diffère donc de celle créée par de nombreuses lois provinciales sur l'accès à l'information qui prévoient l'examen des demandes de renseignements par un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif (*Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71). Une norme de contrôle qui comporte une moins grande retenue est donc conforme à l'objet déclaré de la loi, selon lequel les décisions quant à la communication de documents de l'administration fédérale doivent être susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Par ailleurs, les personnes chargées de répondre aux demandes de renseignements sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information* pourraient être portées à interpréter les exceptions à la communication d'une manière libérale qui favorise leur institution (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254, par. 30). À cet égard, l'exercice de pouvoirs de contrôle étendus concorderait avec

principle that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific.

Finally, the nature of the issue before the Court also militates in favour of providing broad powers of review. The dispute requires the RCMP Commissioner to interpret s. 3(j), and in particular, the statement that personal information does not include “information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual . . .”. Thus, the Commissioner is called upon to interpret the *Access Act* and the *Privacy Act*, taking into account the general principles underlying them. This is a question of law that does not turn on any finding of fact. It is also a question of a highly generalized nature, owing to the fact that the *Access Act* and the *Privacy Act* determine the disclosure obligations for each of the many institutions governed by the *Access Act*. These factors further indicate that courts ought not to be restrained in reviewing the Commissioner’s decisions.

Considering the factors discussed above, and particularly the nature of the issue before the RCMP Commissioner and the absence of a privative clause, I am of the view that Parliament did not intend to leave the interpretation of s. 3(j) to the RCMP Commissioner. In this context, deference to the RCMP Commissioner would be unjustified, and courts ought to review his decision on a standard of correctness. Such a conclusion is also consistent with this Court’s decision in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 107, where La Forest J. dissenting, but not on this point, described s. 49 of the *Access Act* as authorizing the court to substitute its opinion where the head of the government institution is not authorized to refuse disclosure:

l’objet déclaré de la loi, qui est de consacrer le principe du droit du public à la communication des documents de l’administration fédérale, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées.

Enfin, la nature de la question soulevée appelle elle aussi l’octroi de larges pouvoirs de contrôle. Le litige exige du commissaire de la GRC qu’il interprète l’al. 3j) et, en particulier, l’énoncé suivant lequel les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions . . . ». En conséquence, le commissaire doit interpréter la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, en tenant compte des principes généraux qui les sous-tendent. Il s’agit là d’une question de droit qui ne repose sur aucune question de fait. Il s’agit aussi d’une question de nature très générale, puisque la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* établissent les obligations imposées à chacune des nombreuses institutions régies par la *Loi sur l’accès à l’information* en ce qui a trait à la communication de renseignements. Ces facteurs portent eux aussi à croire que le pouvoir de contrôle des tribunaux à l’égard des décisions du commissaire ne devrait pas être restreint.

Compte tenu des facteurs analysés ci-dessus et, en particulier, de la nature de la question dont était saisi le commissaire de la GRC et de l’absence de clause privative, j’estime que le législateur n’avait pas l’intention de laisser l’interprétation de l’al. 3j) au commissaire de la GRC. Dans ce contexte, il serait injustifié de faire preuve de retenue à l’égard du commissaire de la GRC et les tribunaux devraient contrôler sa décision selon la norme de la décision correcte. Cette conclusion concorde également avec l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 107, où le juge La Forest, dissident, mais d’accord avec la majorité sur ce point, a décrit l’art. 49 de la *Loi sur l’accès à l’information* comme autorisant la cour à substituer son opinion à celle du responsable de l’institution fédérale concernée lorsque celui-ci n’est pas autorisé à refuser la communication :

It is clear that in making this determination, the reviewing court may substitute its opinion for that of the head of the government institution. The situation changes, however, once it is determined that the head of the institution is authorized to refuse disclosure. Section 19(1) of the *Access to Information Act* states that, subject to s. 19(2), the head of the institution shall refuse to disclose personal information. Section 49 of the *Access to Information Act*, then, only permits the court to overturn the decision of the head of the institution where that person is “not authorized” to withhold a record. Where, as in the present case, the requested record constitutes personal information, the head of the institution is authorized to refuse and the *de novo* review power set out in s. 49 is exhausted. [Emphasis in original.]

B. *General Interpretive Principles*

20

This is not the first time that this Court has been called upon to resolve a conflict between the *Access Act* and the *Privacy Act*. In *Dagg, supra*, this Court was similarly required to determine whether certain information requested was “personal information” as defined in the *Privacy Act*. More particularly, the Court had to determine whether copies of logs with the names, identification numbers and signatures of employees entering and leaving the workplace on weekends is information that “relates to the position or functions of the individual”, as defined in the exception set out in s. 3(j) of the *Privacy Act*.

21

The majority of the Court agreed with La Forest J., when he provided a detailed description of the interpretive principles applicable in a case of conflict between those two statutes. I will not repeat that analysis. However, I wish to recall the main principles that must guide courts in their application of the two enactments. First, it is clear that the *Privacy Act* and the *Access Act* have to be read jointly and that neither takes precedence over the other. The statement in s. 2 of the *Access Act* that exceptions to access should be “limited and specific” does not create a presumption in favour of access. Section 2 provides simply that the exceptions to access are

Il est clair que, dans cette décision, la cour qui procède à la révision peut substituer son opinion à celle du responsable de l’institution fédérale concernée. La situation est cependant différente une fois qu’on a jugé que le responsable de l’institution fédérale est autorisé à refuser la communication. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que, sous réserve du par. 19(2), le responsable de l’institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels. Il s’ensuit que l’art. 49 de la même loi n’autorise la cour à écarter la décision du responsable de l’institution fédérale que dans le cas où celui-ci n’est pas autorisé à refuser la communication d’un document. Dans les cas où, comme en l’espèce, le document demandé contient des renseignements personnels, le responsable de l’institution fédérale est autorisé à en refuser la communication, et le pouvoir de révision *de novo*, énoncé à l’art. 49, est épuisé. [Souligné dans l’original.]

B. *Principes généraux d’interprétation*

Ce n’est pas la première fois que la Cour est appelée à résoudre un conflit entre la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans *Dagg*, précité, la Cour devait, comme en l’espèce, déterminer si certains renseignements demandés constituaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La Cour devait, plus précisément, décider si des copies des feuilles sur lesquelles figuraient le nom, le numéro d’identification et la signature des employés qui étaient entrés au travail certaines fins de semaine constituent des renseignements « portant sur le poste ou les fonctions » d’un individu, au sens de l’exception établie par l’al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

La majorité de la Cour a souscrit à la description détaillée que le juge La Forest donne des principes d’interprétation applicables lorsque ces deux lois sont en conflit. Je ne les analyserai pas à nouveau. Je souhaite néanmoins rappeler les principes fondamentaux qui doivent guider les tribunaux dans leur application de ces deux textes législatifs. Premièrement, il est clair que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information* doivent être lues ensemble et qu’aucune ne doit l’emporter sur l’autre. L’article 2 de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que les exceptions au droit d’accès doivent être « précises et

limited and that it is incumbent on the federal institution to establish that the information falls within one of the exceptions (see also s. 48 of the *Access Act*).

Further, I note that s. 4(1) of the *Access Act* states that the right to government information is “[s]ubject to this Act”. Section 19(1) of the *Access Act* expressly prohibits the disclosure of a record that contains personal information “as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. Thus, s. 19(1) excludes “personal information”, as defined in the *Privacy Act*, from the general access rule. The *Access Act* and the *Privacy Act* are a seamless code with complementary provisions that can and should be interpreted harmoniously.

C. Does the Requested Document Contain “Personal Information”?

The *Access Act* provides a general right to access, subject to certain exceptions, such as that in s. 19(1), which prohibits the disclosure of a record that contains personal information “as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. As its name indicates, the *Privacy Act* protects the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by government institutions. By defining “personal information” as “information about an identifiable individual that is recorded in any form including . . .”, Parliament defined this concept broadly. In *Dagg, supra*, La Forest J. commented on the definition of “personal information” at paras. 68-69:

On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific

limitées », mais il n’établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication. L’article 2 précise simplement que les exceptions au droit d’accès sont limitées et qu’il incombe à l’institution fédérale d’établir que les renseignements demandés sont protégés par l’une des exceptions prévues (voir aussi l’art. 48 de la *Loi sur l’accès à l’information*).

En outre, je note que le par. 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* confère le droit d’accès aux documents de l’administration fédérale « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ». Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* interdit expressément la communication d’un document contenant des renseignements personnels « visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». Par conséquent, le par. 19(1) soustrait les « renseignements personnels », tels qu’ils sont définis dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, à la règle générale en matière d’accès. La *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* forment un code homogène dont les dispositions complémentaires peuvent et doivent être interprétées de façon harmonieuse.

C. Le document demandé contient-il des « renseignements personnels »?

La *Loi sur l’accès à l’information* crée un droit d’accès général, sous réserve de certaines exceptions, telle celle établie au par. 19(1), qui interdit la communication d’un document contenant des « renseignements personnels visés à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». Comme son nom l’indique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* protège les renseignements personnels relevant des institutions fédérales. En définissant les « renseignements personnels » comme « les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment . . . », le législateur a défini ce concept en termes larges. Dans *Dagg*, précité, le juge La Forest a commenté la définition des « renseignements personnels » dans les termes suivants, aux par. 68-69 :

Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des

22

23

examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, at p. 557, the language of this section is “deliberately broad” and “entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity”. Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions. [Emphasis in original.]

24

It seems fairly clear that the information sought regarding the four RCMP members is “information about an identifiable individual”, and therefore “personal information” within the meaning of s. 3. Indeed, this much was apparently agreed to by the parties. Generally, once it is determined that the information requested falls within the opening words of the definition of “personal information” in s. 3 of the *Privacy Act*, it is not necessary to consider whether it is also encompassed by one of the specific, non-exhaustive examples set out in paras. (a) to (i). However, considering that the dispute in this case concerns the relationship between “employment history” (which is protected as an example of “personal information” in s. 3(b)) and the exception to “personal information” set out in s. 3(j), it is essential to determine the meaning of “employment history”. I will then go on to consider whether the information in dispute is related to employment history.

25

In my view, there is no reason to limit the scope of the expression “employment history” to particular aspects of employment or to modify its usual meaning. Parliament referred broadly to “employment

exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l’administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu’il ne relève d’aucun des exemples donnés.

Comme l’a souligné le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, à la p. 557, la formulation de cet article est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l’identité des individus ». Elle semble destinée à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d’exceptions précises. [Souligné dans l’original.]

Il semble assez clair que les renseignements demandés concernant les quatre membres de la GRC constituent des renseignements « concernant un individu identifiable » et, partant, des « renseignements personnels » au sens de l’art. 3. En fait, les parties ont apparemment convenu, à tout le moins, que tel est le cas. Règle générale, lorsqu’il est établi que les renseignements demandés sont visés par la disposition liminaire de la définition de l’expression « renseignements personnels » énoncée à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il n’est pas nécessaire de se demander s’ils correspondent également à l’un des exemples non exhaustifs donnés expressément aux al. a) à i). Toutefois, étant donné que le litige en l’espèce porte sur le lien entre les « antécédents professionnels » (protégés puisque mentionnés comme un exemple de renseignements personnels à l’al. 3b)) et l’exception aux renseignements personnels établie à l’al. 3j), il est essentiel de déterminer quelle est la signification de l’expression « antécédents professionnels ». J’examinerai ensuite la question de savoir si les renseignements litigieux sont relatifs aux antécédents professionnels.

Selon moi, aucun motif ne justifie de limiter la portée de l’expression « antécédents professionnels » à des aspects particuliers de l’emploi, ni d’en modifier le sens usuel. Le législateur a

history” and did not qualify that expression. There is no evidence of an intent to limit its meaning. Further, the wording of s. 3(b) suggests that it has a broad scope. Indeed, the provision does not state that personal information includes “employment history” itself. Rather, it stipulates that it includes “information relating to . . . employment history” (emphasis added). *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990) defines the word “relate” at p. 1288 as “to bring into association with or connection with”. The wording of the French version of s. 3(b) is equally general: “*Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, . . . relatifs à . . . ses antécédents professionnels . . .*” (emphasis added). The *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2nd ed. 2001) defines “relatif” at p. 477 as “[q]ui concerne, qui se rapporte à”. Considering the wording of the provision, it would seem that the personal information referred to is that relating to employment history. In the absence of clear legislative intent to the contrary, the ordinary meaning of the legislative provision must prevail. The ordinary meaning of “employment history” includes not only the list of positions previously held, places of employment, tasks performed and so on, but also, for example, any personal evaluations an employee might have received during his career. Such a broad definition is also consistent with the meaning generally given to that expression in the workplace.

This definition of “employment history” is consistent with the objectives of the *Privacy Act*. Indeed, that statute has as its aim the protection of information relating to individual identity (as is necessary in a democratic country such as ours), subject to specific exceptions. Recently, in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, I wrote extensively on the importance of the right to privacy, characterizing the *Privacy Act* as quasi-constitutional. Parliament set out s. 3 of the *Privacy Act* in very broad language, and it is not for this Court to limit the scope of that section. This point was

mentionné les « antécédents professionnels » en termes généraux, sans qualifier cette expression. Il n’existe aucune preuve selon laquelle il aurait eu l’intention d’en restreindre la signification. De plus, le libellé de l’al. 3b) laisse entendre que cette disposition a une portée étendue. En effet, elle ne dit pas que les « renseignements personnels » s’entendent notamment des « antécédents professionnels » d’une personne, mais plutôt des « renseignements relatifs [. . .] à ses antécédents professionnels » (je souligne). Voici comment le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2^e éd. 2001) définit le terme « relatif », à la p. 477 : « Qui concerne, qui se rapporte à ». La version anglaise de l’al. 3b) est tout aussi générale : « *information about an identifiable individual that is recorded in any form [. . .] relating to [. . .] employment history* » (je souligne). Selon le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 1288, le mot « relate » signifie « *to bring into association with or connection with* ». Compte tenu du libellé de cette disposition, il semblerait que les renseignements personnels visés sont ceux relatifs aux antécédents professionnels. En l’absence d’une intention claire du législateur qu’il en soit autrement, le sens ordinaire de la disposition législative doit prévaloir. Le sens ordinaire de l’expression « antécédents professionnels » englobe non seulement la liste des postes occupés précédemment, le lieu de travail, les tâches exécutées, etc., mais aussi, par exemple, toutes les évaluations personnelles d’un employé effectuées au cours de sa carrière. Une définition aussi large est aussi compatible avec la signification habituellement attribuée à cette expression en milieu de travail.

Cette définition de l’expression « antécédents professionnels » est en accord avec les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En effet, cette loi a pour objet de protéger les renseignements relatifs à l’identité d’une personne (ce qui est essentiel dans un pays démocratique comme le nôtre), sous réserve d’exceptions précises. Récemment, dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, j’ai insisté sur l’importance du droit à la protection de la vie privée, en qualifiant la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de loi quasi constitutionnelle. Le législateur a énoncé

recognized by this Court in *Dagg, supra*, at paras. 68 and 69. In the case at bar, there is no doubt that the requested information relates to “employment history” within the meaning of s. 3(b) of the *Privacy Act*. Indeed, the information requested — a chronological list of the members’ postings, their years of service, and their anniversary dates of service — is exactly the type of information that a reasonable person in a working environment would likely characterize as “employment history”. In fact, the parties agree to such a characterization. As such, the information falls within the scope of s. 3(b).

D. *Is the Requested Information Excluded from the Definition of “Personal Information” by Virtue of Section 3(j) of the Privacy Act?*

27

The appellant submits that even if the information he requested is *prima facie* “personal information”, it falls under the exemption provided in s. 3(j) of the *Privacy Act*. That provision states:

3. . . .

“personal information” . . .

. . . does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

- (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
- (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
- (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
- (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en termes très généraux et il n’appartient pas à la Cour d’en limiter la portée. La Cour l’a reconnu dans *Dagg*, précité, par. 68-69. En l’espèce, il ne fait aucun doute que les renseignements demandés sont relatifs aux « antécédents professionnels » au sens de l’al. 3b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En effet, les renseignements demandés — une liste chronologique des affectations des membres de la GRC, leurs années de service et la date anniversaire de leur entrée en service — correspondent exactement au genre de renseignements qu’une personne raisonnable dans un milieu de travail qualifierait vraisemblablement d’« antécédents professionnels ». En fait, les parties sont d’accord pour les qualifier ainsi. Ces renseignements sont donc visés par l’al. 3b).

D. *Les renseignements demandés sont-ils exclus de la définition des « renseignements personnels » par application de l’al. 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels?*

L’appelant soutient que même si les renseignements qu’il a demandés constituent à première vue des « renseignements personnels », ils sont visés par l’exception prévue à l’al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Voici cette disposition :

3. . . .

« renseignements personnels » . . .

. . . ne comprennent pas les renseignements concernant :

(j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

- (i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution,
- (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
- (iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,
- (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi,

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment.

Specifically, the appellant contends that the information requested pertains to the RCMP members' positions, and therefore falls within the general opening words of para. (j) which, according to him, is not limited to current employment. In his view, this subsection is retroactive in its application to information that relates to the past positions or functions of a federal officer or employee.

1. The Retroactive Nature of Section 3(j)

Cullen J. declined to extend the scope of s. 3(j) to past postings of the RCMP members. According to him, if this section were to be given a retrospective bearing, "there would be little left to contemplate in private and little meaning to the protection of employment history given by s. 3(b)" (para. 24).

With respect, I see no reason to impose a time restriction on the scope of s. 3(j). First, the wording itself makes reference to "information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution . . ." (emphasis added). It therefore invokes a certain retroactivity. As well, s. 3(j)(i) mentions expressly that personal information does not include "the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution" (emphasis added). Furthermore, I note that the examples given in this section are not exhaustive and do not reduce the general scope of the introductory phrase. Parliament has clearly expressed its intention that the introductory phrase keep its wide and general meaning by providing only non-exhaustive examples. It uses the expression "including" or "*notamment*" in the French version. I had the opportunity in *Lavigne, supra*, to express the following comments regarding the meaning of that expression in the context of the application of the *Privacy Act*, at para. 53:

Parliament made it plain that s. 22(1)(b) retains its broad and general meaning by providing a non-exhaustive list of examples. It uses the word "*notamment*", in the French version, to make it plain that the

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi.

L'appelant soutient plus précisément que les renseignements demandés touchent les postes des membres de la GRC et qu'ils sont par conséquent visés par la disposition introductive de l'al. j) qui, selon lui, ne se limite pas au poste actuel. À son avis, cet alinéa s'applique rétroactivement aux renseignements relatifs aux fonctions ou postes antérieurs d'un cadre ou employé de l'administration fédérale.

1. Le caractère rétroactif de l'al. 3j)

Le juge Cullen a refusé d'étendre la portée de l'al. 3j) aux affectations antérieures des membres de la GRC. Il estimait que, si on attribuait un effet rétroactif à cet alinéa, « il ne resterait que peu de matières privées et peu de sens à la protection des antécédents professionnels conférée par l'alinéa 3b) » (par. 24).

Avec égards, je ne vois pas pourquoi il faudrait restreindre la portée temporelle de l'al. 3j). Premièrement, le libellé même de cette disposition renvoie aux renseignements concernant « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale . . . » (je souligne). Il emporte donc une certaine rétroactivité. De même, le sous-al. 3j)(i) mentionne expressément que les renseignements personnels ne comprennent pas ceux concernant « le fait même qu'[un individu] est ou a été employé par l'institution » (je souligne). Rappelons en outre que les exemples énumérés dans ce paragraphe ne sont pas exhaustifs et ne restreignent pas la portée générale de la disposition introductive. Le législateur a clairement exprimé son intention que la disposition introductive conserve son sens large et général en ne donnant que des exemples non exhaustifs. Il a utilisé les termes « notamment », ou « *including* » dans la version anglaise. Dans *Lavigne*, précité, par. 53, j'ai eu l'occasion de faire les remarques suivantes sur la signification de cette expression dans le contexte de l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

Le législateur prend soin de préciser que l'al. 22(1)(b) conserve son sens large et général par l'énumération non limitative d'exemples. Il utilise le mot « notamment » afin de préciser que les exemples donnés ne sont

28

29

examples given are listed only for clarification, and do not operate to restrict the general scope of the introductory phrase. The English version of the provision is also plain. Parliament introduces the list of examples with the expression “without restricting the generality of the foregoing”. This Court has had occasion in the past to examine the interpretation of the expression “without restricting the generality of the foregoing” in similar circumstances: in *Dagg, supra*, at para. 68, La Forest J. analyzed s. 3 of the *Privacy Act*, the wording of which resembles the wording of s. 22(1)(b) of that Act:

In its opening paragraph, the provision states that “personal information” means “information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing”. On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91.

Thus, the list of examples provided in s. 3(j) is not exhaustive, and certainly does not limit the application of the introductory paragraph to the current position held by an employee or to the last position occupied by an employee now retired. The purpose of s. 3(j) is to ensure that the state and its agents are held accountable to the general public. Given the lack of any indication that Parliament intended to incorporate such a limitation into the legislation, the fact that a public servant has been promoted or has retired should not affect the extent to which she or he is held accountable for past conduct.

30 Finally, I note that some might be tempted to view use of the word “position” in the singular in s. 3(j) as an indication of Parliamentary intent to limit the scope of s. 3(j) to the position currently held by an employee. Like Cullen J., I am of the opinion that this word should be understood as including the plural. It would be absurd for instance that a person requesting information could only obtain information about a single position where a federal

énumérés qu’à titre indicatif et n’ont pas pour effet de limiter la portée générale de la phrase introductive. La version anglaise de cette disposition est aussi explicite. Le législateur introduit l’énumération d’exemples par l’expression « *without restricting the generality of the foregoing* ». Notre Cour a déjà eu à examiner l’interprétation du mot « notamment » dans des circonstances similaires. En effet, dans l’affaire *Dagg*, précitée, par. 68, le juge La Forest a analysé l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dont la phraséologie ressemble à celle de l’al. 22(1)(b) de cette même loi :

La disposition liminaire de cet article définit l’expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291.

Ainsi, la liste d’exemples figurant à l’al. 3j) n’est pas exhaustive et ne limite certainement pas l’application de la disposition introductive au poste actuel d’un employé ou au dernier poste d’un employé maintenant à la retraite. L’alinéa 3j) a pour objet de garantir que l’État et ses représentants répondront de leurs actes devant l’ensemble de la population. Compte tenu de l’absence de toute indication selon laquelle le législateur avait l’intention d’inclure pareille restriction dans la loi, le fait qu’un fonctionnaire a reçu une promotion ou a pris sa retraite ne devrait pas avoir d’incidence sur l’étendue de son obligation de rendre compte de sa conduite passée.

Enfin, je reconnais que certains pourraient être tentés de considérer l’utilisation du terme « poste » au singulier à l’al. 3j) comme une indication de l’intention du législateur de limiter la portée de l’al. 3j) au poste actuel d’un employé. À l’instar du juge Cullen, je crois que ce terme doit être interprété comme comprenant le pluriel. Il serait absurde, par exemple, qu’une personne qui demande des renseignements ne puisse obtenir des renseignements qu’à

employee holds two positions simultaneously. There is nothing to justify an interpretation that would lead to such a result. Thus, the word "position" as it appears in s. 3(j) should be read as applicable to multiple positions. Information that would have been available at the time that the individual held a certain position or exercised certain functions remains available subsequent to that individual's promotion or retirement.

The Federal Court of Appeal agreed that s. 3(j) applies equally to past and current positions. However, the court added that a request about a named individual's position, especially in respect of past positions held, has to be specific as to time, scope and place. Létourneau J.A. explained that it cannot be a "fishing expedition" about all or numerous positions occupied by an individual over the span of his or her employment, because this would empty the meaning of s. 3(b), which prevents access to "employment history".

With respect, I view this interpretation as unnecessarily restrictive and without sufficient legal foundation. The Court of Appeal's approach fails to recognize that it is the nature of the information itself that is relevant — not the purpose or nature of the request. The *Privacy Act* defines "personal information" without regard to the intention of the person requesting the information. Similarly, s. 4(1) of the *Access Act* provides that every Canadian citizen and permanent resident "has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution". This right is not qualified; the *Access Act* does not confer on the heads of government institutions the power to take into account the identity of the applicant or the purposes underlying a request. In short, it is not open to the RCMP Commissioner to refuse disclosure on the grounds that disclosing the information, in this instance, will not promote accountability; the *Access Act* makes this information equally available to each member of the public because it is thought that the availability of such information, as a

l'égard d'un seul poste dans le cas où un employé de l'administration fédérale occupe deux postes simultanément. Rien ne justifie une interprétation qui mènerait à ce résultat. Par conséquent, le terme « poste » figurant à l'al. 3j) doit être interprété comme applicable à plusieurs postes. Les renseignements qui auraient été accessibles au moment où la personne occupait un poste donné ou exerçait certaines fonctions demeurent accessibles après qu'elle a été promue ou qu'elle a pris sa retraite.

La Cour d'appel fédérale était d'accord pour dire que l'al. 3j) s'applique tant aux postes antérieurs qu'au poste actuel. La cour a néanmoins ajouté qu'une demande de renseignements se rapportant au poste d'un individu déterminé, plus particulièrement aux postes qu'il a occupés antérieurement, doit préciser la période, l'étendue et le lieu du poste en cause. Le juge Létourneau de la Cour d'appel a expliqué qu'on ne saurait « chercher à l'aveuglette » à connaître tous les postes ou les nombreux postes qu'un individu a occupés au cours de sa période d'emploi, parce qu'on viderait ainsi de son sens l'al. 3b), qui interdit l'accès aux « antécédents professionnels ».

À mon humble avis, cette interprétation est inutilement restrictive et n'est pas fondée en droit. Le raisonnement de la Cour d'appel ne reconnaît pas que c'est la nature des renseignements mêmes qui est pertinente, et non l'objet ou la nature de la demande. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* définit l'expression « renseignements personnels » sans égard à l'intention de l'auteur de la demande de renseignements. De même, le par. 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* reconnaît que tous les citoyens canadiens et résidents permanents « ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande ». Ce droit n'est assorti d'aucune réserve; la *Loi sur l'accès à l'information* ne confère pas aux responsables des institutions fédérales le pouvoir de prendre en compte l'identité de l'auteur de la demande ni le but qu'il vise. Bref, le commissaire de la GRC n'est pas autorisé à refuser de communiquer des renseignements parce que leur divulgation, en l'occurrence, ne favorisera en rien l'exécution de l'obligation de rendre compte; la *Loi*

general matter, is necessary to ensure the accountability of the state and to promote the capacity of the citizenry to participate in decision-making processes. The interpretation suggested by the Court of Appeal leads to the curious result that whether requested information related to past positions held by a federal employee is considered to be “personal information” will depend on the precision with which the request is made. Take for instance the situation where an individual wants to know if Mr. X was an employee between 1990 and 1996 and formulates a request in broad terms. If we apply the test suggested by the Court of Appeal, the request will likely be refused. However, if another individual wants the same information about Mr. X, and divides his request into three separate requests spread out over several months, he will likely succeed in obtaining the information. The Court of Appeal recognized at para. 22 the difficulties of applying such a test:

Therefore, for example, a citizen could properly ask whether John Doe worked for the Department of Justice in 1994, what position he held at that time, the duties and responsibilities of that position and where he exercised his functions. But he could not, without being properly opposed paragraph 3(b), request information about John Doe’s positions in the government between 1980 and 1994. Of course, between these two clear extremes there is a wide variety of requests about a named individual’s position which may be more or less specific and which would have to be addressed on their own merits in order to determine whether they fall into the principle of non disclosure or the exception. [Emphasis added.]

33

In my opinion, it is impossible to justify an approach that results in two people requesting the same information from the same federal institution obtaining different responses. Such an interpretation leads to an inequitable result and is incompatible with the objectives of the *Privacy Act*. The *Privacy Act* defines “personal information” in a permanent

sur l’accès à l’information accordée à tout membre du public un accès égal à ces renseignements parce que la possibilité d’en obtenir la communication est considérée nécessaire en règle générale pour obliger l’État à rendre compte de ses actes et permettre aux citoyens de participer davantage aux processus décisionnels. L’interprétation proposée par la Cour d’appel produit un effet insolite : c’est la précision dont fait preuve l’auteur de la demande qui détermine si les renseignements demandés relativement aux postes occupés antérieurement par un employé de l’administration fédérale sont considérés ou non comme des « renseignements personnels ». Supposons par exemple qu’une personne veuille savoir si M. Untel était un employé entre 1990 et 1996 et présente une demande de renseignements formulée en termes larges. Si l’on applique le test proposé par la Cour d’appel, elle se verra vraisemblablement opposer un refus. Par contre, si une autre personne désire obtenir les mêmes renseignements concernant M. Untel et divise sa demande en trois demandes de renseignements distinctes échelonnées sur plusieurs mois, il est probable qu’elle réussira à les obtenir. La Cour d’appel a reconnu, au par. 22, que l’application d’un tel test soulève des difficultés :

Par conséquent, un citoyen pourrait par exemple demander à bon droit si M. Untel a travaillé au ministère de la Justice en 1994, quel poste il occupait à ce moment-là, quelles étaient les attributions du poste et à quel endroit les fonctions étaient exercées. Cependant, il ne pourrait pas, sans qu’on lui oppose avec raison l’exception prévue à l’alinéa 3b), demander des renseignements au sujet des postes que M. Untel a occupés au sein du gouvernement de 1980 à 1994. Bien sûr, entre ces deux extrêmes, il y a une vaste gamme de demandes se rapportant au poste occupé par un individu désigné qui peuvent être plus ou moins précises et qu’il faudrait apprécier selon les faits qui leur sont propres afin de déterminer si elles sont visées par le principe de la non-communication ou par l’exception. [Je souligne.]

À mon avis, une approche permettant que deux personnes demandant les mêmes renseignements à la même institution fédérale reçoivent une réponse différente ne peut se justifier. Pareille interprétation mène à un résultat inequitable et est incompatible avec les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Celle-ci définit les

manner. A particular class of information either is or is not personal information. The purpose or motive of the request is wholly irrelevant. The strategy used by the person filing a request cannot modify the nature of the requested information.

By way of explanation of his approach, Létourneau J.A. for the Court of Appeal stated that he did not want to adopt an interpretation “which, in the end, will or is likely to empty the definition of ‘personal information’ of its contents with respect to ‘employment history’” (para. 20). While this is a valid concern, an interpretation of s. 3(j) that includes past positions without regard to the formulation of the request does not empty the definition of “employment history”. Section 3(j) applies only to an “individual who is or was an officer or employee of a government institution”, and only for the purposes of ss. 7, 8 and 26 and s. 19 of the *Access Act*. In contrast, s. 3(b) is of general application. Parliament has therefore chosen to give less protection to the privacy of federal employees when the information requested relates to their position or functions. It follows that if a federal institution has in its possession the employment history of an individual who has never worked for the federal government, that information remains confidential, whereas federal employees will see the information relating to their position and functions released. Section 3(b) therefore has a wider scope, as it applies to every “identifiable individual”, and not just individuals who are or were officers or employees of a government institution.

Further, only information relating to the position or functions of the concerned federal employee or falling within one of the examples given is excluded from the definition of “personal information”. A considerable amount of information that qualifies as “employment history” remains inaccessible, such as the evaluations and performance reviews of a

« renseignements personnels » de façon permanente. Ou bien les renseignements appartenant à une catégorie sont des renseignements personnels, ou bien ils n’en sont pas. Le but ou le motif de la demande de renseignements ne sont absolument pas pertinents. La stratégie utilisée par la personne qui dépose la demande de renseignements ne peut modifier la nature des renseignements demandés.

Pour expliquer sa démarche, le juge Létourneau au nom de la Cour d’appel affirme ne pas avoir voulu retenir une interprétation qui « en fin de compte aura pour effet ou est susceptible d’avoir pour effet de vider la définition de “renseignements personnels” de son contenu en ce qui concerne les “antécédents professionnels” » (par. 20). Cette préoccupation est légitime, mais une interprétation de l’al. 3j) qui inclut les postes antérieurs sans égard à la formulation de la demande de renseignements ne vide pas de son contenu la définition des « antécédents professionnels ». L’alinéa 3j) ne s’applique qu’à « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale » et uniquement pour l’application des art. 7, 8 et 26, et de l’art. 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*. Par contre, l’al. 3b) est une disposition d’application générale. Le législateur a donc choisi de ne pas protéger autant la vie privée des fonctionnaires de l’administration fédérale lorsque les renseignements demandés portent sur leur poste ou leurs fonctions. En conséquence, si une institution fédérale a en sa possession les antécédents professionnels d’une personne qui n’a jamais travaillé pour l’administration fédérale, ces renseignements demeurent confidentiels, alors que les renseignements portant sur le poste et les fonctions des employés de l’administration fédérale seront communiqués. L’alinéa 3b) a donc une portée plus large, car il s’applique à tout « individu identifiable », plutôt qu’exclusivement aux cadres et employés actuels ou anciens d’une institution fédérale.

Par ailleurs, seuls les renseignements portant sur le poste ou les fonctions de l’employé visé de l’administration fédérale ou correspondant à l’un des exemples donnés sont exclus de la définition des « renseignements personnels ». De très nombreux renseignements pouvant être considérés comme des « antécédents professionnels » demeurent

federal employee, and notes taken during an interview. Indeed, those evaluations are not information about an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual, but are linked instead to the competence of the employee to fulfil his task. Clearly, there are aspects of employment history that are not related to functions or past positions. Therefore, to accept that s. 3(j) authorizes the communication of information that relates to both current and past positions and functions of federal officers and employees, without regard to the formulation of the request, does not empty the definition of “employment history” of meaning.

2. The Applicable Test for Section 3(j) of the Privacy Act

36

The appellant submits that this Court has developed a test for the application of s. 3(j) that distinguishes between subjective and objective information. He explains that test in the following terms:

Any subjective or evaluative information about a public official’s employment history will fall within paragraph 3(b). However, where the information requested is objective or factual in nature, the Court in *Dagg* found that the information falls within the exception set out in paragraph 3(j) and, hence, does not qualify for exemption under subsection 19(1) of the *Access to Information Act*. [Emphasis added.]

He bases his interpretation on the following statement by Cory J. in *Dagg, supra*, at para. 12:

In my view, there is neither a subjective aspect nor an element of evaluation contained in a record of an individual’s presence at the workplace beyond normal working hours. Rather, that record discloses information generic to the position itself.

The appellant thus submits that the RCMP Commissioner ought to disclose the information sought to the Information Commissioner, because

inaccessibles. C’est le cas notamment des examens et évaluations du rendement d’un employé de l’administration fédérale, ainsi que des notes prises pendant une entrevue. En effet, ces évaluations ne constituent pas des renseignements concernant un cadre ou employé d’une institution fédérale qui portent sur son poste ou ses fonctions, mais touchent plutôt sa compétence quant à l’accomplissement de sa tâche. Il est clair qu’il existe des aspects des antécédents professionnels qui ne portent pas sur les fonctions et postes antérieurs. Par conséquent, le fait de reconnaître que l’al. 3j) autorise la communication de renseignements portant sur les postes et fonctions non seulement actuels, mais aussi antérieurs, des cadres et employés de l’administration fédérale, sans égard à la formulation de la demande de renseignements, ne vide pas de son sens la définition des « antécédents professionnels ».

2. Le test à retenir pour l’application de l’al. 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels

L’appelant soutient que la Cour a élaboré, pour l’application de l’al. 3j), un test qui fait une distinction entre les renseignements subjectifs et les renseignements objectifs. Voici comment il explique ce test :

[TRADUCTION] Tout renseignement subjectif ou comportant un élément d’évaluation concernant les antécédents professionnels d’un fonctionnaire relève de l’alinéa 3b). Toutefois, dans le cas où les renseignements demandés sont de nature objective ou factuelle, la Cour a conclu, dans *Dagg*, que ces renseignements font exception par application de l’al. 3j) et ne sont donc pas exemptés de communication en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*. [Je souligne.]

Il fonde cette interprétation sur les propos suivants tenus par le juge Cory dans *Dagg*, précité, par. 12 :

À mon avis, il n’y a aucun aspect subjectif ni aucun élément d’évaluation dans une feuille de présences d’une personne au lieu de travail en dehors des heures normales de travail. Cette feuille donne plutôt des renseignements génériques sur le poste lui-même.

L’appelant fait donc valoir que le commissaire de la GRC était tenu de communiquer les renseignements demandés au Commissaire à l’information, parce

it is objective and factual information that relates to the RCMP members' positions or functions. I cannot agree that this is the proper basis for requiring the RCMP to disclose the information in question.

In my opinion, the appellant has mischaracterized this Court's reasons in *Dagg*. *Dagg* does not stand for the proposition that objective and factual information that relates to the position or functions of the individual is to be provided to the public, while subjective or evaluative information that relates to the position or functions of the individuals is protected by the *Privacy Act*. Indeed, such an interpretation is contrary to this Court's reasons in *Dagg*. As the passage quoted above indicates, the reason that the names and identification numbers on the sign-in logs were disclosed is not because the information contained therein was objective and factual, but because the Court regarded it as "information 'that relates to' the position or function of the individual, and thus falls under the opening words of s. 3(j)" (*Dagg, supra*, at para. 8).

As I explained above, the examples mentioned in s. 3(j) are not exhaustive. However, s. 3(j) does have a specified scope, as the information must be related to the position or functions held by a federal employee. For instance, in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), Jerome A.C.J. held that certain opinions expressed about the training, personality, experience or competence of individual employees did not fall under s. 3(j). Such information is not a direct function of the individual's position — rather, it concerns the competence and characteristics of the employee. Section 3(j) should apply only when the information requested is sufficiently related to the general characteristics associated with the position or functions held by an officer or employee of a federal institution. As La Forest J. explained in *Dagg, supra*, at para. 95:

qu'il s'agit de renseignements de nature objective et factuelle portant sur les postes et fonctions de membres de la GRC. Je ne puis retenir sa prétention que c'est là le fondement sur lequel il faut s'appuyer pour obliger la GRC à communiquer les renseignements en cause.

À mon avis, l'appelant fait erreur en caractérisant ainsi les motifs prononcés par la Cour dans *Dagg*. Cet arrêt n'appuie pas l'hypothèse selon laquelle les renseignements portant sur le poste ou les fonctions d'un individu doivent être dévoilés au public s'ils sont de nature objective et factuelle, alors qu'ils sont protégés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'ils comportent un élément subjectif ou d'évaluation. En fait, une telle interprétation est contraire aux motifs énoncés par la Cour dans *Dagg*. Comme l'indique l'extrait cité plus haut, si les noms et numéros d'identification figurant sur les feuilles de présences ont été communiqués, ce n'est pas parce que les éléments figurant sur ces feuilles étaient de nature objective et factuelle, mais parce que la Cour a jugé qu'ils étaient un « renseignement "portant sur" le poste ou les fonctions de l'intéressé, et [qui] relève donc de la disposition liminaire de l'al. 3j) » (*Dagg, précité*, par. 8).

Comme je l'ai déjà expliqué, les exemples donnés à l'al. 3j) ne sont pas exhaustifs. Cet alinéa a néanmoins une portée déterminée, car les renseignements doivent porter sur le poste ou les fonctions d'un employé de l'administration fédérale. Par exemple, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), le juge en chef adjoint Jerome a statué que certaines opinions exprimées au sujet de la formation, de la personnalité, de l'expérience ou de la compétence de certains employés ne relevaient pas de l'al. 3j). Ces renseignements ne sont pas liés directement au poste de l'individu, mais touchent plutôt la compétence et les caractéristiques de l'employé. L'alinéa 3j) ne doit s'appliquer que lorsque les renseignements demandés ont un lien suffisant avec les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d'un cadre ou employé d'une institution fédérale. Le juge La Forest a donné l'explication suivante dans *Dagg, précité*, par. 95 :

37

38

Generally speaking, information relating to the position, function or responsibilities of an individual will consist of the kind of information disclosed in a job description. It will comprise the terms and conditions associated with a particular position, including such information as qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range.

Obviously, a request that relates to the past or present position of a federal employee is necessarily about an individual. Given that “personal information” is defined in s. 3 of the *Privacy Act* as information “about an identifiable individual”, and given that s. 3(j) is, after all, an exception to the manner in which “personal information” generally is treated, it follows that s. 3(j) must contemplate information about an individual. In my opinion, it is both artificial and unhelpful to attempt to distinguish between “information about the person” and “information about the position or functions”. Section 3(j) applies when the information — which is always linked to an individual — is directly related to the general characteristics associated with the position or functions held by an employee, without the objective or subjective nature of that information being determinative.

En général, les renseignements concernant le poste, les fonctions ou les attributions d’une personne sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail. Ils comprennent les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l’échelle de traitement.

De toute évidence, une demande de renseignements qui porte sur les postes actuel ou antérieurs d’un employé de l’administration fédérale concerne nécessairement l’individu. Étant donné que les « renseignements personnels » sont définis à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* comme des renseignements « concernant un individu identifiable » et que l’al. 3j) établit en définitive une exception à la manière de traiter habituellement les « renseignements personnels », l’al. 3j) doit viser des renseignements concernant un individu. Selon moi, il est à la fois artificiel et vain d’essayer de faire une distinction entre les renseignements « concernant un individu » et les renseignements « portant sur son poste ou ses fonctions ». L’alinéa 3j) s’applique lorsque les renseignements — toujours liés à un individu — portent directement sur les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d’un employé, sans que la nature objective ou subjective de ces renseignements soit déterminante.

39

In my opinion, (1) the list of the RCMP members’ historical postings, their status and date; (2) the list of ranks, and the dates they achieved those ranks; (3) their years of service; and (4) their anniversary dates of service, are all elements that relate to the general characteristics associated with the position or functions of an RCMP member. They do not reveal anything about their competence or divulge any personal opinion given outside the course of employment — rather, they provide information relevant to understanding the functions they perform. Put another way, the aspects of employment described above shed light on the general attributes of the position and functions of an RCMP member.

J’estime que (1) la liste des affectations antérieures des membres de la GRC, leur statut et les dates y afférentes; (2) la liste de leurs grades et les dates auxquelles ils les ont obtenus; (3) leurs années de service et (4) la date anniversaire de leur entrée en service sont tous des éléments portant sur les caractéristiques générales rattachées au poste ou aux fonctions d’un membre de la GRC. Ils ne révèlent rien sur leur compétence et ni aucune opinion personnelle qu’ils auraient exprimée autrement qu’au cours de leur emploi — ils donnent plutôt des renseignements pertinents pour comprendre les fonctions qu’ils exercent. En d’autres termes, les aspects de l’emploi décrits plus haut permettent de mieux saisir les attributs généraux du poste et des fonctions d’un membre de la GRC.

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments below, and order the RCMP Commissioner to disclose to the appellant the following information with respect to the four RCMP officers, Robert Shedden, Kenneth Craig, Bob Zimmerman and Larry Ronald Wendell:

- (1) the list of historical postings, their status and date;
- (2) the list of ranks, and the dates they achieved those ranks;
- (3) their years of service; and
- (4) their anniversary date of service.

Costs are awarded to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les jugements des instances inférieures et d'ordonner au Commissaire de la GRC de communiquer à l'appellant les renseignements suivants au sujet des quatre agents de la GRC, Robert Shedden, Kenneth Craig, Bob Zimmerman et Larry Ronald Wendell :

- (1) la liste de leurs affectations antérieures, leur statut et les dates y afférentes;
- (2) la liste de leurs grades et les dates auxquelles ils les ont obtenus;
- (3) leurs années de service;
- (4) la date anniversaire de leur entrée en service.

L'appellant a droit à ses dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant : Commissariat à l'information du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

40

41

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Joe Markevich *Respondent*

and

Teck Cominco Metals Ltd. *Intervener*

INDEXED AS: MARKEVICH v. CANADA

Neutral citation: 2003 SCC 9.

File No.: 28717.

2002: December 4; 2003: March 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Collection — Limitation of actions — Taxpayer failing to pay federal and provincial taxes for 1980 to 1985 taxation years as assessed by Revenue Canada in 1986 — Revenue Canada taking no collection action until 1998 — Whether federal and provincial limitation periods bar Revenue Canada from collecting taxpayer's federal and provincial tax debts — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5).

Crown — Liability — Prescription and limitation — Collection of federal tax debt — Whether term “proceedings” in federal limitation provision encompasses collection procedures available under Income Tax Act — Whether cause of action arose “otherwise than in a province” — Whether Income Tax Act complete code excluding application of federal limitation period to collection procedures — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32.

Limitation of actions — Collection of provincial tax debt — Definition of action — Whether phrase “self help

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Joe Markevich *Intimé*

et

Teck Cominco Metals Ltd. *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : MARKEVICH c. CANADA

Référence neutre : 2003 CSC 9.

N^o du greffe : 28717.

2002 : 4 décembre; 2003 : 6 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Recouvrement — Prescription — Contribuable ayant omis de payer des impôts fédéral et provincial pour les années d'imposition 1980 à 1985 selon les cotisations établies par Revenu Canada en 1986 — Aucune mesure de recouvrement de la part de Revenu Canada jusqu'en 1998 — Est-ce que les délais de prescription fédéral et provincial empêchent Revenu Canada de recouvrer auprès du contribuable des créances fiscales fédérales et provinciales? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).

Couronne — Responsabilité civile — Prescription — Recouvrement de créances fiscales fédérales — Est-ce que le terme « poursuites » dans la disposition fédérale sur la prescription englobe les mesures de recouvrement prévues dans la Loi de l'impôt sur le revenu? — Est-ce que le fait générateur est survenu « ailleurs que dans une province »? — Est-ce que la Loi de l'impôt sur le revenu est un code complet qui exclut l'application du délai de prescription fédéral aux mesures de recouvrement? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32.

Prescription — Recouvrement de créances fiscales provinciales — Définition du mot « action » —

remedy” in definition of “action” in provincial limitation legislation encompasses collection procedures available under provincial Income Tax Act — *Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5)*.

In 1986, the respondent, a resident of British Columbia, received a Notice of Assessment from the Minister of National Revenue that indicated a federal and provincial tax liability of \$234,136 arising from a series of assessments and unpaid taxes in respect of his 1980 to 1985 taxation years. The respondent did not challenge this assessment, and paid nothing on the outstanding amount. From 1987 to 1998, Revenue Canada made no effort to collect the debt, and statements issued to the respondent during that period did not reflect the 1986 balance. In 1998, Revenue Canada sent a statement of account to the respondent that indicated a balance of \$770,583, which included the amount owing as of 1986 and accrued interest. The respondent applied to the Federal Court, Trial Division, for judicial review of the 1998 claim, and sought a declaration that the Crown was prohibited from taking any steps to collect his tax debts for 1990 and prior years. The motions judge dismissed the application. The Federal Court of Appeal set aside that decision and held that the Crown was, pursuant to s. 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* (“CLPA”) and s. 3(5) of the *B.C. Limitation Act*, statute-barred from collecting the respondent’s federal and provincial tax debt.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The six-year limitation period prescribed by s. 32 of the *CLPA* bars the Crown from collecting the respondent’s federal tax debt. First, as a law of general application, s. 32 presumptively applies on a residual basis to all Crown proceedings. The breadth of the provision’s application can be narrowed only by an Act of Parliament that has “otherwise provided”, either expressly or impliedly, for limitation periods. The *Income Tax Act* (“ITA”) does not provide for limitation periods within its collection provisions, and the legislative silence with regard to prescription in these provisions, interpreted in conjunction with the express language used in the *ITA*’s assessment provisions, supports the finding that Parliament intended that limitation provisions of general application apply to the Minister’s collection of tax debts. A purposive interpretation of the *ITA* confirms this conclusion. Furthermore, the

L’expression « voie de droit extrajudiciaire » dans la définition du mot « action » de la loi provinciale sur la prescription englobe-t-elle les mesures de recouvrement prévues par la loi provinciale de l’impôt sur le revenu? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).

En 1986, l’intimé, qui résidait en Colombie-Britannique, a reçu un avis de cotisation du ministre du Revenu national indiquant qu’il devait 234 136 \$ en impôts fédéral et provincial par suite de cotisations et d’impôts non payés pour les années d’imposition 1980 à 1985. L’intimé n’a pas contesté cet avis et n’a rien payé de l’impôt en souffrance. De 1987 à 1998, Revenu Canada n’a fait aucun effort pour recouvrer la créance, et les relevés de compte envoyés à l’intimé au cours de cette période ne faisaient pas état du solde de 1986. En 1998, Revenu Canada a envoyé à l’intimé un relevé de compte indiquant un solde de 770 583 \$. Cette somme représentait le montant dû jusqu’en 1986 et les intérêts courus. L’intimé a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la réclamation de 1998 et a demandé un jugement déclaratoire selon lequel l’État n’était pas autorisé à prendre quelque mesure que ce soit pour recouvrer les créances fiscales de 1990 et des années antérieures. Le juge des requêtes a rejeté la demande. La Cour d’appel fédérale a annulé cette décision et a conclu que, selon l’art. 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (« LRCÉCA ») et le par. 3(5) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, l’État ne pouvait plus exiger de l’intimé le remboursement des dettes fiscales fédérales et provinciales, celles-ci étant prescrites.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Le délai de prescription de six ans prévu à l’art. 32 de la *LRCÉCA* empêche l’État de recouvrer la créance fiscale fédérale auprès de l’intimé. Premièrement, comme il s’agit d’une disposition d’application générale, il faut présumer que l’art. 32 s’applique par défaut à toutes les poursuites auxquelles l’État est partie. Seule une disposition expresse ou implicite « contraire » d’une loi fédérale peut en restreindre l’application pour ce qui est des délais de prescription. Les dispositions sur le recouvrement de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») ne fixent aucun délai de prescription. Le silence du législateur dans ces dispositions en ce qui touche la prescription, si on l’interprète conjointement avec les termes explicites employés dans les dispositions de la *LIR* sur les cotisations, appuie la conclusion que le législateur veut que les dispositions d’application générale en matière de

certainty, evidentiary and diligence rationales for limitation periods do not offend the principles of horizontal and vertical equity that should in part govern the *ITA* and are directly applicable to the collection of tax debts. Second, the ordinary meaning of the phrase “proceedings . . . in respect of a cause of action” in s. 32 encompasses the statutory collection procedures of the Minister. It would be incongruous to find that s. 32 was intended to apply to the court action but not to the statutory collection procedures that serve the identical purpose. The rationales that support the application of limitation provisions to Crown proceedings apply equally to both the court and non-court proceedings at issue here. To exclude s. 32’s application to proceedings that are equivalent in purpose and effect to a court action would frustrate the object and aim of the provision. The legislative history of s. 32 also supports the inference that Parliament intended its application to extend beyond proceedings in court. Third, on both a plain and purposive reading of s. 32, the cause of action in this case arose “otherwise than in a province”. Tax debts created under the *ITA* arise pursuant to federal legislation and create rights and duties between the federal Crown and residents of Canada or those who have earned income within Canada. The debt may arise from income earned in a combination of provinces or in a foreign jurisdiction. The debt is owed to the federal Crown, which is not located in any particular province and does not assume a provincial locale in its assessment of taxes.

The Minister, in its role as agent of the province of British Columbia, is also barred by s. 3(5) of the B.C. *Limitation Act* from collecting the respondent’s provincial tax debt arising under the British Columbia *Income Tax Act* (“B.C. *ITA*”). Section 3(5) applies a limitation period of six years to actions for which prescription is not “specifically provided for” in another Act. Under s. 1 of the B.C. *Limitation Act*, an action is defined as including “any proceeding in a court and any exercise of a self help remedy”. The term “self help remedy” encompasses the statutory collection procedures available under the B.C. *ITA*. A statutory collection procedure is a self help mechanism by which the Minister is able to effect a result that could otherwise be achieved only through an action in court. As well, the B.C. *ITA* does not specifically provide for limitation periods in its collection provisions. Since

prescription s’appliquent au recouvrement par le ministre de créances fiscales. Une interprétation téléologique de la *LIR* confirme cette conclusion. Par ailleurs, les justifications relatives à la certitude, à la preuve et à la diligence en matière de prescription ne portent pas atteinte aux principes d’équité horizontale et d’équité verticale qui devraient régir en partie l’interprétation de la *LIR* et sont directement applicables au recouvrement de créances fiscales. Deuxièmement, le membre de phrase dans le texte anglais « proceedings [. . .] in respect of a cause of action », à l’art. 32, selon son sens ordinaire, vise aussi les mesures de recouvrement prises par le ministre en application de la loi. Il serait absurde de conclure que le législateur veuille que cette disposition s’applique aux actions en justice et non aux mesures de recouvrement prévues par la loi, qui servent la même fin. Les justifications qui sous-tendent l’application des dispositions en matière de prescription aux procédures auxquelles l’État est partie s’appliquent tant aux procédures judiciaires qu’aux procédures non judiciaires en cause en l’espèce. Ne pas appliquer l’art. 32 aux procédures qui équivalent par leur objet et par leur effet à une action en justice ferait obstacle à l’objectif de cette disposition. L’historique législatif de l’art. 32 appuie aussi l’inférence que le législateur veut que cette disposition s’applique également aux procédures non judiciaires. Troisièmement, selon le sens clair et l’interprétation téléologique de l’art. 32, le fait générateur en l’espèce est survenu « ailleurs que dans une province ». Les dettes fiscales contractées en vertu de la *LIR* découlent d’une loi fédérale et créent des droits et des obligations entre l’État fédéral et les résidents du Canada ou les personnes qui ont gagné un revenu au Canada. La dette peut découler d’un revenu gagné dans plusieurs provinces ou dans un autre pays. Il s’agit d’une dette envers le gouvernement fédéral, qui n’est situé dans aucune province et qui ne prend pas de province particulière comme point de repère pour l’établissement de ses cotisations.

Le paragraphe 3(5) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique empêche également le ministre, en tant que mandataire de la Colombie-Britannique, de demander à l’intimé le remboursement de sa dette fiscale provinciale découlant de l’*Income Tax Act* de la Colombie-Britannique (« *ITA* »). Le paragraphe 3(5) dispose que les actions pour lesquelles un délai de prescription n’a pas été [TRADUCTION] « expressément prévu » par une autre loi se prescrivent par six ans. En vertu de l’article premier de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, une action s’entend notamment [TRADUCTION] « de toute procédure judiciaire et de l’exercice de toute voie de droit extrajudiciaire ». L’expression « voie de droit extrajudiciaire » comprend les mesures de recouvrement prévues dans l’*ITA*. Une mesure de recouvrement prévue par la loi est un mécanisme extrajudiciaire par lequel le

the province's collection rights are subject to expiry six years after the underlying cause of action arose, so too are the collection rights of the federal Crown as its agent.

Per Gonthier and Deschamps JJ.: The conclusion that the cause of action arises "otherwise than in a province" is inappropriate in two ways. First, it emphasizes the residence of the creditor instead of relying on the connecting factors of the cause of action. Second, it means that the federal government is not located anywhere in Canada. Common sense dictates that the federal Crown is located in every province. Since the federal government is, by virtue of its agreement with all of the provinces (except Quebec), responsible for collecting all provincial income taxes, it is sensible to bind its federal tax claim to the limits available on the provincial one. Efficiency is thus preserved by invoking one limitation for both the federal and provincial income tax debts arising in each province other than Quebec. Here, all of the connecting factors point to British Columbia. Consequently, the British Columbia six-year limitation period should apply.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ross v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 222, 2002 FCT 401; *MacKinnon v. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 48, 2002 FCT 824; *Royce v. MacDonald (Municipality)* (1909), 12 W.L.R. 347; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929; *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *E. H. Price Ltd. v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 841.

By Deschamps J.

Referred to: *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877.

ministre peut atteindre un résultat qui ne pourrait autrement être atteint que par action en justice. En outre, l'ITA ne prévoit pas expressément de délais de prescription dans ses dispositions sur le recouvrement. Comme les droits de recouvrement de la province se prescrivent par six ans suivant la naissance du fait générateur, il en est de même pour les droits de recouvrement du gouvernement fédéral, qui est son mandataire.

Les juges Gonthier et Deschamps : La conclusion que le fait générateur survient « ailleurs que dans une province » est, à mon avis, inappropriée pour deux raisons. D'abord, elle met l'accent sur la résidence du créancier au lieu de tenir compte des facteurs de rattachement du fait générateur et, de plus, elle implique que le gouvernement fédéral n'est situé nulle part au Canada. Le bon sens dicte plutôt que le gouvernement fédéral soit situé dans chaque province. Puisque le gouvernement fédéral est, par suite d'une entente avec toutes les provinces (à l'exception du Québec), responsable de la perception des impôts provinciaux sur le revenu, il est logique que le recouvrement des créances fiscales fédérales soit assujéti aux délais de prescription prévus pour le recouvrement des créances fiscales provinciales. Il en résulte un seul délai de prescription pour les créances fiscales fédérales et provinciales recouvrées dans chacune des provinces, sauf au Québec. L'efficacité est ainsi préservée. En l'espèce, tous les facteurs de rattachement indiquent que le fait générateur est survenu en Colombie-Britannique. La prescription applicable est donc celle de la Colombie-Britannique, soit six ans.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés : *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Ross c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 222, 2002 CFPI 401; *MacKinnon c. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 48, 2002 CFPI 824; *Royce c. MacDonald (Municipality)* (1909), 12 W.L.R. 347; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Letang c. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929; *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *E. H. Price Ltd. c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 841.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt mentionné : *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877.

Statutes and Regulations Cited

- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32 [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 31].
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 38(2).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39(3) [rep. 1990, c. 8, s. 10].
- Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 215, ss. 1(7), 49, 69.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 152(4), 152(4.2), 159(3), 160(2), 160.1(3), 160.2(3), 160.3(2), 160.4(3), 222, 223(2), (3), (5) to (8), 224(1), 225(1), 225.1(1) to 225.1(4), 227(10.1).
- Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1).
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1 “action”, 3(5), 9(1), (3).

Authors Cited

- Black, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “cause of action”, “proceeding”.
- Bouscaren, C., R. Greenstein et A. Cordahi. *Les bases du droit anglais*. Paris: Ophrys, 1981.
- Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000, “poursuite”, “voie de droit”.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Ted Cook. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Petit Larousse*, 2003. Paris: Larousse, 2003, “poursuite”.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, “poursuite”.
- Reynolds, F. M. B. *Bowstead and Reynolds on Agency*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Sgayias, David, et al. *The Annotated Crown Liability and Proceedings Act 1995*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 3 F.C. 449, 199 D.L.R. (4th) 255, 270 N.R. 275, 2001 D.T.C. 5305, [2001] 3 C.T.C. 39, [2001] F.C.J. No. 696 (QL), 2001 FCA 144,

Lois et règlements cités

- Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 215, art. 1(7), 49, 69.
- Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 14(1).
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1 « action », 3(5), 9(1), (3).
- Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 152(4), 152(4.2), 159(3), 160(2), 160.1(3), 160.2(3), 160.3(2), 160.4(3), 222, 223(2), (3), (5) à (8), 224(1), 225(1), 225.1(1) à 225.1(4), 227(10.1).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39(3) [abr. 1990, ch. 8, art. 10].
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.), art. 38(2).
- Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32 [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 31].

Doctrine citée

- Black, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « cause of action », « proceeding ».
- Bouscaren, C., R. Greenstein et A. Cordahi. *Les bases du droit anglais*. Paris : Ophrys, 1981.
- Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto : Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2000, « poursuite », « voie de droit ».
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Ted Cook. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Petit Larousse*, 2003. Paris : Larousse, 2003, « poursuite ».
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « poursuite ».
- Reynolds, F. M. B. *Bowstead and Reynolds on Agency*, 16th ed. London : Sweet & Maxwell, 1996.
- Sgayias, David, et al. *The Annotated Crown Liability and Proceedings Act 1995*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [2001] 3 C.F. 449, 199 D.L.R. (4th) 255, 270 N.R. 275, 2001 D.T.C. 5305, [2001] 3 C.T.C. 39, [2001] A.C.F. n^o 696 (QL), 2001 CAF 144, qui

reversing a judgment of the Trial Division, [1999] 3 F.C. 28, 163 F.T.R. 209, 172 D.L.R. (4th) 164, 99 D.T.C. 5136, [1999] 2 C.T.C. 104, [1999] F.C.J. No. 250 (QL). Appeal dismissed.

Graham R. Garton, Q.C., and Carl Januszczyk, for the appellant.

Ian Worland, for the respondent.

Edwin G. Kroft, and Geoffrey T. Loomer, for the intervenor.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

MAJOR J. — The issue in this appeal is narrow and easily stated: that is, whether federal and provincial limitation periods when exceeded apply to the Crown's ability to exercise its statutory powers to collect tax debts. I have concluded that the limitation period prescribed by s. 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50 ("CLPA"), bars the Crown from collecting the respondent's federal tax debt, and that s. 3(5) of the *British Columbia Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266 ("B.C. Limitation Act") bars the Crown from collecting the respondent's provincial tax debt.

I. Factual Background

The respondent was a resident of British Columbia at all times relevant to this appeal. He received a Notice of Assessment from the Minister of National Revenue (the "Minister") dated June 17, 1986, that indicated a federal and provincial tax liability of \$234,136.04 arising from a series of assessments and unpaid taxes in respect of his 1980 to 1985 taxation years. The respondent did not challenge this assessment, and paid nothing on the outstanding amount after 1986. In 1987, while of no consequence to this appeal, the indebtedness was internally written off by Revenue Canada, but was not extinguished or forgiven. From 1987 to 1998, Revenue Canada made no effort to collect the debt, and statements issued to the respondent during that

a infirmé une décision de la Section de première instance, [1999] 3 C.F. 28, 163 F.T.R. 209, 172 D.L.R. (4th) 164, 99 D.T.C. 5136, [1999] 2 C.T.C. 104, [1999] A.C.F. n° 250 (QL). Pourvoi rejeté.

Graham R. Garton, c.r., et Carl Januszczyk, pour l'appelante.

Ian Worland, pour l'intimé.

Edwin G. Kroft, et Geoffrey T. Loomer, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE MAJOR — La question en litige dans le présent pourvoi est restreinte et facile à énoncer : les délais de prescription prévus dans la loi fédérale et la loi provinciale, lorsqu'ils sont expirés, s'appliquent-ils à l'exercice par l'État des pouvoirs de recouvrement de créances fiscales que lui confère la loi? Je conclus que le délai de prescription prévu à l'art. 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50 (« LRCÉCA »), empêche l'État de recouvrer la créance fiscale fédérale auprès de l'intimé et que le par. 3(5) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 266 (« *Limitation Act* »), l'empêche de recouvrer auprès de celui-ci la créance fiscale de la province.

I. Les faits

L'intimé résidait en Colombie-Britannique durant les périodes visées par le présent pourvoi. Il a reçu un avis de cotisation du ministre du Revenu national (« ministre ») daté du 17 juin 1986. D'après cet avis, il devait 234 136,04 \$ en impôts fédéral et provincial par suite de cotisations et d'impôts non payés pour les années d'imposition 1980 à 1985. L'intimé n'a pas contesté cet avis et n'a rien payé de l'impôt en souffrance après 1986. Bien que cela n'ait aucune incidence sur le présent pourvoi, il convient de noter qu'en 1987 Revenu Canada a procédé à une radiation interne de la dette, mais cette radiation ne l'a ni éteinte ni annulée. De 1987 à 1998, Revenu Canada n'a fait aucun effort pour recouvrer la créance, et les

period did not reflect the 1986 balance. However, on January 15, 1998, approximately 12 years after the Notice of Assessment, Revenue Canada, for the first time during this period, sent a statement of account to the respondent that indicated a balance of \$770,583.42, which included the amount owing as of June 17, 1986, and accrued interest.

3

The respondent applied to the Trial Division of the Federal Court for judicial review of the January 15, 1998 claim, and sought a declaration that the Crown was prohibited from taking any steps to collect his tax debts for 1990 and prior years. The motions judge dismissed the application. The Federal Court of Appeal allowed the appeal from that decision, and held that the Crown was statute-barred from collecting the respondent's tax debt reflected in the 1986 Notice of Assessment. The Crown appeals from that decision.

II. Relevant Statutory Provisions

4

The following statutory provisions are relevant:

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

222. All taxes, interest, penalties, costs and other amounts payable under this Act are debts due to Her Majesty and recoverable as such in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act.

223. . . .

(2) An amount payable by a person (in this section referred to as a "debtor") that has not been paid or any part of an amount payable by the debtor that has not been paid may be certified by the Minister as an amount payable by the debtor.

(3) On production to the Federal Court, a certificate made under subsection (2) in respect of a debtor shall be registered in the Court and when so registered has the same effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the certificate were a judgment obtained in the Court against the debtor for a debt in the amount certified plus

relevés de compte envoyés à l'intimé au cours de cette période ne faisaient pas état du solde de 1986. Cependant, le 15 janvier 1998, environ 12 ans après l'établissement de l'avis de cotisation, Revenu Canada, pour la première fois durant cette période, a envoyé un relevé de compte à l'intimé qui faisait état d'un solde de 770 583,42 \$. Cette somme représentait le montant dû au 17 juin 1986 et les intérêts courus.

L'intimé a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la réclamation du 15 janvier 1998 et a demandé un jugement déclaratoire selon lequel l'État n'était pas autorisé à prendre quelque mesure que ce soit pour recouvrer les créances fiscales de 1990 et des années antérieures. Le juge des requêtes a rejeté la demande. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté contre cette décision et a conclu que l'État ne pouvait plus exiger de l'intimé le remboursement de la dette fiscale indiquée dans l'avis de cotisation de 1986, la dette étant prescrite. L'État se pourvoit contre cet arrêt.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives suivantes sont pertinentes :

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

222. Tous les impôts, intérêts, pénalités, frais et autres montants payables en vertu de la présente loi sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant la Cour fédérale ou devant tout autre tribunal compétent, ou de toute autre manière prévue par la présente loi.

223. . . .

(2) Le ministre peut, par certificat, attester qu'un montant ou une partie de montant payable par une personne — appelée « débiteur » au présent article — mais qui est impayé est un montant payable par elle.

(3) Sur production à la Cour fédérale, un certificat fait en application du paragraphe (2) à l'égard d'un débiteur est enregistré à cette cour. Il a alors le même effet que s'il s'agissait d'un jugement rendu par cette cour contre le débiteur pour une dette du montant attesté dans le certificat, augmenté des intérêts courus jusqu'à

interest thereon to the day of payment as provided by the statute or statutes referred to in subsection (1) under which the amount is payable and, for the purpose of any such proceedings, the certificate shall be deemed to be a judgment of the Court against the debtor for a debt due to Her Majesty, enforceable in the amount certified plus interest thereon to the day of payment as provided by that statute or statutes.

224. (1) Where the Minister has knowledge or suspects that a person is, or will be within one year, liable to make a payment to another person who is liable to make a payment under this Act (in this subsection and subsections (1.1) and (3) referred to as the “tax debtor”), the Minister may in writing require the person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor’s liability under this Act.

225. (1) Where a person has failed to pay an amount as required by this Act, the Minister may give 30 days notice to the person by registered mail addressed to the person’s latest known address of the Minister’s intention to direct that the person’s goods and chattels be seized and sold, and, if the person fails to make the payment before the expiration of the 30 days, the Minister may issue a certificate of the failure and direct that the person’s goods and chattels be seized.

225.1 (1) Where a taxpayer is liable for the payment of an amount assessed under this Act, other than an amount assessed under subsection 152(4.2), 169(3) or 220(3.1), the Minister shall not, for the purpose of collecting the amount, [take any collection action] until after the day that is 90 days after the day of the mailing of the notice of assessment.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

32. Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

la date du paiement comme le prévoient les lois visées au paragraphe (1) en application desquelles le montant est payable, et toutes les procédures peuvent être engagées à la faveur du certificat comme s’il s’agissait d’un tel jugement. Dans le cadre de ces procédures, le certificat est réputé être un jugement exécutoire rendu par cette cour contre le débiteur pour une dette envers Sa Majesté du montant attesté dans le certificat, augmenté des intérêts courus jusqu’à la date du paiement comme le prévoient ces lois.

224. (1) S’il sait ou soupçonne qu’une personne est ou sera, dans les douze mois, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée « débiteur fiscal » au présent paragraphe et aux paragraphes (1.1) et (3)), le ministre peut exiger par écrit de cette personne que les fonds autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, sans délai si les fonds sont immédiatement payables, sinon au fur et à mesure qu’ils deviennent payables, au receveur général au titre de l’obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi.

225. (1) Lorsqu’une personne n’a pas payé un montant exigible en vertu de la présente loi, le ministre peut lui donner un avis au moins 30 jours avant qu’il procède, par lettre recommandée à la dernière adresse connue de cette personne, de son intention d’ordonner la saisie et la vente des biens meubles de cette personne; si, au terme des 30 jours, la personne est encore en défaut de paiement, le ministre peut délivrer un certificat de défaut et ordonner la saisie des biens meubles de cette personne.

225.1 (1) Dans le cas où un contribuable est redevable du montant d’une cotisation établie en vertu de la présente loi, exception faite des paragraphes 152(4.2), 169(3) et 220(3.1), le ministre, pour recouvrer le montant impayé, ne peut, avant le lendemain du 90^e jour suivant la date de mise à la poste de l’avis de cotisation, [prendre aucune mesure de recouvrement.]

Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

32. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent lors des poursuites auxquelles l’État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266

1 . . .

“action” includes any proceeding in a court and any exercise of a self help remedy;

3 . . .

(5) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act may not be brought after the expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

9 (1) On the expiration of a limitation period set by this Act for a cause of action to recover any debt, damages or other money, or for an accounting in respect of any matter, the right and title of the person formerly having the cause of action and of a person claiming through the person in respect of that matter is, as against the person against whom the cause of action formerly lay and as against the person’s successors, extinguished.

(3) A cause of action, whenever arising, to recover costs on a judgment or to recover arrears of interest on principal money is extinguished by the expiration of the limitation period set by this Act for an action between the same parties on the judgment or to recover the principal money.

III. Judicial History

5 At the Federal Court, Trial Division ([1999] 3 F.C. 28), the motions judge held that s. 32 of the *CLPA* does not apply to the statutory collection procedures authorized by the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”). He found both that the collection procedures do not qualify under s. 32 as proceedings in respect of a cause of action, and that the *ITA* is a complete code in itself that excludes the application of s. 32. The motions judge also held that the B.C. *Limitation Act* does not apply to the Crown’s collection of the provincial tax debt under the British Columbia *Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 215 (“B.C. *ITA*”). As a result, his conclusion was that neither the Crown’s collection of the

Limitation Act de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 266

[TRANSLATION]

1 . . .

« action » S’entend notamment de toute procédure judiciaire et de l’exercice de toute voie de droit extrajudiciaire;

3 . . .

(5) Toute autre action qui n’est pas expressément prévue dans la présente loi ou une autre loi se prescrit par six ans suivant la date où prend naissance le droit d’agir en justice.

9 (1) À l’expiration du délai de prescription prévu à la présente loi pour l’action en recouvrement de créance, de dommages-intérêts ou autre somme due, ou en reddition de compte, s’éteignent, à l’égard de la personne contre laquelle le droit d’action aurait été exercé et de ses successeurs, le droit et le titre de celui qui avait ce droit d’action comme de quiconque le revendique par l’intermédiaire de ce dernier.

(3) Le droit d’agir, le cas échéant, en recouvrement des frais et dépens ou en recouvrement d’arriéré d’intérêts sur le capital s’éteint à l’expiration du délai de prescription prévu à la présente loi pour l’action entre les mêmes parties en ce qui concerne le jugement ou le recouvrement du capital.

III. Historique des procédures judiciaires

À la Section de première instance de la Cour fédérale ([1999] 3 C.F. 28), le juge des requêtes déclare que l’art. 32 de la *LRCÉCA* ne s’applique pas aux mesures de recouvrement autorisées par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »). Il conclut que les mesures de recouvrement ne peuvent pas être considérées comme une poursuite pour un fait générateur selon l’art. 32 et que la *LIR* est un code complet en soi qui exclut l’application de l’art. 32. Il affirme également que la *Limitation Act* ne s’applique pas au recouvrement par l’État de la créance fiscale de la province sous le régime de la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996,

federal nor the provincial tax debt was subject to the limitation periods.

The Federal Court of Appeal disagreed and allowed the appeal ([2001] 3 F.C. 449, 2001 FCA 144). Rothstein J.A. decided that the *ITA* is not a complete code that excludes the application of s. 32 of the *CLPA*, and that the statutory collection procedures qualify as proceedings in respect of a cause of action under s. 32. Consequently, the limitation period prescribed by s. 32 applies to the statutory collection procedures in the *ITA*. He held that the relevant limitation provision was s. 3(5) of the B.C. *Limitation Act*. Section 3(5) includes both court proceedings and self help remedies, and so applies to both court and statutory collection procedures under the *ITA*. Owing to this provision, the Minister was barred from collecting the federal tax debt six years after the right to do so arose. Rothstein J.A. also concluded that s. 3(5) bars the Crown, in its role as collection agent for British Columbia under the B.C. *ITA*, from pursuing the taxpayer's provincial debt.

IV. Issues

The appeal raises the following issues:

1. (a) Are statutory collection proceedings under the *ITA* subject to a limitation period pursuant to s. 32 of the *CLPA*? This requires the determination of:
 - (i) Does the *ITA* provide for limitation periods for the collection of tax debts, or otherwise exclude the operation of s. 32 of the *CLPA*?
 - (ii) Is the exercise of a statutory collection power a "proceeding . . . in respect of any cause of action" under s. 32?

ch. 215 (« *ITA* »). Il conclut donc que les délais de prescription ne s'appliquent pas au recouvrement par l'État de la créance fiscale fédérale ou provinciale.

La Cour d'appel fédérale n'est pas du même avis et accueille l'appel ([2001] 3 C.F. 449, 2001 CAF 144). Le juge Rothstein décide que la *LIR* n'est pas un code complet qui exclut l'application de l'art. 32 de la *LRCÉCA* et que les mesures de recouvrement peuvent être considérées comme une poursuite pour un fait générateur selon l'art. 32. En conséquence, le délai de prescription prévu à l'art. 32 s'applique aux mesures de recouvrement prévues par la *LIR*. Le juge Rothstein conclut que la disposition pertinente en matière de prescription est le par. 3(5) de la *Limitation Act*. Celui-ci vise à la fois les demandes en justice et les voies de droit extrajudiciaires, et s'applique donc à la fois aux mesures de recouvrement judiciaires et extrajudiciaires prévues par la *LIR*. Compte tenu de cette disposition, le ministre ne peut plus recouvrer la créance fiscale fédérale après l'expiration d'un délai de six ans suivant la date à laquelle son droit d'action a pris naissance. Le juge Rothstein conclut également que le par. 3(5) empêche l'État, lorsqu'il agit en tant qu'agent de perception pour la Colombie-Britannique sous le régime de l'*ITA*, d'exiger du contribuable le remboursement de la dette fiscale provinciale.

IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. a) Les mesures de recouvrement prévues dans la *LIR* sont-elles soumises à un délai de prescription en application de l'art. 32 de la *LRCÉCA*? Cette question soulève, à son tour, deux autres questions :
 - (i) La *LIR* prévoit-elle des délais de prescription pour le recouvrement de créances fiscales ou exclut-elle par ailleurs l'application de l'art. 32 de la *LRCÉCA*?
 - (ii) L'exercice d'un pouvoir de recouvrement prévu par la loi constitue-t-il « [une] poursuit[e] [. . .] pour tout fait générateur . . . » selon l'art. 32?

(b) If s. 32 is found to apply to the statutory collection proceedings, does the cause of action arise in a province or otherwise than in a province?

2. Does the B.C. *Limitation Act* apply to statutory collection proceedings undertaken by the Crown acting as collection agent for the Province of British Columbia pursuant to the B.C. *ITA*?

V. Analysis

A. *The Federal Tax Debt*

(1) Is the Federal Tax Debt Subject to Section 32 of the CLPA?

8

Prior to an analysis of the problem, it is useful to describe the broad collection powers available under the *ITA*. The Minister is authorized to collect tax debts by means of either a court action or statutory collection procedures. Section 222 of the *ITA* provides:

All taxes, interest, penalties, costs and other amounts payable under this Act are debts due to Her Majesty and recoverable as such in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act.

The various collection mechanisms enumerated in the *ITA* provide the Minister with an extensive range of remedies to recover debts. The Minister may certify an unpaid tax amount (s. 223(2)) and register the certificate in the Federal Court (s. 223(3)), at which point the certificate is deemed to be a judgment of that court. The Federal Court can then issue a certificate, notification, or writ evidencing the s. 223(2) certificate, which can be used by the Minister to create a charge, lien, priority, or other interest on property in any province (ss. 223(5) to 223(8)). Under the garnishment provision of s. 224(1), the Minister may require a third party who is indebted to the taxpayer to make payments directly to the Minister. The Minister may also order the seizure and sale of the taxpayer's goods and chattels under s. 225(1). These collection powers cannot be exercised until 90 days after the later of the mailing of a notice of assessment or the mailing of a confirmation

b) Dans l'affirmative, le fait générateur est-il survenu dans une province ou ailleurs que dans une province?

2. La *Limitation Act* s'applique-t-elle aux mesures de recouvrement prévues par la loi que prend l'État lorsqu'il agit à titre d'agent de perception pour la Colombie-Britannique sous le régime de l'*ITA*?

V. Analyse

A. *Les créances fiscales fédérales*

(1) L'article 32 de la LRCÉCA s'applique-t-il aux créances fiscales fédérales?

Avant d'analyser ce problème, il est utile de décrire les vastes pouvoirs de recouvrement prévus par la *LIR*. Le ministre est autorisé à demander le paiement des dettes fiscales en intentant une action en justice ou en recourant aux mesures de recouvrement prévues par la loi. Voici ce que prévoit l'art. 222 de la *LIR* :

Tous les impôts, intérêts, pénalités, frais et autres montants payables en vertu de la présente loi sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant la Cour fédérale ou devant tout autre tribunal compétent, ou de toute autre manière prévue par la présente loi.

Les divers mécanismes de recouvrement énoncés dans la *LIR* procurent au ministre une vaste gamme de recours pour le recouvrement de créances. Il peut, par certificat, attester un montant d'impôt impayé (par. 223(2)) et enregistrer ce certificat auprès de la Cour fédérale (par. 223(3)). Dès lors, le certificat est réputé être un jugement de cette cour. Celle-ci peut alors produire un certificat, une notification ou un bref faisant preuve du contenu du certificat visé au par. 223(2), dont le ministre peut se servir pour grever d'une sûreté, d'un privilège, d'une priorité ou d'un autre droit un bien situé dans une province (par. 223(5) à 223(8)). En vertu du par. 224(1), qui porte sur la saisie-arrêt, le ministre peut exiger d'un tiers qui a une dette envers le contribuable de faire ses paiements directement à lui. Il peut également, en vertu du par. 225(1), ordonner la saisie et la vente des biens meubles du contribuable. Ces pouvoirs de recouvrement ne peuvent être exercés que 90 jours

or variation of the assessment, or until the taxpayer's appeal has been finally determined by the Tax Court of Canada (ss. 225.1(1) to 225.1(4)).

The outcome of this appeal narrows to whether the exercise of these collection powers is subject to prescription under s. 32 of the *CLPA*. Section 32 applies limitation periods to proceedings brought by or against the Crown in all cases unless Parliament has otherwise provided. The section states:

Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose. [Emphasis added.]

The section applies to the statutory collection procedures if two criteria are met. First, the *ITA* must not otherwise provide for limitation periods with respect to the collection of tax debts. Second, the statutory collection procedures must qualify under s. 32 as "proceedings . . . in respect of a cause of action".

I agree with the reasons of the Federal Court of Appeal that each of the two criteria is met in this case, and that s. 32 must apply to the Crown's exercise of statutory collection powers.

(a) *Does the ITA Otherwise Provide for Prescription?*

As a law of general application, s. 32 of the *CLPA* presumptively applies on a residual basis to all Crown proceedings. The breadth of the provision's application can be narrowed only by an Act of Parliament that has "otherwise provided", either expressly or impliedly, for limitation periods. It is evident that the *ITA* does not provide for limitation periods within its collection provisions.

suisant la dernière en date de la mise à la poste de l'avis de cotisation ou de la mise à la poste d'un avis de confirmation ou de modification de la cotisation, et ne peuvent être exercés avant que la Cour canadienne de l'impôt ne statue de façon définitive sur l'appel du contribuable (par. 225.1(1) à 225.1(4)).

La question soulevée en l'espèce se résume à se demander si l'exercice de ces pouvoirs de recouvrement est prescriptible en application de l'art. 32 de la *LRCÉCA*. L'article 32 prévoit que, sauf disposition législative contraire, les délais de prescription s'appliquent aux poursuites auxquelles l'État est partie :

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans. [Je souligne.]

Deux critères doivent être respectés pour que cette disposition s'applique aux mesures de recouvrement prévues par la loi. Premièrement, la *LIR* ne doit pas comporter d'autres dispositions pour ce qui est des délais de prescription applicables au recouvrement de créances fiscales. Deuxièmement, les mesures de recouvrement prévues par la loi doivent être considérées comme « [une] poursuit[e] [. . .] pour [un] fait générateur . . . » selon l'art. 32.

Je conviens avec la Cour d'appel fédérale que ces deux critères sont respectés en l'espèce et que l'art. 32 doit s'appliquer à l'exercice par l'État des pouvoirs de recouvrement prévus par la loi.

a) *La LIR comporte-t-elle des dispositions en matière de prescription?*

Comme il s'agit d'une disposition d'application générale, il faut présumer que l'art. 32 de la *LRCÉCA* s'applique par défaut à toutes les poursuites auxquelles l'État est partie. Seule une disposition expresse ou implicite « contraire » d'une loi fédérale peut en restreindre l'application. Il est évident que les dispositions de la *LIR* sur le recouvrement ne fixent aucun délai de prescription.

9

10

11

12

The noted author E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, stated that the modern approach to statutory interpretation requires the words of an Act “to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”. These principles have frequently been adopted by this Court both generally and in the construction of taxation legislation: see *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 32; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, both in the majority and minority concurring reasons, and *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

L’auteur bien connu E. A. Driedger, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), affirme que la méthode moderne d’interprétation des lois exige qu’on interprète les termes d’une loi [TRADUCTION] « dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur ». La Cour a souvent retenu ces principes, de façon générale et dans le domaine de l’interprétation de la législation fiscale : voir *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 32; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, motifs majoritaires et motifs minoritaires concordants; et *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578.

13

The assessment provisions of the *ITA* are clearly stated on prescription. By contrast, the collection provisions of the *ITA* are silent with respect to prescription. There is no reference in s. 222 or its accompanying provisions to either the absence or presence of a limitation period. Nonetheless, the appellant submits that the *ITA* has “otherwise provided” for prescription. In the appellant’s submission, the *ITA* constitutes a complete statutory scheme for the collection of taxes, and so silence in the legislation indicates Parliament’s intent to avoid fettering the Crown’s collection powers with limitation periods.

Les dispositions de la *LIR* sur les cotisations sont claires en ce qui a trait à la prescription. Par contre, celles sur le recouvrement sont muettes à ce sujet. Rien dans l’art. 222 ni dans les dispositions s’y rattachant n’indique l’absence ou la présence d’un délai de prescription. L’appelante soutient, malgré tout, que la *LIR* comporte des « disposition[s] contraire[s] » quant à la prescription. À son avis, la *LIR* constitue un code complet pour le recouvrement d’impôts et ses silences témoignent donc de l’intention du législateur d’éviter d’entraver, par l’imposition de délais de prescription, l’exercice par l’État de ses pouvoirs de recouvrement.

14

There is no authority to support the proposition that the *ITA* is a complete code that cannot be informed by laws of general application. The *ITA* does not operate in a legislative vacuum: see *Will-Kare*, *supra*, at para. 31. See also P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3rd ed. 1999), at p. 2, where the authors note that the “Income Tax Act relies implicitly on the general law”. Accordingly, whether a statute or legal principle affects the operation of the *ITA* must be decided by an analysis of the specific provisions involved.

Rien n’appuie la théorie selon laquelle la *LIR* est un code complet qui ne peut être interprété à la lumière des lois d’application générale. La *LIR* ne s’applique pas dans un vide législatif : voir *Will-Kare*, précité, par. 31. Voir également P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 1999), p. 2, où les auteurs notent que la [TRADUCTION] « *Loi de l’impôt sur le revenu* se fonde implicitement sur le droit commun ». En conséquence, pour savoir si une loi ou un principe juridique influe sur l’application de la *LIR*, il faut analyser les dispositions particulières en cause.

15

Absent legislation or judicial support, the appellant nonetheless requests the Court to interpret s. 222 of the *ITA* as if it permits the collection of tax debts “at any time”. It is “a basic principle of

Malgré l’absence de fondement législatif ou jurisprudentiel, l’appelante demande à la Cour d’interpréter l’art. 222 de la *LIR* comme s’il permettait le recouvrement de créances fiscales « en tout temps ».

statutory interpretation that the court should not accept an interpretation which requires the insertion of extra wording where there is another acceptable interpretation which does not require any additional wording”: see *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 27. This principle weighs against accepting the appellant’s interpretation. The provision does not include the words “at any time”, and is capable of a reasonable construction without that insertion. The legislative silence with regard to prescription gives rise to the logical inference that Parliament intended for limitation provisions of general application to apply to the Minister’s collection powers.

This conclusion is supported by the explicit manner in which the *ITA* addresses limitation periods in its assessment provisions. The Court held in *Friesen*, *supra*, at para. 27, that “[r]eading extra words into a statutory definition is even less acceptable when the phrases which must be read in appear in several other definitions in the same statute”. Numerous provisions in the *ITA* expressly stipulate that the Minister may make an assessment “at any time”: see ss. 152(4), 152(4.2), 159(3), 160(2), 160.1(3), 160.2(3), 160.3(2), 160.4(3), and 227(10.1). Parliament has demonstrated a clear willingness to address the issue of limitation periods in the *ITA* where it sees fit to do so. As Rothstein J.A. noted at para. 22, “Parliament has put its mind to the limitation question in the *Income Tax Act* and when it intends there to be no limitation period, it has so stated.” Accordingly, the unescapable conclusion is that the plain language used in the collection provisions does not support the inference that Parliament intended to exclude the application of limitation provisions to the Minister’s collection powers.

In finding that the collection provisions implicitly exclude s. 32, the learned motions judge appeared to rely predominantly on s. 225.1 of the *ITA*, which prevents the Minister from initiating collection procedures pending objection or appeal of an assessment by the taxpayer. With respect, I do not agree that s. 225.1 lends any weight to the appellant’s

Selon « un principe fondamental en matière d’interprétation des lois, un tribunal ne devrait pas accepter une interprétation qui nécessite l’ajout de mots, lorsqu’il existe une autre interprétation acceptable qui ne requiert aucun ajout de cette nature » : voir *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 27. Ce principe joue contre l’interprétation de l’appelante. La disposition ne comporte pas l’expression « en tout temps » ou autre formule au même effet et il est possible de lui donner une interprétation raisonnable sans cet ajout. Le silence du législateur relativement à la prescription permet logiquement d’inférer qu’il voulait que les dispositions d’application générale en matière de prescription s’appliquent aux pouvoirs de recouvrement du ministre.

Le fait que la *LIR* traite expressément des délais de prescription dans ses dispositions sur les cotisations appuie cette conclusion. La Cour conclut dans *Friesen*, précité, par. 27, que « [l]’ajout de mots dans une définition qui figure dans une loi est encore moins acceptable lorsque les termes qui doivent être ajoutés figurent dans plusieurs autres définitions de cette même loi ». De nombreuses dispositions de la *LIR* prévoient expressément que le ministre peut établir une cotisation en tout temps : voir les par. 152(4), 152(4.2), 159(3), 160(2), 160.1(3), 160.2(3), 160.3(2), 160.4(3) et 227(10.1). Le législateur démontre une intention claire de traiter de la question des délais de prescription dans la *LIR* lorsqu’il le juge nécessaire. Comme le souligne le juge Rothstein au par. 22, « [l]e législateur a réfléchi à la question de la prescription relativement à la *Loi de l’impôt sur le revenu* et quand il souhaite qu’aucun délai de prescription ne s’applique, il le dit clairement. » Il faut donc inévitablement conclure que le langage clair des dispositions sur le recouvrement ne permet pas d’inférer que le législateur veut soustraire les pouvoirs de recouvrement du ministre à l’application des dispositions sur la prescription.

En concluant que les dispositions sur le recouvrement excluent l’application de l’art. 32, le juge des requêtes paraît s’être fondé principalement sur l’art. 225.1 de la *LIR*, qui empêche le ministre de prendre des mesures de recouvrement lorsqu’une procédure d’opposition ou d’appel est en cours à l’égard d’une cotisation. Je ne suis pas d’accord pour dire que

argument. The statutory stay prescribed by s. 225.1 is directed towards protecting the taxpayer from collection action pending a final determination of the validity of his or her assessment. Limitation periods, on the other hand, are meant to promote certainty, avoid stale evidence, encourage diligence, and bring repose: see *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 29, *per* La Forest J. The rationales outlined above for stays and limitation provisions are entirely distinct. I agree with Rothstein J.A.'s conclusion at para. 21:

The enactment of a statutory stay which specifies when collection action may commence, cannot logically support the inference that Parliament considered that no limitation period should apply to that collection action.

l'art. 225.1 ajoute du poids à l'argument de l'appelante. Le sursis prévu à l'art. 225.1 vise à protéger le contribuable des mesures de recouvrement en attendant qu'une décision définitive ne soit rendue quant à la validité de sa cotisation. Les délais de prescription, par contre, visent à promouvoir la certitude, à éviter les éléments de preuve périmés, à encourager la diligence et à apporter la tranquillité d'esprit : voir *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29, le juge La Forest. Les justifications des sursis et des dispositions en matière de prescription, dont je viens de faire état, sont tout à fait distinctes. Je souscris à la conclusion du juge Rothstein au par. 21 :

L'adoption d'un sursis légal qui précise à quel moment les mesures de recouvrement peuvent être prises ne peut logiquement appuyer l'inférence que le législateur avait l'intention de n'appliquer aucun délai de prescription à ces mesures de recouvrement.

18

A purposive analysis of the *ITA* confirms that the collection provisions do not by implication exclude the operation of s. 32. The application of limitation periods to the collection of tax debts does not offend the principles of horizontal and vertical equity that, as Iacobucci J. noted in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 738, should in part govern the *ITA*. The appellant submits that applying laws of prescription to tax collection would unfairly alleviate the tax burden of individuals who experience fluctuations in income at the expense of those who enjoy a steady stream of income. This apparent problem can be averted, however, by the Minister's reasonably diligent exercise of debt collection. If a taxpayer does not have the ability to satisfy a tax debt prior to the expiration of the limitation period, the Minister can choose from a variety of means to extend the limitation period. In *Ross v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 222, 2002 FCT 401, the Federal Court, Trial Division, held that the registration of a certificate with the Federal Court in accordance with s. 223(3) of the *ITA* gives rise to a renewal of the limitation period. See also *MacKinnon v. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 48, 2002 FCT 824, where the court found that the taxpayer's acknowledgement of indebtedness by way of a hypothecation agreement with the Minister, and his partial payment of the tax debt, each served to renew the limitation period. There is no need to exhaustively set out the ways in which

L'analyse téléologique de la *LIR* confirme que les dispositions sur le recouvrement n'excluent pas implicitement l'application de l'art. 32. L'application de délais de prescription au recouvrement de créances fiscales ne porte pas atteinte aux principes d'équité horizontale et d'équité verticale, qui, comme le souligne le juge Iacobucci dans *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 738, devraient régir en partie l'interprétation de la *LIR*. L'appelante soutient que l'application des règles de droit en matière de prescription au recouvrement de créances fiscales allégerait injustement le fardeau fiscal d'individus qui connaissent des variations de revenu au détriment de ceux qui ont un revenu stable. Ce problème apparent peut toutefois être évité si le ministre exerce son pouvoir de recouvrement de façon raisonnablement diligente. Si le contribuable n'est pas capable de s'acquitter d'une dette fiscale avant l'expiration du délai de prescription, le ministre peut proroger ce délai de diverses façons. Dans *Ross c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 222, 2002 CFPI 401, la Section de première instance de la Cour fédérale juge que l'enregistrement d'un certificat auprès de la Cour fédérale conformément au par. 223(3) de la *LIR* donne lieu à un renouvellement du délai de prescription. Voir aussi *MacKinnon c. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 48, 2002 CFPI 824, où la cour conclut que, en matière de prescription, la

the Minister can extend the limitation period, other than to note that there are numerous avenues open to the Minister by which renewals may be effected. There is no credible basis to support the submission that the laws of prescription will undermine the equitable collection of taxes when minimum diligence would have the opposite effect.

The appellant's submission that the rationales for limitation periods militate against their application to tax collection cannot be correct. As noted above, limitation provisions are based upon what have been described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales: see *M. (K.)*, *supra*, at p. 29. The certainty rationale recognizes that, with the passage of time, an individual "should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations": *M. (K.)*, *supra*, at p. 29. The evidentiary rationale recognizes the desire to preclude claims where the evidence used to support that claim has grown stale. The diligence rationale encourages claimants "to act diligently and not 'sleep on their rights'": *M. (K.)*, *supra*, at p. 30.

Each of the rationales submitted as applicable to there being no limitation periods affecting collection are in fact just the opposite and are directly applicable to the Minister's collection of tax debts. If the Minister makes no effort to collect a tax debt for an extended period, at a certain point a taxpayer may reasonably come to expect that he or she will not be called to account for the liability, and may conduct his or her affairs in reliance on that expectation. As well, a limitation period encourages the Minister to act diligently in pursuing the collection of tax debts. In light of the significant effect that collection of tax debts has upon the financial security of Canadian citizens, it is contrary to the public interest for the department to sleep on its rights in enforcing collection. It is evident that the rationales which

reconnaissance de la dette par une entente de nantissement avec le ministre ainsi que le paiement partiel de la dette fiscale emportent le renouvellement du délai de prescription. Il n'est pas nécessaire d'établir une liste exhaustive des façons dont le ministre peut renouveler le délai de prescription, mais je souligne qu'il dispose de nombreux moyens à cet effet. Il n'y a aucun fondement crédible à l'appui de l'argument que les règles de droit en matière de prescription compromettraient l'équité en matière de recouvrement des créances fiscales, alors qu'une diligence minimale aurait l'effet inverse.

L'argument de l'appelante que les justifications des délais de prescription militent contre leur application au recouvrement de créances fiscales ne peut être retenu. Les dispositions en matière de prescription reposent sur les justifications qui peuvent être décrites comme étant la certitude, la preuve et la diligence : voir *M. (K.)*, précité, p. 29. Pour ce qui est de la certitude, après un certain temps, un individu « devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » : *M. (K.)*, précité, p. 29. En ce qui concerne la preuve, il faut écarter les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Enfin, quant à la diligence, les demandeurs sont encouragés « [à] agi[r] avec diligence et [à] ne "[pas] tarde[r] [.] . .] à faire valoir leurs droits" » : *M. (K.)*, précité, p. 30.

Chacune des justifications invoquées à l'appui de l'argument selon lequel le recouvrement de créances fiscales n'est pas assujéti au délai de prescription se trouvent, en fait, être exactement en sens contraire et sont directement applicables au recouvrement par le ministre de créances fiscales. Si, pendant une longue période, le ministre ne fait aucun effort pour recouvrer une créance fiscale, le contribuable peut, un moment donné, raisonnablement en venir à penser ne plus être redevable de cette obligation, et gérer ses affaires en conséquence. En outre, un délai de prescription incite le ministre à agir avec diligence dans le recouvrement des créances fiscales. Vu les répercussions importantes que celui-ci a sur la sécurité financière des citoyens canadiens, le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de

19

20

justify the existence of limitation periods apply to the collection of tax debts.

recouvrement est contraire à l'intérêt public. Il est évident que les justifications de l'existence de délais de prescription s'appliquent au recouvrement des créances fiscales.

21 The legislative silence with regard to prescription in these provisions, interpreted in conjunction with the express language used in the *ITA*'s assessment provisions, supports the finding that Parliament intended that limitation provisions of general application apply to the Minister's collection of tax debts. A purposive interpretation of the statute confirms this conclusion. There was no evidence before the Court to lend any support to the submission that laws of prescription would frustrate the equitable collection of taxes. Finally, the rationales for limitation periods for the reasons given apply directly to the collection of tax debts.

Le silence du législateur dans ces dispositions en ce qui touche la prescription, si on l'interprète conjointement avec les termes explicites employés dans les dispositions de la *LIR* sur les cotisations, appuie la conclusion que le législateur veut que les dispositions d'application générale en matière de prescription s'appliquent au recouvrement par le ministre de créances fiscales. Une interprétation téléologique de la loi confirme cette conclusion. La Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve appuyant de quelque façon que ce soit l'argument que les règles de droit en matière de prescription violeraient l'équité en matière de recouvrement des créances fiscales. Enfin, pour les motifs exposés précédemment, les justifications des délais de prescription s'appliquent directement au recouvrement des créances fiscales.

22 As a result, whether s. 32 of the *CLPA* applies to the Minister's statutory collection procedures depends entirely upon whether such procedures qualify under s. 32 as "proceedings . . . in respect of a cause of action".

En conséquence, l'application de l'art. 32 de la *LRCÉCA* aux mesures de recouvrement prises par le ministre en application de la loi dépend entièrement de la question de savoir si ces mesures peuvent être considérées comme « [une] poursuit[e] [. . .] pour [un] fait générateur . . . » selon l'art. 32.

(b) *Do the Statutory Collection Procedures Qualify as "Proceedings . . . in Respect of a Cause of Action"?*

b) *Les mesures de recouvrement prévues par la loi peuvent-elles être considérées comme « [une] poursuit[e] [. . .] pour [un] fait générateur . . . »?*

23 The application of s. 32 is limited to "proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action".

L'article 32 s'applique uniquement lors des « poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur ».

24 Interpreted in their grammatical and ordinary sense, these words clearly encompass the statutory collection procedures in the *ITA*. Although the word "proceeding" is often used in the context of an action in court, its definition is more expansive. The Manitoba Court of Appeal stated in *Royce v. MacDonald (Municipality)* (1909), 12 W.L.R. 347, at p. 350, that the "word 'proceeding' has a very wide meaning, and includes steps or measures which are not in any way connected with actions or suits". In *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at

Interprétés selon leur sens ordinaire et grammatical, ces termes visent clairement les mesures de recouvrement prévues par la *LIR*. Bien que le mot « *proceeding* » dans la version anglaise soit souvent utilisé dans le contexte d'une action en justice, sa définition est plus large. La Cour d'appel du Manitoba affirme dans *Royce c. MacDonald (Municipality)* (1909), 12 W.L.R. 347, p. 350, que le mot « *proceeding* » [TRADUCTION] « a un sens très large : il vise notamment des étapes ou mesures qui ne sont liées d'aucune façon à des actions ou

p. 1204, the definition of “proceeding” includes, *inter alia*, “an act necessary to be done in order to obtain a given end; a prescribed mode of action for carrying into effect a legal right”.

The statutory collection procedures closely resemble various proceedings in court. The registration of a certificate in Federal Court is deemed by s. 223(3) to be a judgment of that court. As Rothstein J.A. notes at para. 35:

A requirement to pay under section 224 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 101) is analogous to a garnishing order issued by a court. . . . Seizure and sale of chattels under subsection 225(1) is a provision closely parallel to a writ of execution issued by a court.

By granting the power to effect the collection of tax debts in this manner, Parliament has provided the Minister with an efficient and expeditious alternative to bringing a court action. However, the court and non-court collection procedures are identical in purpose. Both are mechanisms by which the Minister is able to enforce the collection of tax debts and thereby carry into effect the legal rights of the Crown. It is evident that both kinds of procedures are appropriately characterized as legal proceedings.

The appellant’s submission turns on whether these proceedings are undertaken “in respect of a cause of action”. The words “in respect of” have been held by this Court to be words of the broadest scope that convey some link between two subject matters. See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39, *per* Dickson J. (as he then was):

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

poursuites en justice ». Selon la définition que donne le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 1204, le terme « *proceeding* » s’entend notamment [TRADUCTION] « d’une mesure que l’on doit prendre pour obtenir un résultat donné; d’un mode d’action prescrit pour la mise en œuvre d’un droit ».

Les mesures de recouvrement prévues par la loi ressemblent beaucoup à plusieurs procédures judiciaires. En vertu du par. 223(3), un certificat enregistré auprès de la Cour fédérale est réputé être un jugement de cette cour. Comme le note le juge Rothstein au par. 35 :

Une sommation de payer en vertu de l’article 224 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 101) est analogue à une ordonnance de saisie-arrêt rendue par une cour. [. . .] La saisie et la vente de biens meubles prévue[s] au paragraphe 225(1) est une disposition similaire à un bref d’exécution délivré par un tribunal.

En lui accordant le pouvoir de recouvrer les créances fiscales de cette façon, le législateur a fourni au ministre une solution de rechange efficace et expéditive à l’action en justice. Les mesures de recouvrement judiciaires et non judiciaires ont toutefois le même objectif. Elles sont toutes deux des mécanismes permettant au ministre de procéder au recouvrement forcé de créances fiscales et, par le fait même, de faire respecter les droits de l’État. Il est évident qu’on peut à bon droit qualifier de poursuites entreprises en vertu de la loi ces deux types de mesures.

L’argument de l’appelante porte sur la question de savoir si ces poursuites se rapportent à un « fait générateur ». La Cour a jugé que l’expression « *in respect of* » (« quant à ») a une portée des plus larges et exprime un lien quelconque entre deux sujets. Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) :

À mon avis, les mots « quant à » ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, « concernant », « relativement à » ou « par rapport à ». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression « quant à » qui est la plus large.

In the context of s. 32, the words “in respect of” require only that the relevant proceedings have some connection to a cause of action.

Dans le contexte de l’art. 32, l’expression « *in respect of* » (« pour ») exige uniquement que la procédure en cause ait un lien quelconque avec le fait générateur.

27

A “cause of action” is only a set of facts that provides the basis for an action in court: see *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929 (C.A.), at p. 934; *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (F.C.A.), per Iacobucci C.J. (as he then was), at p. 496; and *Black’s Law Dictionary, supra*, at p. 221. In this case, s. 222 of the *ITA* provides that unpaid taxes constitute a debt recoverable by means of a court action, subject to the stay of collection action prescribed by s. 225.1. As a result, as Rothstein J.A. notes at para. 37, the cause of action here involves “the existence of a tax debt and the expiry of the delay period entitling the Minister to take collection action”.

Un « fait générateur » est un état de fait qui fonde une action en justice : voir *Letang c. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929 (C.A.), p. 934; *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (C.A.F.), le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour), p. 496; et le *Black’s Law Dictionary, op. cit.*, p. 221. En l’espèce, les impôts impayés sont des créances recouvrables par action en justice (art. 222 de la *LIR*), sous réserve du sursis aux mesures de recouvrement (art. 225.1). En conséquence, comme le note le juge Rothstein au par. 37, « l’existence d’une dette fiscale et l’expiration du délai donnant au ministre le droit de prendre des mesures de recouvrement » constituent le fait générateur en l’espèce.

28

In light of the above analysis, the ordinary meaning of the phrase “proceedings . . . in respect of a cause of action” encompasses the statutory collection procedures of the Minister. The exercise of the statutory proceedings is entirely dependent upon a set of facts that would support action by the Minister, i.e., the existence of a tax debt and the expiry of the delay period prescribed by s. 225.1.

D’après l’analyse qui précède, le membre de phrase dans le texte anglais « *proceedings [. . .] in respect of a cause of action* », selon son sens ordinaire, vise aussi les mesures de recouvrement prises par le ministre en application de la loi. L’exercice des recours prévus par la loi dépend entièrement de l’état de fait sur lequel l’action du ministre prend appui, c’est-à-dire l’existence d’une dette fiscale et l’expiration du délai prévu à l’art. 225.1.

29

I now turn to the French version of s. 32, which states:

J’examine maintenant la version française de l’art. 32, qui dit :

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent lors des poursuites auxquelles l’État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent lors des poursuites auxquelles l’État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

30

The words “poursuite”, “procédure” and “instance” are all used to render the term “proceedings” in different contexts. “Procédure” is even used to describe a cause of action, as demonstrated by the wording of s. 32 of the *CLPA*. This can also be verified in some French publications on the translation of English law (see for instance Bouscaren, Greenstein & Cordahi, *Les bases du droit anglais*

Les termes « poursuite », « procédure » et « instance » sont tous employés pour rendre le mot « *proceedings* » dans différents contextes. « Procédure » est même employé pour décrire un fait générateur, comme le montre le libellé de l’art. 32 de la *LRCÉCA*. C’est également ce qui ressort de certaines publications de langue française sur la traduction du droit anglais (voir, par ex., Bouscaren,

(1981)). It is therefore difficult to consider the definition of a single expression to determine the common meaning of the English and French versions of s. 32. Indeed, the legislative history of s. 32, beginning with s. 38(2) (R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)) and later s. 39(3) (R.S.C. 1985, c. F-7) of the *Federal Court Act* (“FCA”), which as discussed below were its precursors, also denotes both that context matters and that changes in terminology are not necessarily meant to bring about a change in the substantive law.

If we were to confine our analysis to the word “poursuite”, we would find that generally, in Canada, that word excludes non-court proceedings: the term is defined in H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2nd ed. 2001), in the following way, at p. 425:

[TRANSLATION]

1. Court action brought by a person in order to assert his right or obtain a sanction against the perpetrator of an offence. E.g.: A creditor’s proceedings [*poursuite*] against his debtor.

But French dictionaries, which are also used in Canada, ascribe a broader definition to “poursuite”. G. Cornu, in *Vocabulaire juridique* (8th ed. 2000), at p. 654, writes:

[TRANSLATION] Exercice of a remedy [*voie de droit*] to compel someone to perform his obligations or submit to the orders of the law or of the public authority.

Cornu further defines “*voie de droit*” as follows (at p. 909):

[TRANSLATION] Means given by the law to citizens to have their rights recognized and respected or to defend their interests; generic term encompassing court action, means (jurisdictional) of redress, executions, administrative recourses; by ext., any jurisdictional proceeding even initiated by the prosecution.

General dictionaries such as *Le Petit Larousse* (2003) define “poursuite” as a court proceeding, but also as [TRANSLATION] “[a]n action by the tax authorities to collect treasury debts”.

Greenstein & Cordahi, *Les bases du droit anglais* (1981)). Il est donc difficile de dégager un sens commun aux versions française et anglaise de l’art. 32 d’après la définition d’une seule expression. En fait, l’historique législatif de l’art. 32, commençant avec le par. 38(2) (S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)) et plus tard le par. 39(3) (L.R.C. 1985, ch. F-7) de la *Loi sur la Cour fédérale* (« LCF »), qui, comme nous le verrons plus loin, sont ses précurseurs, montre à la fois que le contexte a son importance et que les modifications d’ordre terminologique ne visent pas nécessairement à apporter un changement en droit substantif.

Si nous devons limiter notre analyse au mot « poursuite », nous concluons qu’en général, au Canada, ce terme exclut toute voie de droit extrajudiciaire. Voici la définition qui en est donnée dans H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2^e éd. 2001), p. 425 :

1. Action en justice engagée par une personne en vue de faire valoir son droit ou d’obtenir une sanction contre l’auteur d’une infraction. Ex. La poursuite du créancier contre son débiteur.

Mais des dictionnaires français, également utilisés au Canada, donnent une définition plus large à « poursuite ». Voici ce que G. Cornu dit dans *Vocabulaire juridique* (8^e éd. 2000), p. 654 :

Exercice d’une voie de droit pour contraindre une personne à exécuter ses obligations ou à se soumettre aux ordres de la loi ou de l’autorité publique.

M. Cornu définit ainsi « voie de droit » à la p. 909 :

Moyen offert par la loi aux citoyens de faire reconnaître et respecter leurs droits ou de défendre leurs intérêts; terme générique englobant action en justice, voies (juridictionnelles) de recours, voies d’exécution, recours administratif; par ext., toute procédure juridictionnelle même à l’initiative du ministère public.

Des dictionnaires généraux, comme *Le Petit Larousse* (2003), définissent « poursuite » comme étant une action en justice, mais aussi comme une « [a]ction du fisc pour assurer le recouvrement forcé des créances du Trésor ».

32

It would therefore be difficult to conclude definitively that “*poursuite*” is more restrictive than “*proceedings*” and that this is determinative in the context of s. 32. It is then necessary, in this case, to conclude that the common meaning of the English and French versions of the provision is unclear and that resort to the other rules of statutory interpretation is necessary in order to discern Parliament’s intent. Applying those rules, construing s. 32 in context, harmoniously with the purpose of the *CLPA*, I have concluded that it was meant to include administrative mechanisms that enable the Crown to achieve exactly the same result as it would through a formal action in court.

33

At common law, the Crown was not bound by limitation periods unless a federal statute expressly provided otherwise. On the other hand, the Crown was entitled to the benefit of a limitations defence in proceedings brought against it: see D. Sgayias et al., *The Annotated Crown Liability and Proceedings Act 1995* (1994), at pp. 135-36, and P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 71. The purpose of s. 32 is obviously, in the search for equity, to extend the same benefit of laws of prescription to subjects defending themselves against proceedings brought by the Crown.

34

A court action brought by the Minister to recover tax debt in this appeal would be subject to the limitation provisions in s. 32. It would be incongruous to find that s. 32 of the *CLPA* was intended to apply to the court action but not to the statutory collection procedures that serve the identical purpose. The certainty, evidentiary and diligence rationales that support the application of limitation provisions to Crown proceedings apply equally to both the court and non-court proceedings at issue here. See *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, per Estey J., at p. 284:

When one interpretation can be placed upon a statutory provision which would bring about a more workable and practical result, such an interpretation should be preferred if the words invoked by the Legislature can reasonably bear it

Il serait donc difficile de conclure de façon certaine que le terme « *poursuite* » a un sens plus restrictif que « *proceedings* » et que c’est déterminant dans le contexte de l’art. 32. Il convient donc, en l’espèce, de conclure que le sens commun aux versions française et anglaise de la disposition n’est pas clair et qu’il faut recourir à d’autres règles d’interprétation des lois pour discerner l’intention du législateur. En appliquant ces règles et en interprétant l’art. 32 en contexte, d’une façon qui s’harmonise avec l’objet de la *LRCÉCA*, je conclus qu’il vise entre autres des mécanismes administratifs qui permettent à l’État de parvenir exactement au même résultat que par voie judiciaire.

En common law, l’État n’était pas assujéti aux délais de prescription, sauf si une loi fédérale prévoyait expressément le contraire. Par contre, il avait le droit d’invoquer la prescription comme moyen de défense dans les poursuites intentées contre lui : voir D. Sgayias et al., *The Annotated Crown Liability and Proceedings Act 1995* (1994), p. 135-136, et P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 71. L’article 32 vise de toute évidence, dans la recherche de l’équité, à donner la même possibilité de défense au défendeur ordinaire dans une poursuite intentée contre lui par l’État.

Les dispositions en matière de prescription qui figurent à l’art. 32 s’appliqueraient aux actions en justice intentées par le ministre pour recouvrer la créance fiscale en l’espèce. Il serait absurde de conclure que le législateur veuille que l’art. 32 de la *LRCÉCA* s’applique aux actions en justice et non aux mesures de recouvrement prévues par la loi, qui servent la même fin. Les justifications relatives à la certitude, à la preuve et à la diligence qui sous-tendent l’application des dispositions en matière de prescription aux procédures auxquelles l’État est partie s’appliquent tant aux procédures judiciaires qu’aux procédures non judiciaires en cause en l’espèce. Voir *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, le juge Estey, p. 284 :

[C]’est l’interprétation la plus pratique et la plus efficace qu’il faut retenir lorsque les termes utilisés par le législateur le permettent . . .

There is no reason to infer that Parliament intended for s. 32's application to turn solely upon the technicality of whether the relevant proceeding took place in court. To exclude s. 32's application to proceedings that are equivalent in purpose and effect to a court action would frustrate the object and aim of the provision.

The legislative history of s. 32 of the *CLPA* supports the inference that Parliament intended for its application to extend beyond proceedings in court. Section 38 of the *FCA* was enacted in 1971 (R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)), and later renumbered as s. 39 of R.S.C. 1985, c. F-7. Section 38(2), which was succeeded by s. 39(3), applied limitation provisions to proceedings brought by or against the Crown. Section 39 of the *FCA* stated:

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

(2) A proceeding in the Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

(3) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions referred to in subsections (1) and (2) apply to any proceedings brought by or against the Crown.

Prior to 1992, s. 32 of the *CLPA* (then entitled the *Crown Liability Act*), applied only to tort actions against the Crown. By S.C. 1990, c. 8, ss. 10, and 31, s. 39(3) of the *FCA* was repealed and s. 32 of the *CLPA* was amended to apply to all proceedings in respect of a cause of action brought both by and against the Crown.

It is readily apparent, as the Federal Court of Appeal notes at para. 49, that s. 38(2) and later s. 39(3) were the predecessors to the current s. 32 of the *CLPA*. In determining the legislative intent behind the current wording in s. 32, it is useful to examine the judicial interpretation given to the provisions that came before it. In *E. H. Price Ltd. v.*

Rien ne permet d'imputer au législateur l'intention que l'application de l'art. 32 dépende uniquement de la question technique de savoir si la procédure pertinente est une procédure judiciaire. Ne pas appliquer l'art. 32 aux procédures qui équivalent par leur objet et par leur effet à une action en justice ferait obstacle à l'objectif de cette disposition.

L'historique législatif de l'art. 32 de la *LRCÉCA* appuie l'inférence que le législateur veut que cette disposition s'applique également aux procédures non judiciaires. L'article 38 de la *LCF* a été édicté en 1971 (S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)). Cette disposition est par la suite devenue l'art. 39 des L.R.C. 1985, ch. F-7. Le paragraphe 38(2), qui a été remplacé par le par. 39(3), prévoyait que les dispositions en matière de prescription s'appliquaient aux procédures auxquelles l'État était partie. Voici ce que prévoyait l'art. 39 de la *LCF* :

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province.

(3) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription visées aux paragraphes (1) et (2) s'appliquent à toutes les procédures engagées par ou contre la Couronne.

Avant 1992, l'art. 32 de la *LRCÉCA* (alors la *Loi sur la responsabilité de l'État*) ne s'appliquait qu'aux actions en responsabilité délictuelle intentées contre l'État. Dans L.C. 1990, ch. 8, art. 10 et 31, le par. 39(3) de la *LCF* a été abrogé et l'art. 32 de la *LRCÉCA* a été modifié de façon à s'appliquer lors de toute poursuite pour un fait générateur à laquelle l'État est partie.

Il est facile de constater, comme le souligne la Cour d'appel fédérale au par. 49, que le par. 38(2) et ultérieurement le par. 39(3) ont précédé l'actuel art. 32 de la *LRCÉCA*. Pour déterminer l'intention du législateur quant au libellé actuel de l'art. 32, il est utile d'examiner l'interprétation que les tribunaux ont donnée aux dispositions qui l'ont

The Queen, [1983] 2 F.C. 841, the Federal Court of Appeal considered whether s. 38(2) of the *FCA* applied to the Minister's registration of a certificate under the *Excise Tax Act*. In *obiter*, Clement D.J. held at pp. 847-48 that in the absence of the limiting words "in the Court" that were contained in s. 38(1), "proceedings" under s. 38(2) were not limited to court proceedings and included the Minister's registration of a certificate. In its subsequent amendment of s. 32 of the *CLPA*, Parliament did not include the words "in the court" or words of a similar limiting effect. As Rothstein J.A. found at para. 50, "it is a fair inference that Parliament, not having done so, meant to adopt the interpretation in *E. H. Price* so that 'proceedings' in section 32 include all legal processes in respect of a cause of action, whether court or otherwise". Although the words "in respect of a cause of action" were not included in s. 39(3), for the reasons I have outlined, the inclusion of these words in s. 32 does not have the effect of limiting the provision's application to proceedings in court.

précédé. Dans *E. H. Price Ltd. c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 841, la Cour d'appel fédérale s'est demandé si le par. 38(2) de la *LCF* s'appliquait à l'enregistrement par le ministre d'un certificat en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans une remarque incidente, le juge suppléant Clement a déclaré aux p. 847-848 qu'en l'absence de l'expression restrictive « devant la Cour » qui figure au par. 38(1), le terme « procédures » au par. 38(2) ne visait pas uniquement les procédures judiciaires et s'appliquait également à l'enregistrement d'un certificat par le ministre. Dans la modification qu'il a apportée subséquemment à l'art. 32 de la *LRCÉCA*, le législateur n'a pas inclus l'expression « devant la Cour » ou autre terme ayant un effet limitatif semblable. Comme le déclare le juge Rothstein au par. 50, « on peut équitablement conclure que le législateur, puisqu'il n'a pas agi ainsi, avait l'intention d'adopter l'interprétation de l'arrêt *E. H. Price*, de sorte que les "poursuites" ("*proceedings*") prévues à l'art. 32 incluent toutes les voies de droit relatives à une cause d'action, qu'elles soient engagées devant une cour ou autrement ». Bien que le terme « pour [un] fait générateur » ne figure pas au par. 39(3), pour les motifs que j'ai exposés précédemment, son inclusion à l'art. 32 n'a pas pour effet de restreindre l'application de cette disposition aux procédures judiciaires.

37

I conclude that the English version best reflects the intent of the legislator. As a result, it should be determined which particular limitation period provided by s. 32 applies to these proceedings. This depends upon whether the cause of action on the federal tax debt arose in a province or otherwise than in a province.

(2) Does the Cause of Action Arise in a Province, or Otherwise than in a Province?

38

Section 32 applies provincial limitation laws to proceedings in respect of a cause of action arising in a province, and a six-year limitation period to those which arise otherwise than in a province. The motions judge, at para. 59, would have found that the cause of action arose otherwise than in a province. The Court of Appeal applied the provincial limitation provision and so, implicitly at least,

Je conclus que la version anglaise reflète le mieux l'intention du législateur. En conséquence, il faudrait déterminer quel délai de prescription prévu à l'art. 32 s'applique à la procédure en l'espèce. Il s'agit de se demander si le fait générateur de la dette fiscale fédérale est survenu dans une province ou ailleurs que dans une province.

(2) Le fait générateur est-il survenu dans une province ou ailleurs que dans une province?

En vertu de l'art. 32, les règles de droit provinciales en matière de prescription s'appliquent lors des poursuites pour un fait générateur survenu dans une province, et lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, le recours se prescrit par six ans. Au paragraphe 59, le juge des requêtes aurait conclu que le fait générateur était survenu ailleurs que dans une province. La Cour

found that the cause of action arose in a province. In this appeal, the matter is of no particular consequence, because in either case the limitation period runs for six years from the date upon which the cause of action arose. Nonetheless, I conclude that the appellant's cause of action arose otherwise than in a province, and hence that the six-year limitation period provided by s. 32 applies.

Tax debts created under the *ITA* arise pursuant to federal legislation and create rights and duties between the federal Crown and residents of Canada or those who have earned income within Canada. The debt may arise from income earned in a combination of provinces or in a foreign jurisdiction. The debt is owed to the federal Crown, which is not located in any particular province and does not assume a provincial locale in its assessment of taxes. Consequently, on a plain reading of s. 32, the cause of action in this case arose "otherwise than in a province".

A purposive reading of s. 32 supports this finding. If the cause of action were found to arise in a province, the limitation period applicable to the federal Crown's collection of tax debts could vary considerably depending upon the province in which the income was earned and its limitation periods. In addition to the administrative difficulties that potentially arise from having to determine the specific portions of tax debts that arise in different provinces, the differential application of limitation periods to Canadian taxpayers could impair the equitable collection of taxes. Disparities amongst provincial limitation periods could foreseeably lead to more stringent tax collection in some provinces and more lenient collection in others. The Court can only presume that in providing for a limitation period of six years to apply to proceedings in respect of a cause of action arising otherwise than in a province, Parliament intended for limitation provisions to apply uniformly throughout the country with

d'appel a appliqué la disposition provinciale en matière de prescription et a donc, au moins implicitement, conclu que le fait générateur était survenu dans une province. En l'espèce, cette question est sans conséquence particulière, parce que dans les deux cas le délai de prescription est de six ans et commence à courir le jour suivant la date où survient le fait générateur. Quoiqu'il en soit, j'estime que le fait générateur du recours de l'appelante est survenu ailleurs que dans une province et que le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 32 s'applique.

Les dettes fiscales contractées en vertu de la *LIR* découlent d'une loi fédérale et créent des droits et des obligations entre l'État fédéral et les résidents du Canada ou les personnes qui ont gagné un revenu au Canada. La dette peut découler d'un revenu gagné dans plusieurs provinces ou dans un autre pays. Il s'agit d'une dette envers le gouvernement fédéral, qui n'est situé dans aucune province et qui ne prend pas de province particulière comme point de repère pour l'établissement de ses cotisations. En conséquence, selon le sens clair de l'art. 32, le fait générateur en l'espèce est survenu « ailleurs que dans une province ».

Une interprétation téléologique de l'art. 32 appuie cette conclusion. Si on concluait que le fait générateur est survenu dans une province, le délai de prescription applicable au recouvrement par le gouvernement fédéral de créances fiscales pourrait varier considérablement selon la province dans laquelle le revenu a été gagné et ses délais de prescription. En plus des difficultés administratives qui pourraient survenir à cause de l'obligation de répartir les dettes fiscales selon la province où elles ont été contractées, l'application différente des délais de prescription aux contribuables canadiens pourrait porter atteinte à l'équité en matière de recouvrement des créances fiscales. Des disparités entre les délais de prescription provinciaux pourraient, de façon prévisible, donner lieu à des systèmes de recouvrement fiscal plus sévères dans certaines provinces et moins sévères dans d'autres. La Cour peut seulement présumer que, lorsqu'il a prévu qu'un délai de prescription de six ans s'appliquerait aux procédures relatives à un fait générateur survenu ailleurs

39

40

regard to proceedings of the kind at issue in this appeal.

41 I conclude that the collection proceedings under the *ITA* are subject to prescription six years after the cause of action arose. As noted above, the cause of action in this case comprised the respondent's tax debt and the expiry of the 90-day delay period after the mailing of the Notice of Assessment dated June 17, 1986. As a result, the cause of action arose on September 16, 1986. The Minister undertook no action in the six years after that date to effect a renewal of the limitation period. Consequently, as of September 16, 1992, s. 32 of the *CLPA* barred the Minister from collecting the respondent's 1986 federal tax debt. Limitation periods have traditionally been understood to bar a creditor's remedy but not his or her right to the underlying debt. In my view, this is a distinction without a difference. For all intents and purposes, the respondent's federal tax debt is extinguished.

B. *The Provincial Tax Debt*

42 The final issue is whether the Minister, in his or her role as agent of the province of British Columbia, is barred by the B.C. *Limitation Act* from collecting tax debts arising under the B.C. *ITA*.

43 Section 49 of the B.C. *ITA* provides that s. 222 of the *ITA* applies for the purposes of the B.C. *ITA*, subject, as *per* s. 1(7), to such modifications as the circumstances require to make it applicable to British Columbia. Accordingly, tax debts arising under the B.C. *ITA* are debts owed to the province.

44 Section 69 of the B.C. *ITA* authorizes British Columbia's Minister of Finance and Corporate Relations to enter into a collection agreement whereby the federal government agrees to collect taxes payable under the B.C. *ITA* and remit those taxes to the provincial government. A collection agreement of this kind between British Columbia and the Government of Canada has been in place since 1962: Memorandum of Agreement,

que dans une province, le législateur voulait que les dispositions en matière de prescription s'appliquent de manière uniforme partout au pays en ce qui concerne les procédures du type de celle en cause en l'espèce.

Je conclus que les mesures de recouvrement prises en vertu de la *LIR* sont prescrites six ans après la survenance du fait générateur. La dette fiscale de l'intimé et l'expiration du délai de 90 jours suivant la mise à la poste de l'avis de cotisation daté du 17 juin 1986 constituent le fait générateur en l'espèce. Celui-ci est donc survenu le 16 septembre 1986. Pendant les six années qui ont suivi cette date, le ministre n'a pris aucune mesure en vue du renouvellement du délai de prescription. Par conséquent, à partir du 16 septembre 1992, selon l'art. 32 de la *LRCÉCA*, le ministre ne pouvait plus exiger de l'intimé le remboursement de sa dette fiscale pour l'année 1986. On a traditionnellement considéré que les délais de prescription empêchaient le créancier d'exercer son recours, mais qu'ils n'éteignaient pas sa créance. À mon avis, il s'agit là d'une distinction vide de sens. À toutes fins utiles, la dette fiscale fédérale de l'intimé est prescrite.

B. *La dette fiscale provinciale*

Il reste à déterminer si la *Limitation Act* empêche le ministre, en tant que mandataire de la Colombie-Britannique, de demander le remboursement des dettes fiscales découlant de l'*ITA*.

L'article 49 de l'*ITA* prévoit que l'art. 222 de la *LIR* s'applique dans le cadre de l'*ITA* avec, conformément au par. 1(7), les adaptations nécessaires à son application en Colombie-Britannique. En conséquence, les dettes fiscales découlant de l'*ITA* sont des dettes envers la province.

L'article 69 de l'*ITA* autorise le ministre des Finances et des Relations avec les entreprises de la Colombie-Britannique à conclure avec le gouvernement fédéral un accord de perception par lequel ce dernier accepte de percevoir les impôts payables en vertu de l'*ITA* et de les verser au gouvernement provincial. Un accord de perception de ce type entre la Colombie-Britannique et le gouvernement du Canada existe depuis 1962 : Memorandum of

January 28, 1962. Subsection 1(1) of this agreement states as follows:

Canada, as agent of the Province, will collect for and on behalf of the Province the income taxes imposed under the [B.C. *ITA*] [Emphasis added.]

As a result, the provincial government, as principal, has delegated its right to collect tax debts to the federal government, its agent. It has long been accepted that the authority, express or implied, of every agent is confined within the limits of the powers of his or her principal: see F. M. B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency* (16th ed. 1996), at p. 110. Accordingly, in order to determine the collection rights that are delegated to the federal government, it is necessary to determine the collection rights of the province.

The B.C. *Limitation Act* governs the law on limitations of actions within British Columbia. Section 14(1) of the British Columbia *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, states that unless an enactment specifically provides otherwise it is binding on the Government of British Columbia. The B.C. *Limitation Act* does not provide otherwise, and so its provisions apply to proceedings brought by and against the provincial government.

Section 3(5) of the B.C. *Limitation Act* applies a limitation period of six years to actions for which prescription is not “specifically provided for” in another Act. Under s. 1 of the B.C. *Limitation Act*, an action is defined as including “any proceeding in a court and any exercise of a self help remedy”. I agree with both the motions judge and the Court of Appeal that the term “self help remedy” encompasses the statutory collection procedures available under the B.C. *ITA*. A statutory collection procedure is a self help mechanism by which the Minister is able to effect a result that could otherwise be achieved only through an action in court. As well, the B.C. *ITA* does not specifically provide for limitation periods in its collection provisions.

Consequently, the province’s right to pursue collection proceedings under the B.C. *ITA* is subject to

Agreement, 28 janvier 1962. Voici ce que prévoit le par. 1(1) de cette entente :

[TRADUCTION] Le Canada, en tant que mandataire de la province, percevra pour le compte de celle-ci les impôts exigés en vertu de [l’*ITA*] . . . [Je souligne.]

Par conséquent, le gouvernement provincial, le mandant, a délégué au gouvernement fédéral, le mandataire, son pouvoir de recouvrer les créances fiscales. Il est bien établi que les pouvoirs, explicites ou implicites, de tout mandataire sont circonscrits par les pouvoirs de son mandant : F. M. B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency* (16^e éd. 1996), p. 110. Pour savoir quels pouvoirs de recouvrement ont été délégués au gouvernement fédéral, il faut déterminer les pouvoirs de recouvrement de la province.

La *Limitation Act* régit le droit applicable en ce qui a trait à la prescription des actions en Colombie-Britannique. Le paragraphe 14(1) de la *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 238, prévoit que les dispositions législatives lient le gouvernement de la Colombie-Britannique à moins qu’elles ne prévoient expressément le contraire. La *Limitation Act* ne prévoit pas le contraire. Ses dispositions s’appliquent donc aux procédures auxquelles est partie le gouvernement provincial.

Le paragraphe 3(5) de la *Limitation Act* dispose que les actions pour lesquelles un délai de prescription n’a pas été [TRADUCTION] « expressément prévu » par une autre loi se prescrivent par six ans. En vertu de l’article premier de la *Limitation Act*, une action s’entend notamment [TRADUCTION] « de toute procédure judiciaire et de l’exercice de toute voie de droit extrajudiciaire ». Je conviens avec le juge des requêtes et la Cour d’appel que l’expression « voie de droit extrajudiciaire » comprend les mesures de recouvrement prévues dans l’*ITA*. Une mesure de recouvrement prévue par la loi est un mécanisme extrajudiciaire par lequel le ministre peut atteindre un résultat qui ne pourrait autrement être atteint que par action en justice. En outre, l’*ITA* ne prévoit pas expressément de délais de prescription dans ses dispositions sur le recouvrement.

Par conséquent, le droit de la province de prendre des mesures de recouvrement en vertu de l’*ITA* est

45

46

47

48

the limitation period set out in s. 3(5) of the B.C. *Limitation Act*. Moreover, pursuant to s. 9(1) of the B.C. *Limitation Act*, on the expiration of the limitation period, the province's right and title to the tax debt is extinguished, and pursuant to s. 9(3), the province's right and title to interest on the tax debt is extinguished.

49 As noted above, the federal Crown's right to collect provincial taxes in this case is no greater than the right delegated to it by the province. Since the province's collection rights are subject to expiry six years after the underlying cause of action arose, so too are the collection rights of the federal Crown as its agent.

50 The cause of action here consisted of the tax debt and the expiry of the delay period allowing collection action to be taken on September 16, 1986. The Minister undertook no action in the six years after that date to effect a renewal of the limitation period. Consequently, as of September 16, 1992, the federal Crown became statute-barred from collecting the provincial tax debt. As well, the right and title of any claimant to the respondent's provincial tax debt, and its accrued interest, were extinguished on that date.

VI. Conclusion

51 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Gonthier and Deschamps JJ. were delivered by

52 DESCHAMPS J. — I agree with the reasons of my colleague, Justice Major, except on one point.

53 In determining where the cause of action arises under s. 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, Major J. focusses on the location of the federal government. The conclusion that the cause of action arises "otherwise than in a province" is, in my view, inappropriate in two ways. First, it emphasizes the residence of the creditor instead of relying on the connecting factors of the cause of action and second, it means that the federal

assujetti au délai de prescription prévu au par. 3(5) de la *Limitation Act*. De plus, à l'expiration de ce délai le droit et le titre de la province à la créance fiscale s'éteignent en application du par. 9(1) de la *Limitation Act* et le droit et le titre de la province aux intérêts sur la dette fiscale s'éteignent en application du par. 9(3) de cette loi.

Le pouvoir du gouvernement fédéral de recouvrer les impôts provinciaux en l'espèce est circonscrit par le pouvoir que lui a délégué la province. Comme les droits de recouvrement de la province se prescrivent par six ans suivant la naissance du fait générateur, il en est de même pour les droits de recouvrement du gouvernement fédéral, qui est son mandataire.

La dette fiscale et l'expiration, le 16 septembre 1986, du délai permettant de prendre des mesures de recouvrement constituent le fait générateur en l'espèce. Pendant les six années qui ont suivi cette date, le ministre n'a pris aucune mesure en vue du renouvellement du délai de prescription. En conséquence, le 16 septembre 1992, le droit du gouvernement fédéral de recouvrer la créance fiscale provinciale était prescrit. En outre, le droit et le titre de tout créancier quant à la dette fiscale provinciale de l'intimé et aux intérêts courus se sont éteints à cette date.

VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Gonthier et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS — Je partage l'opinion de mon collègue le juge Major, sauf sur un point.

Pour déterminer où survient le fait générateur selon l'art. 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, le juge Major se concentre sur le lieu où est situé le gouvernement fédéral. La conclusion que le fait générateur survient « ailleurs que dans une province » est, à mon avis, inappropriée pour deux raisons. D'abord, elle met l'accent sur la résidence du créancier au lieu de tenir compte

government is not located anywhere in Canada or, as the French version of s. 32 reads, the federal government would be located “*ailleurs que dans une province*”. Common sense, rather, would dictate that the federal Crown is located in every province and not “otherwise than in a province”.

The cause of action concept is more readily understood in negligence cases. Here, however, the claim has a statutory foundation. It may be characterized as a right *in personam*, i.e. the right of the Crown against the taxpayer. This Court, in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, dealt with a similar problem in a case concerned with a tax exemption. Although the residence criterion was modified in favour of a test encompassing all connecting factors, the *situs* analysis was upheld to determine the location of the debt. This concept is also used in private international law in order to determine where enforcement of a claim can be pursued: J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at para. 22.2.

Applying the connecting factors test used in *Williams*, the factors would be the respondent’s residence, his place of employment and the place where his income was received. All of these factors point to British Columbia. The British Columbia six-year limitation period should apply.

Since the federal government is, by virtue of its agreement with all of the provinces (except Quebec), responsible for collecting all provincial income taxes, it is sensible to bind its federal tax claim to the limits available on the provincial one. Efficiency is thus preserved by invoking one limitation for both the federal and provincial income tax debts arising in each province, other than Quebec.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Vancouver.

des facteurs de rattachement du fait générateur et, de plus, elle implique que le gouvernement fédéral n’est situé nulle part au Canada ou, pour reprendre le libellé de la version française de l’art. 32, qu’il serait situé « ailleurs que dans une province ». Le bon sens dicte plutôt que le gouvernement fédéral soit situé dans chaque province et non « ailleurs que dans une province ».

Le concept du fait générateur est plus facile à comprendre dans les cas de négligence. Ici, cependant, la réclamation trouve son fondement dans une loi. Elle peut être qualifiée de droit personnel de l’État contre le contribuable. Dans *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, la Cour était saisie d’un problème analogue. Elle devait déterminer les conditions d’application d’une exemption fiscale. Bien que le critère de la résidence ait été modifié en faveur d’un critère englobant tous les facteurs de rattachement, l’analyse fondée sur le *situs* a été maintenue. Ce concept est aussi utilisé en droit international privé pour déterminer l’endroit où une action peut être intentée : J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5^e éd. (feuilles mobiles)), par. 22.2.

Selon le critère des facteurs de rattachement utilisé dans *Williams*, les facteurs pertinents sont : la résidence de l’intimé, son lieu d’emploi et le lieu où il a reçu son revenu. Tous ces facteurs indiquent que le fait générateur est survenu en Colombie-Britannique. La prescription applicable est celle de la Colombie-Britannique, soit six ans.

Puisque le gouvernement fédéral est, par suite d’une entente avec toutes les provinces, à l’exception du Québec, responsable de la perception des impôts provinciaux sur le revenu, il est logique que le recouvrement des créances fiscales fédérales soit assujéti aux délais de prescription prévus pour le recouvrement des créances fiscales provinciales. Il en résulte un seul délai de prescription pour les créances fiscales fédérales et provinciales recouvrées dans chacune des provinces, sauf au Québec. L’efficacité est ainsi préservée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l’appelante : Ministère de la Justice, Vancouver.

54

55

56

*Solicitors for the respondent: Legacy Tax & Trust
Lawyers, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Legacy Tax & Trust
Lawyers, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: McCarthy Tétrault,
Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante : McCarthy
Tétrault, Vancouver.*

IN THE MATTER of a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to section 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, regarding the Earth Future Lottery and section 207 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46

Attorney General of Prince Edward Island and Earth Fund *Appellants*

v.

Attorney General of Canada, Interprovincial Lottery Corporation, the Ontario Lottery and Gaming Corporation, Loto-Québec, Western Canada Lottery Corporation and British Columbia Lottery Corporation *Respondents*

and

Attorney General of Ontario and Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE EARTH FUTURE LOTTERY

Neutral citation: 2003 SCC 10.

File No.: 29213.

2003: March 11.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR PRINCE EDWARD ISLAND

Criminal law — Gaming and betting — Lotteries — Lieutenant Governor in Council issuing licence to charitable organization to conduct lottery — Lawfulness of Internet lottery scheme.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (2002), 211 Nfld. & P.E.I.R. 311, 633 A.P.R. 311, 166 C.C.C. (3d) 373, 215 D.L.R. (4th) 656, [2002] P.E.I.J. No. 34 (QL), 2002

DANS L’AFFAIRE du renvoi présenté par le lieutenant-gouverneur en conseil, conformément à l’article 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, relativement à la Earth Future Lottery et à l’article 207 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-46

Procureur général de l’Île-du-Prince-Édouard et Fonds pour la terre *Appellants*

c.

Procureur général du Canada, Société de la loterie interprovinciale, Société des loteries et des jeux de l’Ontario, Loto-Québec, Western Canada Lottery Corporation et British Columbia Lottery Corporation *Inimés*

et

Procureur général de l’Ontario et procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RENOI RELATIF À LA EARTH FUTURE LOTTERY

Référence neutre : 2003 CSC 10.

N° du greffe : 29213.

2003 : 11 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Droit criminel — Jeux et paris — Loteries — Permis d’organiser une loterie délivré par le lieutenant-gouverneur en conseil à une oeuvre de bienfaisance — Légalité du système de loterie par Internet.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Île-du-Prince-Édouard (2002), 211 Nfld. & P.E.I.R. 311, 633 A.P.R. 311, 166 C.C.C. (3d) 373, 215 D.L.R. (4th) 656, [2002] P.E.I.J. No. 34 (QL), 2002

PESCAD 8, finding a lottery scheme unlawful. Appeal dismissed.

Cyndria L. Wedge and Brian A. Crane, Q.C., for the appellant the Attorney General of Prince Edward Island.

Marlys A. Edwardh, Richard Litkowski and Marshall Pollock, Q.C., for the appellant Earth Fund.

Robert W. Hubbard and Paul B. Adams, for the respondent the Attorney General of Canada.

Michael L. Phelan and D. Michael Brown, for the respondents the Interprovincial Lottery Corporation et al.

Scott C. Hutchison, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Joanne Marceau and Pierre Lapointe, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — It will not be necessary to hear from the respondents or the interveners. The Court would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the Chief Justice of Prince Edward Island. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Prince Edward Island: Office of the Attorney General, Charlottetown.

Solicitors for the appellant Earth Fund: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ontario Regional Office, Toronto.

Solicitors for the respondents the Interprovincial Lottery Corporation et al.: Ogilvy Renault, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

2002 PESCAD 8, concluant à l'illégalité d'une loterie. Pourvoi rejeté.

Cyndria L. Wedge et Brian A. Crane, c.r., pour l'appelant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Marlys A. Edwardh, Richard Litkowski et Marshall Pollock, c.r., pour l'appelant Fonds pour la terre.

Robert W. Hubbard et Paul B. Adams, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Michael L. Phelan et D. Michael Brown, pour les intimées la Société de la loterie interprovinciale et autres.

Scott C. Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et Pierre Lapointe, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Il ne sera nécessaire d'entendre ni les intimés ni les intervenants. La Cour est d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés par le Juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Bureau du procureur général, Charlottetown.

Procureurs de l'appelant Fonds pour la terre : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Bureau régional de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées la Société de la loterie interprovinciale et autres : Ogilvy Renault, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des procureurs de la Couronne, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

M.S. *Respondent***INDEXED AS: R. v. M.S.****Neutral citation: 2003 SCC 11.**

File No.: 29251.

2003: March 13.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Driving offences — Dangerous driving — Trier of fact could have made finding of dangerous driving upon evidence but failure to do so not amounting to error of law.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 160 O.A.C. 184, 24 M.V.R. (4th) 165, 4 C.R. (6th) 157, [2002] O.J. No. 2194 (QL), upholding the accused's acquittal on dangerous driving counts. Appeal dismissed.

Thomas D. Galligan, for the appellant.

Michael H. O'Brien and *Matthew Wells*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — Mr. O'Brien, it will not be necessary to hear from you as the Court is ready to pronounce judgment. Before doing so, Mr. Galligan, the Court wishes to thank you for your able submissions.

This appeal comes to us as of right. In the final analysis, we agree with the majority in the Ontario Court of Appeal ((2002), 4 C.R. (6th) 157) that: "While there was evidence upon which a trier of fact could make a finding of dangerous driving, in the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

M.S. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. M.S.****Référence neutre : 2003 CSC 11.**

N° du greffe : 29251.

2003 : 13 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Infractions en matière de conduite automobile — Conduite dangereuse — Le juge des faits aurait pu conclure qu'il y a eu conduite dangereuse en s'appuyant sur les éléments de preuve, mais l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 160 O.A.C. 184, 24 M.V.R. (4th) 165, 4 C.R. (6th) 157, [2002] O.J. No. 2194 (QL), confirmant l'acquiescement de l'accusé relativement à des chefs d'accusation de conduite dangereuse. Pourvoi rejeté.

Thomas D. Galligan, pour l'appelante.

Michael H. O'Brien et *Matthew Wells*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e O'Brien, étant donné que la Cour est prête à rendre jugement. Avant de le faire, la Cour tient à vous remercier, M^e Galligan, de votre solide argumentation.

Le présent appel est interjeté de plein droit. En fin de compte, nous partageons l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ((2002), 4 C.R. (6th) 157), selon lequel [TRADUCTION] « Même s'il existait des éléments de preuve susceptibles de

circumstances, the failure to do so did not amount to an error of law” (para. 11).

permettre à un juge des faits de conclure qu’il y avait eu conduite dangereuse, l’omission de le faire ne constituait pas une erreur de droit dans les présentes circonstances » (par. 11).

3

Accordingly, the appeal is dismissed.

En conséquence, l’appel est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l’appelante : Ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondent: Sullivan, Festeryga, Lawlor & Arrell, Hamilton.

Procureurs de l’intimé : Sullivan, Festeryga, Lawlor & Arrell, Hamilton.

Richard Willis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*INDEXED AS: **R. v. WILLIS**Neutral citation: **2003 SCC 12.**

File No.: 29304.

2003: March 14.

Present: Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Evidence — Identification evidence — Accused convicted of assault with intent to steal money — Verdict reasonable.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [2003] 2 W.W.R. 12, [2002] M.J. No. 413 (QL), 2002 MBCA 138, upholding a conviction for assault with the intent to steal money. Appeal dismissed.

Evan J. Roitenberg and Sarah A. Inness, for the appellant.

Donald R. Slough, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

GONTHIER J. — We are not persuaded that the Court of Appeal was in error in concluding that the verdict was reasonable. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pinx Roitenberg Campbell, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

Richard Willis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*RÉPERTORIÉ : **R. c. WILLIS**Référence neutre : **2003 CSC 12.**

N° du greffe : 29304.

2003 : 14 mars.

Présents : Les juges Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Preuve d'identification — Accusé déclaré coupable d'avoir commis des voies de fait dans l'intention de voler de l'argent — Verdict raisonnable.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Manitoba, [2003] 2 W.W.R. 12, [2002] M.J. No. 413 (QL), 2002 MBCA 138, confirmant une déclaration de culpabilité de voies de fait dans l'intention de voler de l'argent. Pourvoi rejeté.

Evan J. Roitenberg et Sarah A. Inness, pour l'appelant.

Donald R. Slough, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Nous ne sommes pas convaincus que la Cour d'appel a fait erreur en jugeant que le verdict était raisonnable. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pinx Roitenberg Campbell, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Justice Manitoba, Winnipeg.

The Crown in Right of Alberta and Jim Dixon, Public Service Commissioner of Alberta *Appellants*

v.

Audrey Allen, William Bentley, Faye Chorney, B.C. Desai, Po Y. Fok, Cynthia Formaniuk, Larry Fraser, Cecile Gartner, George Gordon, Joseph Huba, Allan Jones, James Kocyba, Sai-Bong Lee, Patrick Malcolmson, Donald Maltais, Harold Matheson, Robert Osokin, Christine Ostanoski, George Parsons, Beverly Peterson, Satwant Rakhra, Alfred Richards, Robert Roseberg, Fernando Raul Scherpenisse, Duane Sears, Volesh Shaikh, Normin Simpson, Robin Sundstrom, Christine Vaillancourt, Donna Vanderbrink, Daniel Warkentin, Edward Waud and Nyuk-Ken Wong *Respondents*

INDEXED AS: ALLEN v. ALBERTA

Neutral citation: 2003 SCC 13.

File No.: 28834.

Hearing and judgment: December 10, 2002.

Reasons delivered: March 20, 2003.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Labour relations — Arbitration — Jurisdiction of forums other than arbitration board — Crown employees' positions privatized — Employees accepting employment with private employer — Collective agreement providing for severance pay — Letter of intent between government and union providing that employees not entitled to severance pay on acceptance of employment with private employer — Letter of intent stating that it is not part of collective agreement and not subject to grievance procedure — Employees seeking declaration

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et Jim Dixon, Public Service Commissioner of Alberta *Appelants*

c.

Audrey Allen, William Bentley, Faye Chorney, B.C. Desai, Po Y. Fok, Cynthia Formaniuk, Larry Fraser, Cecile Gartner, George Gordon, Joseph Huba, Allan Jones, James Kocyba, Sai-Bong Lee, Patrick Malcolmson, Donald Maltais, Harold Matheson, Robert Osokin, Christine Ostanoski, George Parsons, Beverly Peterson, Satwant Rakhra, Alfred Richards, Robert Roseberg, Fernando Raul Scherpenisse, Duane Sears, Volesh Shaikh, Normin Simpson, Robin Sundstrom, Christine Vaillancourt, Donna Vanderbrink, Daniel Warkentin, Edward Waud et Nyuk-Ken Wong *Intimés*

RÉPERTORIÉ : ALLEN c. ALBERTA

Référence neutre : 2003 CSC 13.

N^o du greffe : 28834.

Audition et jugement : 10 décembre 2002.

Motifs déposés : 20 mars 2003.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Relations de travail — Arbitrage — Compétence des arbitres en droit du travail et des tribunaux judiciaires — Privatisation des postes de fonctionnaires provinciaux — Acceptation par les employés de l'offre d'emploi de l'employeur privé — Indemnité de départ prévue dans la convention collective — Lettre d'intention signée par le gouvernement et le syndicat stipulant que les employés n'auront pas droit à l'indemnité de départ s'ils acceptent de travailler pour l'employeur privé — Lettre d'intention précisant aussi qu'elle ne fait pas partie de la convention

of entitlement to severance pay in civil courts — Whether civil courts could be seized of claim.

When the respondents' positions in the Alberta public service were privatized, they accepted work with the Association that took over that work. Although their collective agreement with the Alberta government provided for severance pay, a letter of intent signed by the government and the union provided that these employees would have to resign from the public service and would not be entitled to severance pay. It also stated that it did not form part of the collective agreement and was not subject to its grievance procedure. The respondents brought an action seeking a declaration of entitlement to severance pay in the Court of Queen's Bench. That court struck the claim and stayed the action because the claim arose out of the collective agreement. A majority of the Court of Appeal allowed an appeal from that decision.

Held: The appeal should be allowed.

Claims arising out of a collective agreement should be dealt with exclusively under the grievance procedure established in accordance with the agreement or the relevant labour legislation. As a general rule, such claims should be disposed of by labour arbitrators and regular civil courts do not retain concurrent jurisdiction over them. The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement.

Here, any entitlement to severance was based on the collective agreement. The letter of intent did not change the legal situation of the parties. Any claim that severance pay had been lost through resignations procured under duress would have fallen in all its aspects within the jurisdiction of the arbitrator. In the course of the arbitration, the question as to whether the letter of intent was a bar to the claim would have been raised and dealt with by the arbitrator. Even if it was not formally a part of the collective agreement, the letter was at least an agreement which addressed potential grievances and the status of employees who were being transferred to a new employer. In a context where no claim of unfair or inadequate union representation had been advanced, such issues remained a matter for the arbitrator and for the process of collective negotiation between the employer and the union.

collective et qu'elle n'est pas assujettie à la procédure de traitement des griefs — Les employés demandent aux tribunaux civils de déclarer qu'ils ont droit à l'indemnité de départ — Leur demande échappe-t-elle à la compétence des tribunaux civils?

Au moment de la privatisation de leurs postes au sein de la fonction publique de l'Alberta, les intimés acceptent de travailler pour le nouvel employeur désormais responsable de l'accomplissement du travail. Leur convention collective avec le gouvernement de l'Alberta prévoit une indemnité de départ, mais une lettre d'intention signée par le gouvernement et le syndicat stipule que ces employés doivent démissionner de la fonction publique et n'auront pas droit à l'indemnité de départ. La lettre précise aussi qu'elle ne fait pas partie de la convention collective et qu'elle n'est pas assujettie à la procédure de traitement des griefs. Les intimés intentent une action devant la Cour du Banc de la Reine, leur demandant de statuer qu'ils ont droit à une indemnité de départ. La cour radie la demande parce qu'elle découle d'une convention collective. La Cour d'appel annule cette décision à la majorité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les demandes résultant d'une convention collective doivent être tranchées exclusivement au moyen de la procédure de traitement des griefs établie conformément à la convention ou à la législation pertinente. Dans la mesure où ils relèvent de la convention collective, ces litiges doivent généralement être tranchés par des arbitres en droit du travail et les tribunaux civils ne conservent aucune compétence concurrente à leur égard. Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective.

En l'espèce, tout droit à une indemnité de départ repose sur la convention collective. La lettre d'intention n'a rien changé à la situation juridique des parties. Toute prétention à l'extinction du droit à une indemnité de départ par suite des démissions obtenues par la contrainte relève entièrement de la compétence de l'arbitre. Dans le cadre de l'arbitrage, l'arbitre aurait examiné et tranché la question de savoir si la lettre d'intention rend la demande irrecevable. Bien qu'elle ne fasse pas officiellement partie de la convention collective, cette lettre constitue à tout le moins une convention qui traite des griefs éventuels et du statut des employés transférés à un nouvel employeur. Dans un contexte où il n'est pas allégué que le syndicat aurait manqué à son devoir de représenter les employés adéquatement et de façon juste, ces questions relèvent de l'arbitre et de la procédure de négociation collective entre l'employeur et le syndicat.

Cases Cited

Applied: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; **referred to:** *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, Rule 129(1).
Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2, Div. 5, ss. 38(1), 133, 134.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33, ss. 25 [am. 1994, c. 19, s. 2(6)], 61 [am. 1994, c. 40, s. 10].
Public Service Employee Relations Act, S.A. 1977, c. 40, ss. 25, 61, 99.

Authors Cited

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2001] 9 W.W.R. 609, 93 Alta. L.R. (3d) 213, 286 A.R. 132, [2001] A.J. No. 863 (QL), 2001 ABCA 171, setting aside a judgment of the Court of Queen's Bench (1999), 245 A.R. 32, [1999] A.J. No. 529 (QL), 1999 ABQB 352. Appeal allowed.

David Ross, Q.C., and *Hugh J. D. McPhail, Q.C.*, for the appellants.

G. Brent Gawne, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal concerns the relationship between the jurisdictions of labour arbitrators and that of the courts in respect of claims arising out of employment relationships. The Court of Appeal of Alberta has held that the respondents can claim severance pay from the Government of Alberta in the Court of Queen's Bench of Alberta, after the privatization

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, art. 129(1).
Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2, Div. 5, art. 38(1), 133, 134.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, ch. P-33, art. 25 [mod. 1994, ch. 19, art. 2(6)], 61 [mod. 1994, ch. 40, art. 10].
Public Service Employee Relations Act, S.A. 1977, ch. 40, art. 25, 61, 99.

Doctrine citée

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2001] 9 W.W.R. 609, 93 Alta. L.R. (3d) 213, 286 A.R. 132, [2001] A.J. No. 863 (QL), 2001 ABCA 171, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1999), 245 A.R. 32, [1999] A.J. No. 529 (QL), 1999 ABQB 352. Pourvoi accueilli.

David Ross, c.r., et *Hugh J. D. McPhail, c.r.*, pour les appelants.

G. Brent Gawne, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

L'appel porte sur le lien entre la compétence des arbitres en droit du travail et celle des tribunaux relativement aux demandes résultant des relations de travail. La Cour d'appel de l'Alberta a statué que les intimés pouvaient s'adresser à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour réclamer une indemnité de départ du gouvernement de l'Alberta, à la

of boiler inspection functions by Alberta and the respondent's acceptance of a transfer to a new private employer, which had agreed to take over the inspection functions. For the reasons which follow, I am of the view that the claims, such as they are, fall within the competence of a labour arbitrator, that they were properly struck by the motions court judge under Rule 129 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, and that the appeal should be allowed.

II. Background

Prior to 1994, the respondents were civil servants and worked in the Boiler and Pressure Vessels Safety Branch of the Alberta Government. The Alberta Union of Provincial Employees had been certified as the respondents' bargaining agent pursuant to s. 99 of the *Public Service Employee Relations Act*, S.A. 1977, c. 40 ("PSERA"). Section 25 of the PSERA had granted exclusive bargaining rights to the Union in respect of the respondents and other civil servants. The same section provided that Division 5 of Part 2 of the *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2 ("Code"), applied to this bargaining unit. The Union was thus granted exclusive authority to bargain collectively on behalf of the unit and to bind its members by a collective agreement.

As provided by this labour relations regime, the Alberta Government and the Union had entered into a collective agreement which determined the conditions of employment of the respondents. As required by s. 61 of the PSERA, which adopts ss. 133 and 134 of the Code, the agreement incorporated a grievance procedure to settle differences between the parties. Section 29(a) of the labour agreement defined a grievance as:

. . . a difference arising out of the interpretation, application, operation or any contravention or alleged contravention of this Agreement or as to whether any such difference can be the subject of adjudication.

The agreement also provided for severance pay in the event of termination of employment. Pursuant

suite de la privatisation des fonctions d'inspection des chaudières et de la décision des intimés d'accepter de travailler pour un nouvel employeur privé, qui a convenu de s'acquitter désormais des fonctions d'inspection. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les demandes, telles qu'elles sont formulées, relèvent de la compétence d'un arbitre en droit du travail, qu'elles ont été radiées à bon droit par le juge des requêtes en application de l'art. 129 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68 (les « Règles »), et que le pourvoi doit être accueilli.

II. Le contexte factuel

Jusqu'en 1994, les intimés sont des fonctionnaires et travaillent pour le service de sécurité des chaudières et des appareils sous pression du gouvernement de l'Alberta. Leur agent négociateur est l'*Alberta Union of Provincial Employees* (le « Syndicat »), qui a obtenu son accréditation sous le régime de l'art. 99 de la *Public Service Employee Relations Act*, S.A. 1977, ch. 40 (la « Loi »). L'article 25 de la Loi confère au Syndicat des droits de négociation exclusifs relativement aux intimés et à d'autres fonctionnaires. Ce même article prévoit que la Division 5 de la Partie 2 du *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2 (le « Code »), s'applique à l'unité de négociation. Le Syndicat a donc le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom de l'unité de négociation et d'en lier les membres par une convention collective.

Le gouvernement de l'Alberta et le Syndicat signent une convention collective régissant les conditions de travail des intimés, comme le prévoit ce régime de relations de travail. Conformément à l'art. 61 de la Loi, prévoyant l'application des art. 133 et 134 du Code, la convention établit une procédure de traitement des griefs permettant de régler les différends entre les parties. L'alinéa 29a) de la convention collective définit ainsi un différend :

[TRADUCTION] . . . un différend relatif à l'interprétation, à l'application, à la mise en œuvre, à l'inexécution ou à une allégation d'inexécution de la Convention ou à la question de savoir si un différend de cette nature peut être soumis à l'arbitrage.

La convention prévoit en outre le paiement d'une indemnité de départ en cas de cessation d'emploi.

2

3

4

to s. 15.13, compensation would be payable to employees released from the public service, based on the length of their service, up to a maximum of 25 weeks' pay.

5 In 1994, the Alberta Government decided to reduce the size and cost of the public service in the province. In the course of implementing this plan, it decided to privatize its boiler inspection services, apart from some core and critical functions. Most positions in the service became redundant. The employees thus affected were given notice that their positions would be terminated. The inspection functions were mostly delegated to a private group, the Alberta Boiler Safety Association. Under the collective agreement, the respondents would have been entitled to severance pay, if they could not be re-assigned to other duties within the public service of Alberta.

6 Negotiations took place between the Government and the Union. On December 16, 1994, the two sides signed a letter of intent which addressed the situation of the respondents. It provided that they would be offered employment by the Alberta Boiler Safety Association. If they accepted a position with this association, they would have to resign from the public service and would not be entitled to severance pay under the collective agreement. Paragraph 8 of the letter of intent stated that it did not form part of the collective agreement and was not subject to its grievance procedure:

This letter does not form part of the Collective Agreement and if concerns arise with respect to its interpretation and application, they shall be addressed by representatives of the Parties and not by way of the grievance procedure.

7 The respondents accepted employment with the new inspection association and duly resigned from the public service. Some years later, they made a claim for severance pay. They asserted that their resignations had not been voluntary and that they were still entitled to severance pay. Except for two of them who had also filed grievances, they went directly to the civil courts. They requested a declaration that they were entitled to severance pay in

Les fonctionnaires licenciés ont droit, par application de la clause 15.13, à une indemnité établie en fonction de la durée de leur emploi, jusqu'à concurrence d'un montant correspondant à 25 semaines de rémunération.

En 1994, le gouvernement de l'Alberta décide de réduire la taille et le coût de la fonction publique de la province. Pour y parvenir, il choisit notamment de privatiser son service d'inspection des chaudières, à l'exception de certaines fonctions essentielles et cruciales. La plupart des postes de ce service deviennent superflus. Les employés touchés sont avisés de la cessation de leur emploi. Les fonctions d'inspection sont déléguées en grande partie à un groupe privé, l'Alberta Boiler Safety Association. Selon la convention collective, les employés qui ne peuvent être réaffectés à d'autres tâches au sein de la fonction publique albertaine auraient droit à une indemnité de départ.

Le gouvernement et le Syndicat négocient. Le 16 décembre 1994, les deux parties signent une lettre d'intention concernant la situation des intimés. Cette lettre prévoit qu'ils recevront une offre d'emploi de l'Alberta Boiler Safety Association. S'ils acceptent de travailler pour l'Association, ils devront démissionner de la fonction publique et n'auront pas droit à l'indemnité de départ prévue par la convention collective. Le paragraphe 8 de cette lettre d'intention précise qu'elle ne fait pas partie de la convention collective et qu'elle n'est pas assujettie à la procédure de traitement des griefs :

[TRADUCTION] La présente lettre ne fait pas partie de la convention collective; tout problème relatif à son interprétation et à son application sera traité par les représentants des parties et non au moyen de la procédure de traitement des griefs.

Les intimés acceptent de travailler pour la nouvelle association responsable de l'inspection et démissionnent en bonne et due forme de la fonction publique. Quelques années plus tard, ils demandent une indemnité de départ. Ils font valoir qu'ils n'ont pas démissionné volontairement et qu'ils ont toujours droit à une indemnité de départ. Ils s'adressent directement aux tribunaux civils, à l'exception de deux d'entre eux qui déposent également un

accordance with the collective agreement. By that time, all deadlines for filing grievances had long since passed. The appellants responded by filing a motion to strike the action under Rule 129 of the *Alberta Rules of Court*. The motion asserted that the claim should be struck down because it fell outside the jurisdiction of the Court of Queen's Bench.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1999), 245 A.R. 32, 1999 ABQB 352

Gallant J. granted the motion to strike and stayed the action. In his view, the claim arose out of the collective agreement and concerned the rights and obligations of the parties under that contract. The resolution of the dispute belonged to the grievance procedure, not to the process of the civil courts. It was thus a proper case for the application of Rule 129. Given the nature of the claim, it was plain and obvious that the action should be dismissed.

B. *Alberta Court of Appeal*, [2001] 9 W.W.R. 609, 2001 ABCA 171

The respondents appealed the staying of their action. A majority of the Court of Appeal, Côté J.A. dissenting, allowed the appeal and dismissed the motion to strike. The majority reasons, written by Wittmann J.A., found that it was not plain and obvious that the claim should be dismissed. Given that the letter of intent barred the application of the grievance procedure, it could not be said that the jurisdiction of the Court of Queen's Bench had been ousted. The action was a claim for compensation which should be allowed to proceed to trial. Côté J.A. took a different view. He found that the claim arose from the collective agreement, and that the matter should be left to the grievance procedure and to the jurisdiction of labour arbitrators. In the alternative, he found that if the letter were a separate collective agreement, the model grievance clause in s. 134 of the Code would apply so as to exclude the jurisdiction of civil courts. As a result, he would

grief. Ils veulent obtenir un jugement déclaratoire portant qu'ils ont droit à une indemnité de départ en vertu de la convention collective. À ce moment, tous les délais applicables au dépôt d'un grief sont expirés depuis longtemps. Les appelants répondent en déposant une requête en radiation de l'action fondée sur l'art. 129 des Règles. Dans la requête, ils soutiennent que la demande doit être radiée parce qu'elle ne relève pas de la compétence de la Cour du Banc de la Reine.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1999), 245 A.R. 32, 1999 ABQB 352

Le juge Gallant accueille la requête en radiation et suspend l'action. À son avis, la demande découle de la convention collective et porte sur les droits et obligations attribués aux parties par ce contrat. Le règlement du différend est assujéti à la procédure de traitement des griefs et ne peut donner lieu à un recours devant les tribunaux civils. Par conséquent, l'art. 129 des Règles s'applique à bon droit. Compte tenu de la nature de la demande, il est manifeste que l'action doit être rejetée.

B. *Cour d'appel de l'Alberta*, [2001] 9 W.W.R. 609, 2001 ABCA 171

Les intimés interjetent appel de la suspension de leur action. La Cour d'appel accueille l'appel et rejette la requête en radiation à la majorité, le juge Côté étant dissident. Les motifs de la majorité, rédigés par le juge Wittmann, concluent qu'il n'est pas manifeste que la demande doit être rejetée. Étant donné que la lettre d'intention stipule que la procédure de traitement des griefs ne s'applique pas, on ne peut affirmer que la compétence de la Cour du Banc de la Reine a été écartée. L'action consiste en une demande d'indemnité qui doit pouvoir être instruite. Le juge Côté exprime une opinion différente. Il conclut que la demande découle d'une convention collective et que l'affaire doit être soumise à la procédure de traitement des griefs et à la compétence des arbitres en droit du travail. Il conclut subsidiairement que, si la lettre constitue une convention collective distincte, la disposition type régissant les griefs énoncée à l'art. 134 du Code s'applique et

have dismissed the appeal. The appellants were granted leave to appeal to this Court.

IV. Relevant Legislative Provisions

10 *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68

129(1) The court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading in the action, on the ground that

- (a) it discloses no cause of action or defence, as the case may be, or
- (b) it is scandalous, frivolous or vexatious, or
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33

25(1) A trade union may apply to the Board to be certified as the bargaining agent for the employees in a unit that the trade union considers appropriate for collective bargaining, and in that case Division 5 of Part 2 of the *Labour Relations Code* applies, subject to subsection (2).

(2) In an application for certification under this Part where the employer is the Crown in right of Alberta, the unit must be the single bargaining unit constituted under section 18.

(3) In an application for certification under this Part where the employer is an employer to whom section 19 applies, the Board shall not certify the unit applied for or a unit reasonably similar to it unless the Board is satisfied that that unit is more appropriate for collective bargaining than the single bargaining unit constituted under section 19.

61 Sections 132 to 144 of the *Labour Relations Code* apply in respect of collective agreement arbitration under this Act, except that in sections 134(e), 135(1), 136(1)(a) and (b) and 139(2) and (4) of the Code, the

écarte elle aussi la compétence des tribunaux civils. Il est donc d'avis de rejeter l'appel. Les appelants obtiennent alors l'autorisation de se pourvoir devant la Cour.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68

[TRADUCTION]

129(1) Le tribunal peut, à toute étape de la procédure, ordonner la radiation ou la modification d'un acte de procédure pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

- (a) il ne révèle, selon le cas, aucune cause d'action ou aucun moyen de défense;
- (b) il est scandaleux, futile ou vexatoire;
- (c) il risque de compromettre, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action;
- (d) il constitue, pour un autre motif, un recours abusif au tribunal.

Le tribunal peut, le cas échéant, suspendre l'action, la rejeter ou ordonner qu'un jugement soit inscrit en conséquence.

Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, ch. P-33

[TRADUCTION]

25(1) Une organisation syndicale peut demander à la Commission de l'accréditer comme agent négociateur pour un groupe d'employés qui, selon l'organisation, constitue une unité habile à négocier collectivement. La Division 5 de la Partie 2 du *Labour Relations Code* s'applique alors, sous réserve du paragraphe 2.

(2) Lorsque l'employeur est la Couronne du chef de l'Alberta, la demande d'accréditation doit viser l'unité de négociation unique constituée par application de l'article 18.

(3) Lorsque l'employeur est régi par l'article 19, la Commission ne peut accréditer l'unité visée par la demande d'accréditation, ni aucune unité raisonnablement semblable, à moins d'être convaincue que cette unité est plus habile à négocier collectivement que l'unité unique constituée par application de l'article 19.

61 Les articles 132 à 144 du *Labour Relations Code* s'appliquent à l'arbitrage de la convention collective effectué sous le régime de la présente loi, mais le mot « directeur » employé dans les articles 134e), 135(1),

references to “Director” shall be read as references to “Board”.

Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2

38(1) When a trade union becomes a certified bargaining agent, it

(a) has exclusive authority to bargain collectively on behalf of the employees in the unit for which it is certified and to bind them by a collective agreement, and

(b) immediately replaces any other bargaining agent for employees in the unit for which it is certified.

133 Every collective agreement shall contain a method for the settlement of differences arising

(a) as to the interpretation, application or operation of the collective agreement,

(b) with respect to a contravention or alleged contravention of the collective agreement, and

(c) as to whether a difference referred to in clause (a) or (b) can be the subject of arbitration

between the parties to or persons bound by the collective agreement.

134 If a collective agreement does not contain the provisions required under section 133, the collective agreement shall be deemed to contain those of the following provisions in respect of which it is silent:

(a) If a difference arises between the parties to or persons bound by this collective agreement as to the interpretation, application, operation or contravention or alleged contravention of this agreement or as to whether such a difference can be the subject of arbitration, the parties agree to meet and endeavour to resolve the difference.

(b) If the parties are unable to resolve a difference referred to in clause (a), either party may notify the other in writing of its desire to submit the difference to arbitration.

(c) The notice referred to in clause (b) shall

(i) contain a statement of the difference, and

(ii) specify the name or a list of names of the person or persons it is willing to accept as the single arbitrator.

136(1)a) et b) et 139(2) et (4) du Code s’entend alors de la « Commission ».

Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2

[TRADUCTION]

38(1) Dès son accréditation, l’organisation syndicale devenue agent négociateur :

a) a le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom des employés compris dans l’unité de négociation visée par l’accréditation et de les lier par une convention collective;

b) remplace immédiatement tout autre agent négociateur pour les employés compris dans l’unité visée par l’accréditation.

133 Chaque convention collective prévoit un mécanisme de règlement des différends, entre les parties ou les personnes liées par la convention, relativement à :

a) l’interprétation, l’application ou la mise en œuvre de la convention collective;

b) l’inexécution ou une allégation d’inexécution de l’une de ses dispositions;

c) la question de savoir si un différend visé aux alinéas a) ou b) peut être soumis à l’arbitrage.

134 La convention collective qui ne contient pas les dispositions exigées par l’article 133 est réputée contenir les dispositions suivantes à l’égard desquelles elle ne stipule rien :

a) Les parties conviennent de se rencontrer et de tenter de régler tout différend qui pourrait survenir entre les parties ou entre les personnes liées par la convention collective relativement à son interprétation, application ou mise en œuvre, à l’inexécution ou une allégation d’inexécution de l’une de ses dispositions ou à la question de savoir si un différend peut être soumis à l’arbitrage.

b) Si les parties ne réussissent pas à régler un différend visé à l’alinéa a), l’une d’elles peut donner à l’autre un avis écrit de son intention de soumettre le différend à l’arbitrage.

c) La partie qui donne l’avis prévu à l’alinéa b) y

(i) décrit le différend;

(ii) nomme une ou plusieurs personnes qu’elle est disposée à accepter comme arbitre unique.

(d) On receipt of a notice referred to in clause (b), the party receiving the notice,

(i) if it accepts the person or one of the persons suggested to act as arbitrator, shall, within 7 days, notify the other party accordingly, and the difference shall be submitted to the arbitrator, or

(ii) if it does not accept any of the persons suggested by the party sending the notice, shall, within 7 days, notify the other party accordingly and send the name or a list of names of the person or persons it is willing to accept as the single arbitrator.

(e) If the parties are unable to agree on a person to act as the single arbitrator either party may request the Director in writing to appoint a single arbitrator.

(f) The arbitrator may, during the arbitration, proceed in the absence of any party or person who, after notice, fails to attend or fails to obtain an adjournment.

(g) The arbitrator shall inquire into the difference and issue an award in writing, and the award is final and binding on the parties and on every employee affected by it.

(h) The parties agree to share equally the expenses of the arbitrator.

(i) Except as permitted in clause (j), the arbitrator shall not alter, amend or change the terms or conditions of the collective agreement.

(j) If the arbitrator by his award determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator may substitute any penalty for the discharge or discipline that to him seems just and reasonable in all the circumstances.

V. Analysis

A. *The Issues*

Argument in this Court was limited to the following jurisdictional issue: could the civil courts be seized of the respondents' claim? Although there was some discussion in the courts below about the procedural issues arising out of the use of the motion to strike, there is now no dispute between the parties that, if the jurisdictional argument advanced by the appellants is well founded, Rule 129 of the *Alberta*

d) La partie qui reçoit l'avis prévu à l'alinéa b) avise l'autre partie, dans un délai de sept jours, selon le cas,

(i) qu'elle accepte que la personne ou l'une des personnes dont le nom est suggéré agisse comme arbitre, auquel cas le différend est soumis à l'arbitrage;

(ii) qu'elle n'accepte pas que la personne ou l'une des personnes dont le nom est suggéré agisse comme arbitre, auquel cas elle transmet à l'autre partie le nom d'une ou plusieurs personnes qu'elle est disposée à accepter comme arbitre unique.

(e) Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur le choix d'un arbitre unique, l'une d'elles peut demander par écrit au Directeur de nommer un arbitre unique.

(f) L'arbitre peut procéder à l'arbitrage en l'absence de toute partie ou personne qui ne se présente pas devant lui ou omet de demander un ajournement après avoir été avisée de la tenue de l'arbitrage.

(g) L'arbitre entend le différend et rend une décision écrite qui est définitive et qui lie les parties ainsi que tout employé visé.

(h) Les parties conviennent de partager également les dépenses engagées pour l'arbitrage.

(i) L'arbitre ne peut modifier les dispositions de la convention collective, sauf en conformité avec l'alinéa j).

(j) S'il conclut dans sa décision qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire lui a été imposée pour un motif valable, mais que la convention collective ne prévoit pas de sanction précise pour la contravention sur laquelle porte l'arbitrage, l'arbitre peut substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire la sanction qu'il estime juste et raisonnable dans les circonstances.

V. Analyse

A. *Les questions en litige*

Seule la question de compétence suivante a été débattue devant nous : les intimés pouvaient-ils saisir les tribunaux civils de leur demande? Bien que les parties aient débattu devant les tribunaux d'instance inférieure des questions de procédure découlant du recours à une requête en radiation, elles ne contestent plus que, si les prétentions des appelants sur la question de compétence sont bien fondées,

Rules of Court does apply, as found by Gallant J. in the Court of Queen's Bench.

B. *The Jurisdictional Issue*

The problem facing our Court is well defined and narrow. Its solution depends on the proper application of principles set out by our Court in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704. Those principles were refined in the later cases of *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14. In a nutshell, these cases stand for the principle that, in accordance with the legislative intent evidenced by the labour relations schemes implemented since the Second World War in Canada, such as the Alberta statutes which apply in this appeal, disputes arising out of the interpretation, application or violation of a collective agreement should be dealt with exclusively under the grievance procedure established in accordance with the agreement or the relevant labour legislation. As a general rule, provided though that they fall within the ambit of the collective agreement, such disputes should be disposed of by labour arbitrators and regular civil courts do not retain concurrent jurisdiction over them.

The judgment of our Court in *St. Anne Nackawic* brought to an end a long period of jurisprudential development and uncertainty as to the respective roles of labour arbitrators and courts in the enforcement of collective agreements. It adopted a model of exclusive jurisdiction of arbitrators over disputes arising from collective agreements, rather than upholding the overlapping jurisdiction of common law courts over such conflicts. This model reflects the nature of the labour relations regime which has existed in Canada for a number of years. A certified bargaining agent holds exclusive bargaining rights in respect of a group of employees. It represents all the members of the unit and negotiates with the employer to arrive at a collective agreement that defines their employment conditions. This agreement binds the union, the employees and the

l'art. 129 des Règles s'applique, conformément à la conclusion tirée par le juge Gallant de la Cour du Banc de la Reine.

B. *La question de compétence*

Le problème soumis à la Cour est bien défini et de portée étroite. Sa solution tient à l'application correcte des principes énoncés par la Cour dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704. Ces principes ont été précisés dans les arrêts *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14. En résumé, ces affaires posent le principe selon lequel, conformément à l'intention du législateur qui ressort des régimes de relations de travail implantés au Canada depuis la Seconde Guerre mondiale, telle la législation albertaine applicable en l'espèce, les litiges résultant de l'interprétation, de l'application ou de l'inexécution d'une convention collective doivent être tranchés exclusivement au moyen de la procédure de traitement des griefs établie conformément à la convention ou à la législation pertinente. Dans la mesure où ils relèvent de la convention collective, ces litiges doivent généralement être tranchés par des arbitres en droit du travail et les tribunaux civils ne conservent aucune compétence concurrente à leur égard.

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *St. Anne Nackawic* a clos une longue période d'évolution de la jurisprudence et d'incertitude quant aux rôles respectifs des arbitres en droit du travail et des tribunaux relativement à l'application des conventions collectives. Il a établi un modèle de compétence exclusive des arbitres pour connaître des litiges découlant d'une convention collective, plutôt que de maintenir la compétence concurrente des tribunaux de droit commun relativement à ce type de conflit. Ce modèle reflète la nature du régime de relations de travail en place depuis plusieurs années au Canada. Un agent négociateur accrédité possède des droits de négociation exclusifs à l'égard d'un groupe d'employés. Il représente tous les membres compris dans l'unité et négocie avec l'employeur en vue de conclure une convention collective qui définit leurs

12

13

employer. The union is held to a duty of fair representation of the employees it represents. (See *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962, at p. 975, *per* Gonthier J.; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, at pp. 227-29.)

conditions de travail. Cette convention lie le syndicat, les employés et l'employeur. Le syndicat a un devoir de juste représentation envers les employés qu'il représente. (Voir *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, p. 975, le juge Gonthier; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, p. 227-229.)

14 The *Weber* and *City of Regina* cases have addressed the problem of identifying those disputes which are within the scope of the arbitrator's jurisdiction. In these judgments, our Court has adopted a flexible and contextual method which seeks to avoid formalistic classifications. The analysis should focus on an inquiry into the essential nature of the dispute:

The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement.

(*Weber*, *supra*, at para. 52, McLachlin J. (as she then was); see also R. Blouin and F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5th ed. 2000), at pp. 147-48.)

Les arrêts *Weber* et *Ville de Regina* portent sur la façon d'identifier les litiges qui relèvent de la compétence des arbitres. Dans ces arrêts, la Cour a adopté une méthode contextuelle et flexible qui tente d'éviter les classifications formelles. L'analyse doit être centrée sur un examen de l'essence du litige :

Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective.

(*Weber*, précité, par. 52, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); voir aussi R. Blouin et F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5^e éd. 2000), p. 147-148.)

15 Our Court re-affirmed the validity of this analytical approach in *City of Regina*. It acknowledged that labour arbitrators have been granted broad jurisdiction over labour disputes. Nevertheless, only disputes which explicitly or inferentially arise out of a collective agreement are foreclosed to the courts (*City of Regina*, at para. 22, *per* Bastarache J.). In order to ascertain whether the dispute arises out of the collective agreement, the essential nature of the dispute must be identified. At the same time, it is necessary to consider the ambit of the agreement and whether it covers the facts of the dispute:

Simply, the decision-maker must determine whether, having examined the factual context of the dispute, its essential character concerns a subject matter that is covered by the collective agreement. Upon determining the essential character of the dispute, the decision-maker must examine the provisions of the collective agreement to determine whether it contemplates such factual situations. It is clear that the collective agreement need not provide for the subject matter of the dispute explicitly. If the essential character of the dispute arises either

La Cour a réaffirmé la validité de cette approche analytique dans *Ville de Regina*. Elle a reconnu que les arbitres sont investis d'une vaste compétence relativement aux litiges en droit du travail. Néanmoins, seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement d'une convention collective échappent aux tribunaux (*Ville de Regina*, par. 22, le juge Bastarache). Pour déterminer si un litige résulte d'une convention collective, il faut déterminer quelle en est l'essence. Il faut simultanément examiner la portée de la convention et établir si elle couvre les faits en litige :

Après en avoir examiné le contexte factuel, l'instance décisionnelle doit tout simplement déterminer si l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective. Après avoir établi l'essence du litige, l'instance décisionnelle doit examiner les dispositions de la convention collective afin de déterminer si elle prévoit des situations factuelles de ce genre. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective prévoie l'objet du litige de façon explicite. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de

explicitly, or implicitly, from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, the dispute is within the sole jurisdiction of an arbitrator to decide.

(*City of Regina*, at para. 25)

The application of this analytical method can lead to but one conclusion in the present case: the claim of the respondents was a dispute arising out of the application or violation of a collective agreement. Severance pay had been provided under s. 15.03 of the collective agreement. Any entitlement to severance was based on the collective agreement. Absent this provision, the respondents' right to the severance pay they claim does not exist. The letter of intent did not change the legal situation of the parties. Any claim that severance pay had been lost through resignations procured under duress would have fallen in all its aspects within the jurisdiction of the arbitrator. In the course of the arbitration, the question as to whether the letter of intent was a bar to the claim would have been raised and dealt with by the arbitrator. Even if it was not formally a part of the collective agreement, the letter was at least an agreement which addressed potential grievances and the status of employees who were being transferred to a new employer. In a context where no claim of unfair or inadequate union representation had been advanced, such issues remained a matter for the arbitrator and for the process of collective negotiation between the employer and the union.

Much was made in the course of this appeal of the argument that such a result appeared inherently unfair, as it would leave respondents without a proper forum for their claims. First, as noted above, they failed even to at least explore before the proper arbitral forum whether they had rights under the collective agreements. Secondly, inasmuch as any rights they might have asserted, on the facts of this case, would flow from collective contracts, the shifting of the disputes from an arbitration board to the regular civil courts would neither change the substantive nature of their rights nor add to them.

l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige.

(*Ville de Regina*, par. 25)

L'application de cette méthode analytique ne peut mener qu'à une seule conclusion en l'espèce : la demande des intimés est un litige qui résulte de l'application ou de l'inexécution de la convention collective. Une indemnité de départ est prévue par la disposition 15.03 de la convention collective. Tout droit à une indemnité de départ repose sur la convention collective. En l'absence de cette disposition, le droit des intimés à l'indemnité de départ qu'ils réclament n'existe pas. La lettre d'intention n'a rien changé à la situation juridique des parties. Toute prétention à l'extinction du droit à une indemnité de départ par suite des démissions obtenues par la contrainte relève entièrement de la compétence de l'arbitre. Dans le cadre de l'arbitrage, l'arbitre aurait examiné et tranché la question de savoir si la lettre d'intention rend la demande irrecevable. Bien qu'elle ne fasse pas officiellement partie de la convention collective, cette lettre constitue à tout le moins une convention qui traite des griefs éventuels et du statut des employés transférés à un nouvel employeur. Dans un contexte où il n'est pas allégué que le syndicat aurait manqué à son devoir de représenter les employés adéquatement et de façon juste, ces questions relèvent de l'arbitre et de la procédure de négociation collective entre l'employeur et le syndicat.

Dans le cadre du présent pourvoi, on a plaidé avec beaucoup d'insistance qu'un tel résultat semblerait inéquitable en soi, car les intimés ne disposeraient plus d'aucune instance décisionnelle convenable devant laquelle faire valoir leurs demandes. Premièrement, rappelons qu'ils n'ont même pas tenté, à tout le moins, de vérifier au moyen de la procédure d'arbitrage applicable s'ils possèdent des droits quelconques en application des conventions collectives. Deuxièmement, étant donné que, selon les faits, les droits qu'ils auraient pu faire valoir découleraient de conventions collectives, porter les litiges devant les tribunaux civils ordinaires plutôt que devant un arbitre ne modifierait pas la nature substantielle de leurs droits et n'y ajouterait rien.

16

17

VI. Disposition

18

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is reversed, and the judgment of the Court of Queen's Bench staying the action is reinstated, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the respondents: G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta est infirmé et le jugement de la Cour du Banc de la Reine suspendant l'action est rétabli, avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : McLennan Ross, Edmonton.

Procureurs des intimés : G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.

Corporation of the City of Ottawa *Appellant*

v.

Ken Goudie, Ron Labonté, Lloyd Laframboise, Conrad Lirette and Rémi Séguin *Respondents*

INDEXED AS: GOUDIE v. OTTAWA (CITY)

Neutral citation: 2003 SCC 14.

File No.: 28469.

2002: December 10; 2003: March 20.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Jurisdiction of labour arbitrators and courts — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Whether cause of action asserted by employees within jurisdiction of courts or labour arbitrator under collective agreement.

Civil procedure — Determination of an issue before trial — Jurisdiction — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Jurisdictional issue as to whether courts or labour arbitrator had jurisdiction — Disagreement between parties essentially factual, not legal — Whether jurisdictional issue could be determined on preliminary motion — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 20, 21.01(3)(a).

The respondents, who had been civilian members of the Ottawa Police Force and covered by its collective agreement with the Ottawa Police Association (an employees' union), were transferred to the City of Ottawa's Physical Environment Department, whose employees were represented by the Canadian Union of Public Employees (CUPE). The respondents claimed that in 1983 the City had agreed, while they were still members of the Police Force represented by the police union, that they would continue to enjoy the same terms and conditions when they eventually joined the City as they had enjoyed with the Police Force. The City denied that any such agreement had been made. The respondents

Ville d'Ottawa *Appelante*

c.

Ken Goudie, Ron Labonté, Lloyd Laframboise, Conrad Lirette et Rémi Séguin *Intimés*

RÉPERTORIÉ : GOUDIE c. OTTAWA (VILLE)

Référence neutre : 2003 CSC 14.

N° du greffe : 28469.

2002 : 10 décembre; 2003 : 20 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Relations de travail — Compétence des arbitres en droit du travail et des cours de justice — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — La cause d'action invoquée par les employés relève-t-elle de la compétence des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail en vertu de la convention collective?

Procédure civile — Décision d'une question avant l'instruction — Compétence — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — Question de compétence quant à savoir qui des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail a compétence — Désaccord entre les parties essentiellement factuel et non pas juridique — La question de compétence pouvait-elle être tranchée par voie de motion préliminaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 20, 21.01(3)a).

Les intimés, des membres civils du Service de la police d'Ottawa assujettis à la convention collective signée avec l'Association des policiers d'Ottawa (un syndicat), ont été transférés au Service de l'environnement physique de la ville d'Ottawa dont les employés étaient représentés par le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP). Les intimés prétendent qu'en 1983, alors qu'ils étaient encore employés du Service de la police représentés par le syndicat des policiers, la ville a convenu qu'ils continueraient de bénéficier des mêmes conditions lorsqu'ils commenceraient à travailler pour la ville que celles dont ils bénéficiaient en travaillant pour le Service de la police. La ville nie qu'une telle entente a été conclue.

were not transferred to the City until 1985. Thereafter they asserted a complaint about reduced wages and benefits and brought this action against the City for damages. The City counterclaimed for an over-payment of wages to some of the respondents. Given that the respondents were now covered by the CUPE collective agreement, the City moved, under clause 21.01(3)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* to have the respondents' claim struck out for want of jurisdiction on the basis that the court had no jurisdiction over a "labour relations" subject matter. The motions judge gave effect to this objection and dismissed the action. The Court of Appeal reversed that decision on the basis that it would be open to a trial judge to find a pre-employment agreement altogether outside the City's collective agreement with CUPE.

Held: The appeal should be dismissed.

While a dispute which "in its essential character" arises from a collective agreement is to be determined by an arbitrator appointed in accordance with the collective agreement, access to the courts is not denied to a plaintiff who alleges a cause of action outside the collective agreement. If, as alleged in this case, the City's officials entered into a pre-employment agreement with the respondents, a dispute over such an agreement, in its essential character, could not have arisen out of the interpretation, application or administration of the collective agreement between CUPE and the City. A court therefore had jurisdiction to deal with the cause of action asserted by the respondents.

As to the procedure adopted in this case, the Court of Appeal properly held that the jurisdictional issue could not be dealt with by way of a preliminary motion. The disagreement between the parties was essentially factual, not legal. To meet the allegation of a pre-employment contract, the City filed an affidavit to show that there was no such contract. Yet it confirmed, by doing so, the existence of a serious factual dispute. While it is the practice in Ontario for the motions court to receive limited evidence pertinent to the jurisdictional issue, it was not appropriate for the City to attempt to turn a jurisdictional challenge under clause 21.01(3)(a) into a mini-trial on a disputed, central question of fact. The City could not avoid the exigencies of a summary judgment motion (rule 20) by framing its attack as a jurisdictional challenge under clause 21.01(3)(a). If the City was of the view that the pleading of a pre-employment contract was a sham and raised no genuine issue for trial, it ought to have moved for summary judgment pursuant to rule 20.01. However, this was not a jurisdictional issue that turned on uncontroverted or easily ascertainable facts.

Les intimés n'ont été transférés à la ville qu'en 1985. Ils ont ensuite déposé une plainte pour contester la réduction de leur salaire et de leurs avantages sociaux et intenté la présente action en dommages-intérêts contre la ville. La ville a formé une demande reconventionnelle pour recouvrer le salaire versé en trop à certains intimés. Comme les intimés étaient maintenant assujettis à la convention collective du SFCP, la ville a présenté une motion, en vertu de l'al. 21.01(3)a des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, en vue de faire radier l'action pour défaut de compétence en soutenant que la cour n'avait pas compétence pour connaître des questions de « relations de travail ». Le juge des motions a retenu cette objection et rejeté l'action. La Cour d'appel a infirmé cette décision parce que le juge du procès pourrait conclure à l'existence d'une entente de pré-emploi totalement étrangère à la convention collective conclue avec le SFCP.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Bien qu'un litige qui, « dans son essence », découle d'une convention collective doit être tranché par un arbitre nommé en conformité avec la convention collective, rien n'empêche les demandeurs qui invoquent une cause d'action en dehors du cadre d'une convention collective d'avoir accès aux tribunaux. Si, comme le prétendent les intimés, les représentants de la ville ont conclu une entente de pré-emploi avec eux, un litige portant sur cette entente ne peut, dans son essence, découler de l'interprétation, de l'application ou de l'administration de la convention collective conclue entre le SFCP et la ville. Une cour de justice a donc compétence pour connaître de la cause d'action invoquée par les intimés.

Quant à la procédure suivie en l'espèce, la Cour d'appel a statué à bon droit que la question de compétence ne pouvait pas être tranchée par voie de motion préliminaire. Le désaccord entre les parties était essentiellement factuel et non pas juridique. Pour réfuter la prétention qu'il existait un contrat de pré-emploi, la ville a déposé un affidavit tendant à établir qu'il n'existait pas de tel contrat. Par contre, elle a confirmé du même coup l'existence d'un important désaccord sur les faits. Bien que la pratique en Ontario permette à la cour qui entend les motions de recevoir une preuve limitée sur la question de la compétence, il ne convenait pas que la ville tente de transformer une contestation de la compétence en vertu de l'al. 21.01(3)a en un mini-procès sur une question de fait cruciale litigieuse. La ville ne pouvait se soustraire aux exigences d'une motion en jugement sommaire (règle 20) en formulant sa demande comme une contestation de la compétence sous le régime de l'al. 21.01(3)a. Si la ville était d'avis que l'acte de procédure alléguant l'existence d'un contrat de pré-emploi était frivole et qu'il ne soulevait pas

Credibility is very much an issue. The decision of the Court of Appeal was therefore correct.

de véritable question à débattre, elle aurait dû demander un jugement sommaire en vertu de la règle 20.01. Or, il ne s'agissait pas d'une question de compétence portant sur des faits non contestés ou facilement vérifiables. La crédibilité est une importante question en litige. La décision de la Cour d'appel était donc correcte.

Cases Cited

Distinguished: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; **referred to:** *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Jadwani v. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660; *Giorno v. Pappas* (1999), 170 D.L.R. (4th) 160; *Bhaduria v. Toronto Board of Education* (1999), 173 D.L.R. (4th) 382; *Bhairo v. Westfair Foods Ltd.*, [1997] M.J. No. 219 (QL); *Allen v. Alberta* (2001), 286 A.R. 132; *Young Estate v. TransAlta Utilities Corp.* (1997), 209 A.R. 89; *Roberts v. Browning Ferris Industries Ltd.* (1998), 170 Nfld. & P.E.I.R. 228; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Adler v. Dickson*, [1954] 1 W.L.R. 1482; *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2001), 53 O.R. (3d) 112; *S. (J.R.) v. Glendinning* (2000), 191 D.L.R. (4th) 750; *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423; *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 156 D.L.R. (4th) 222; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1) [now 1995, c. 1, Sched. A, s. 48(1)].
Police Act, R.S.O. 1980, c. 381, s. 8(5).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 20.01, 21.01, 21.02.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 197 D.L.R. (4th) 543, 139 O.A.C. 372, [2001] O.J. No. 101 (QL), setting aside a decision of the Superior Court of Justice. Appeal dismissed.

Eugene Meehan, Q.C., and *Stuart Huxley*, for the appellant.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Jadwani c. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660; *Giorno c. Pappas* (1999), 170 D.L.R. (4th) 160; *Bhaduria c. Toronto Board of Education* (1999), 173 D.L.R. (4th) 382; *Bhairo c. Westfair Foods Ltd.*, [1997] M.J. No. 219 (QL); *Allen c. Alberta* (2001), 286 A.R. 132; *Young Estate c. TransAlta Utilities Corp.* (1997), 209 A.R. 89; *Roberts c. Browning Ferris Industries Ltd.* (1998), 170 Nfld. & P.E.I.R. 228; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Adler c. Dickson*, [1954] 1 W.L.R. 1482; *Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2001), 53 O.R. (3d) 112; *S. (J.R.) c. Glendinning* (2000), 191 D.L.R. (4th) 750; *Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423; *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 156 D.L.R. (4th) 222; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1) [maintenant 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1)].
Police Act, R.S.O. 1980, ch. 381, art. 8(5).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 20.01, 21.01, 21.02.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 197 D.L.R. (4th) 543, 139 O.A.C. 372, [2001] O.J. No. 101 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure de justice. Pourvoi rejeté.

Eugene Meehan, c.r., et *Stuart Huxley*, pour l'appelante.

Emilio S. Binavince and Helen Lanctôt, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — It is well established that a dispute between an employer and an employee that arises in its essential character from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement is to be determined not in the courts but according to the arbitration provisions of the collective agreement.

2 The problem in this case is that the motions judge, summarily dismissing the respondent employees' action on a preliminary motion, placed too much emphasis on the collective bargaining environment and insufficient weight on the essential character of the dispute.

3 It is true that the respondents' complaint about reduced wages and benefits was asserted against their employer, the City of Ottawa, at a time when the respondents were covered by a collective agreement between the appellant and the Canadian Union of Public Employees, Local 503 ("CUPE").

4 The essential character of the dispute, however, is a claim under an alleged pre-employment contract. The respondents' entitlement, if any, did not arise out of the interpretation, application, administration or violation of the CUPE agreement. On the contrary, the respondents' complaint is precisely that they were paid according to the CUPE contract rather than under the more advantageous terms of the alleged pre-employment contract.

5 Whether or not there actually was a pre-employment contract is a hotly disputed fact that is not amenable to resolution on a preliminary motion. I think the Court of Appeal was correct to set aside the judgment of the motions court and to allow the action to proceed. The appeal from that court should be dismissed.

Emilio S. Binavince et Helen Lanctôt, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Il est bien établi qu'un litige entre un employeur et un employé qui, dans son essence, découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective ne doit pas être tranché par les tribunaux, mais plutôt par un arbitre conformément aux clauses d'arbitrage stipulées dans la convention collective.

Le problème en l'espèce est que le juge des motions, en rejetant de façon sommaire l'action des employés intimés sur présentation d'une motion préliminaire, a accordé trop d'importance au contexte de négociation collective et pas assez d'importance à l'essence du litige.

Il est vrai qu'au moment où les intimés ont déposé une plainte contre leur employeur, la ville d'Ottawa, pour contester la réduction de leur salaire et de leurs avantages sociaux, ils étaient assujettis à une convention collective conclue entre l'appelante et la section locale 503 du Syndicat canadien de la fonction publique (« SCFP »).

Toutefois, l'essence du litige consiste en une revendication fondée sur un présumé contrat de pré-emploi. Le droit des intimés, s'il existe, ne découle pas de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention du SCFP. Au contraire, les intimés se plaignent précisément d'avoir été rémunérés à tort en application du contrat du SCFP plutôt que du présumé contrat de pré-emploi, qui comportait des conditions plus avantageuses.

La question de savoir s'il existait vraiment un contrat de pré-emploi est un fait que les parties ont vivement contesté et qui ne peut être établi par voie de motion préliminaire. Je crois que la Cour d'appel a eu raison d'annuler le jugement de la cour des motions et de permettre que l'action suive son cours. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Facts

Prior to 1983, the respondents were Animal Control Officers employed by the Ottawa Police Force. They were members of a union, the Ottawa Police Association, and their terms of employment were governed by a collective agreement. In that year, 1983, discussions took place between the Police Force and the City of Ottawa about transferring the Animal Control Division, and thus the respondents, from the Ottawa Police to the Physical Environment Department of the City of Ottawa. The underlying concern appeared to be that animal control should be dealt with by municipal employees rather than members of the Police Force.

The transfer of the employees to the City of Ottawa was approved in principle by Ottawa City Council on September 7, 1983, but did not in fact occur until more than a year and a half later, on May 1, 1985.

The respondents allege that in September 1983, while they were still employees of the Police Force, they had a meeting with representatives of the City of Ottawa, the Police Force and union officials representing both the Ottawa Police Association (the employees' then union) and CUPE (their future union). The respondents allege that in the course of this meeting the City of Ottawa agreed that, to secure the respondents' agreement to the proposed transfer, the respondents would continue to enjoy the same terms and conditions as employees of the City of Ottawa as they had previously enjoyed as civilian employees of the Police Force. Paragraph 11 of the statement of claim reads as follows:

In the course of the [September 1983] meeting, the Defendant [City of Ottawa], in an attempt to induce the Plaintiffs to agree to the transfer, expressly assured and represented to the Plaintiffs that the level of the terms and conditions that each of the Plaintiffs enjoyed with the Ottawa Police Force shall be retained, and that the Plaintiffs shall not be in a "worse position" as a result of their transfer to the Department of the Physical Environment. The Plaintiffs relied, and the Defendant was aware of the Plaintiffs' reliance, on the agreement. . . .

Les faits

Avant 1983, les intimés travaillaient comme agents de contrôle des animaux au Service de la police d'Ottawa. Ils étaient membres d'un syndicat, l'Association des policiers d'Ottawa, et leurs conditions d'emploi étaient régies par une convention collective. En 1983, des discussions ont eu lieu entre le Service de la police et la ville d'Ottawa concernant le transfert de la Division du contrôle des animaux, et donc des intimés, du Service de la police d'Ottawa au Service de l'environnement physique de la ville d'Ottawa. Ce transfert semblait être fondé sur l'opinion que le contrôle des animaux domestiques devait relever des employés municipaux plutôt que des membres du Service de police.

Le transfert des employés à la ville d'Ottawa a été approuvé en principe par le Conseil municipal d'Ottawa le 7 septembre 1983, mais il ne s'est en fait produit que plus d'une année et demie plus tard, c'est-à-dire le 1^{er} mai 1985.

Les intimés prétendent qu'en septembre 1983, alors qu'ils étaient encore employés du Service de la police, ils ont assisté à une rencontre avec des représentants de la ville d'Ottawa, des représentants du Service de la police et des représentants syndicaux de l'Association des policiers d'Ottawa (le syndicat auquel ils appartenaient alors) et du SCFP (leur futur syndicat). Les intimés prétendent que, lors de cette rencontre, la ville d'Ottawa a convenu, pour obtenir leur assentiment au transfert projeté, qu'ils bénéficieraient des mêmes conditions comme employés de la ville d'Ottawa que celles dont ils avaient bénéficié dans le passé comme employés civils du Service de la police. Le paragraphe 11 de la déclaration se lit comme suit :

[TRADUCTION] Lors de la rencontre [de septembre 1983], la défenderesse [la ville d'Ottawa], afin d'obtenir l'assentiment des demandeurs au transfert, a garanti et déclaré expressément aux demandeurs que les conditions dont chacun bénéficiait au Service de police de la ville d'Ottawa seraient maintenues au même niveau et que les demandeurs ne se retrouveraient pas dans une « situation moins avantageuse » à la suite de leur transfert au Service de l'environnement physique. Les demandeurs ont agi sur la foi de cette entente et la défenderesse le savait. . . .

6

7

8

9 The City agrees that such a meeting took place but denies that any such agreement was made. Further, the appellant says that, on at least three occasions after September 1983 but before the transfer, the respondents were told that, once their transfer was finalized, their terms and conditions of employment would be the same as other municipal employees, similarly classified, under the collective agreement between the City of Ottawa and CUPE. Issue was thus joined.

10 I note parenthetically that the appellant has not taken the position that any pre-employment agreement somehow became unenforceable as a matter of law once the employees entered the CUPE bargaining unit on May 1, 1985. Its position, purely and simply, is that no such pre-employment contract was made.

The Essential Character of the Claim

11 On May 5, 1985, four days after the respondents' transfer to the CUPE bargaining unit, they were told by the appellant that the Animal Control Officers would be required to work a 40-hour week just like other municipal employees. This change was effective July 5, 1985. Previously, as employees of the Police Force, they were required to work only 35 hours a week.

12 The respondents plead that they worked the additional five hours a week "under protest". Three years later, on July 18, 1988, they filed a grievance under the CUPE agreement. A settlement was agreed to on November 18, 1988, but the settlement did not deal with the period prior to the date of settlement.

13 Apart from the lengthened work week, the respondents claim loss of benefits including accumulated sick days, their benefits under the "Age 60 Retirement Pension Plan" in effect with the Police Force, and that their salaries were "red-circled", effectively freezing their income.

14 The respondents also claim compensation for lost benefits, together with "damage to the plaintiffs'

La ville confirme que cette rencontre a eu lieu, mais nie qu'une telle entente a été conclue. De plus, l'appelante affirme qu'à au moins trois occasions, après septembre 1983 mais avant le transfert, elle a fait savoir aux intimés que sitôt leur transfert complété, leurs conditions d'emploi seraient les mêmes que celles des autres employés municipaux appartenant à la même catégorie, soient les conditions prévues par la convention collective conclue entre la ville d'Ottawa et le SCFP. La contestation était ainsi liée.

Je souligne en passant que l'appelante n'a pas fait valoir qu'une entente de pré-emploi serait devenue inexécutoire en droit lorsque les employés ont commencé à faire partie de l'unité de négociation du SCFP le 1^{er} mai 1985. Elle prétend, purement et simplement, qu'aucun contrat de pré-emploi n'a été conclu.

L'essence de la demande

Le 5 mai 1985, quatre jours après le transfert des intimés à l'unité de négociation du SCFP, l'appelante les a informés que les agents de contrôle des animaux devraient travailler 40 heures par semaine à l'instar des autres employés municipaux. Ce changement est entré en vigueur le 5 juillet 1985. Auparavant, comme employés du Service de la police, les intimés ne devaient travailler que 35 heures par semaine.

Les intimés plaident qu'ils ont travaillé cinq heures de plus par semaine [TRADUCTION] « sous réserve de leurs droits ». Trois ans plus tard, le 18 juillet 1988, ils ont déposé un grief en vertu de la convention du SCFP. Un règlement a été conclu le 18 novembre 1988, mais il ne prévoyait rien quant à la période déjà écoulée.

Outre le prolongement de la semaine de travail, les intimés allèguent qu'ils ont perdu des avantages, notamment au titre des congés de maladie accumulés et du [TRADUCTION] « régime de pension de retraite à 60 ans » en vigueur au Service de la police, et que leurs salaires ont été [TRADUCTION] « bloqués », de sorte que leur revenu ne pouvait augmenter.

Les intimés demandent réparation pour les avantages perdus et pour le [TRADUCTION] « préjudice

professional status and reputation”, and damages for “substantial stress and anxiety” as a result of their treatment by the City.

All of these claims are rooted in the alleged pre-employment contract.

The Proceedings

On April 6, 1990, the respondents commenced the present action claiming damages in excess of a million dollars. The statement of claim supplemented their contractual claims with related allegations of fraudulent or negligent misrepresentation, and unjust enrichment.

The appellant City denied the existence of any pre-employment contract, affirmed that from and after May 1, 1985, the respondents were covered by the CUPE collective agreement, and indeed counter-claimed for what the appellant alleged was an over-payment of wages to some of the respondents in 1987 and 1988.

After the exchange of pleadings, not much was done by the respondents until they were jolted into action on July 29, 1998, by an order of the Ontario Court (General Division) dismissing their action as abandoned. The respondents say this order was the result of a misunderstanding. In any event, the respondents having survived this mishap, the City then moved to have the action dismissed on the basis that the court had no jurisdiction over a “labour relations” subject matter. As stated, the motions judge gave effect to this objection and dismissed the action.

The Court of Appeal for Ontario reversed that dismissal on the basis that “it would be open to a trial judge to find that the plaintiffs had a pre-employment agreement with the respondent. If so, their claims do not arise out of the collective agreement with the Police Association” ((2001), 197 D.L.R. (4th) 543, at para. 9). However, the court added, it would be open to the City to argue at

causé à leur statut professionnel et à leur réputation », ainsi que des dommages-intérêts pour « anxiété et stress considérables », découlant du traitement que leur a fait subir la ville.

Toutes ces demandes s’appuient sur le présumé contrat de pré-emploi.

Les procédures

Le 6 avril 1990, les intimés ont intenté la présente action, dans laquelle ils réclamaient des dommages-intérêts de plus de un million de dollars. Dans leur déclaration, ils ont ajouté à leurs réclamations contractuelles des allégations connexes de déclaration frauduleuse ou inexacte et d’enrichissement sans cause.

La ville appelante a nié l’existence de quelque contrat de pré-emploi que ce soit et elle a affirmé que, depuis le 1^{er} mai 1985, les intimés étaient assujettis à la convention collective du SCFP, puis elle a formé une demande reconventionnelle pour recouvrer la part qu’elle prétend excédentaire du salaire versé à certains intimés en 1987 et 1988.

Après l’échange des actes de procédure, les intimés n’ont pratiquement rien fait pour faire progresser l’instance jusqu’au 29 juillet 1998, date à laquelle la Cour de l’Ontario (Division générale) les a fait sortir de leur torpeur en prononçant une ordonnance rejetant leur action pour cause d’abandon. Les intimés affirment que cette ordonnance découle d’un malentendu. Quoi qu’il en soit, les intimés ayant surmonté cette difficulté, la ville a demandé le rejet de l’action en soutenant que la cour n’avait pas compétence pour connaître des questions de « relations de travail ». Comme je l’ai mentionné, le juge des motions a retenu cette objection et rejeté l’action.

La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision de rejeter l’action parce qu’ [TRADUCTION] « un juge de première instance pourrait conclure que les demandeurs ont conclu une entente de pré-emploi avec l’intimée. Le cas échéant, leurs revendications ne découleraient pas de la convention collective signée avec l’Association des policiers » ((2001), 197 D.L.R. (4th) 543, par. 9). Toutefois la

15

16

17

18

19

trial, in light of the evidence, that “the court has no jurisdiction once the true nature of the alleged [pre-employment] agreement is established” (para. 9).

Relevant Legislative Provisions

20 *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2

45. — (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194

RULE 20 SUMMARY JUDGMENT

WHERE AVAILABLE

To Plaintiff

20.01 (1) A plaintiff may, after the defendant has delivered a statement of defence or served a notice of motion, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a notice of motion for summary judgment together with the statement of claim, and leave may be given where special urgency is shown, subject to such directions as are just.

To Defendant

(3) A defendant may, after delivering a statement of defence, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the statement of claim.

RULE 21 DETERMINATION OF AN ISSUE BEFORE TRIAL

WHERE AVAILABLE

To Any Party on a Question of Law

21.01 (1) A party may move before a judge,

cour a ajouté que, compte tenu de la preuve, la ville pourrait prétendre au procès que [TRADUCTION] « la cour n’a pas compétence, une fois établie la véritable nature de l’entente de [pré-emploi] alléguée » (par. 9).

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2

45. (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l’interprétation, l’application, l’administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s’il y a matière à arbitrage.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194

RÈGLE 20 JUGEMENT SOMMAIRE

APPLICABILITÉ

Au demandeur

20.01 (1) Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d’un affidavit ou d’autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration.

(2) Le demandeur peut demander, par voie de motion présentée sans préavis, l’autorisation de signifier avec la déclaration un avis de motion en vue d’obtenir un jugement sommaire. L’autorisation peut être accordée en cas d’urgence extraordinaire, sous réserve de directives justes.

Au défendeur

(3) Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d’un affidavit ou d’autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration.

RÈGLE 21 DÉCISION D’UNE QUESTION AVANT L’INSTRUCTION

APPLICABILITÉ

À toutes les parties sur une question de droit

21.01 (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion,

(a) for the determination, before trial, of a question of law raised by a pleading in an action where the determination of the question may dispose of all or part of the action, substantially shorten the trial or result in a substantial saving of costs; or

(b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

(2) No evidence is admissible on a motion,

(a) under clause (1)(a), except with leave of a judge or on consent of the parties;

(b) under clause (1)(b).

To Defendant

(3) A defendant may move before a judge to have an action stayed or dismissed on the ground that,

Jurisdiction

(a) the court has no jurisdiction over the subject matter of the action;

Capacity

(b) the plaintiff is without legal capacity to commence or continue the action or the defendant does not have the legal capacity to be sued;

Another Proceeding Pending

(c) another proceeding is pending in Ontario or another jurisdiction between the same parties in respect of the same subject matter; or

Action Frivolous, Vexatious or Abuse of Process

(d) the action is frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of the process of the court,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

MOTION TO BE MADE PROMPTLY

21.02 A motion under rule 21.01 shall be made promptly and a failure to do so may be taken into account by the court in awarding costs.

a) soit, qu'une question de droit soulevée par un acte de procédure dans une action soit décidée avant l'instruction, si la décision de la question est susceptible de régler la totalité ou une partie de l'action, d'abrèger considérablement l'instruction ou de réduire considérablement les dépens;

b) soit, qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée,

Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'appui d'une motion,

a) présentée en application de l'alinéa (1)a), sans l'autorisation d'un juge ou le consentement des parties;

b) présentée en application de l'alinéa (1)b).

Au défendeur

(3) Le défendeur peut demander à un juge, par voie de motion, de surseoir à l'action ou de la rejeter pour l'un des moyens suivants :

Compétence

a) le tribunal n'a pas compétence pour connaître de l'objet de l'action;

Capacité

b) le demandeur n'a pas la capacité juridique d'introduire ou de continuer l'action, ou le défendeur n'a pas la capacité juridique d'être poursuivi;

Autre instance en cours

c) une autre instance est en cours en Ontario ou dans un autre lieu entre les mêmes parties et à l'égard du même objet;

Action frivole ou vexatoire ou procédure abusive

d) l'action est frivole ou vexatoire ou constitue par ailleurs un recours abusif au tribunal.

Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

OBLIGATION DE DILIGENCE

21.02 La motion prévue à la règle 21.01 est présentée avec diligence. Le tribunal peut tenir compte du manque de diligence dans l'adjudication des dépens.

Analysis

21 This appeal raises two issues: firstly, the jurisdiction of the court to deal with the cause of action asserted by the respondents; and secondly, whether the jurisdictional issue could properly be dealt with in the circumstances of this case by way of a preliminary motion. Both issues can be resolved briefly.

A. *Is the Cause of Action Asserted by the Respondents Within the Jurisdiction of the Courts or a Labour Arbitrator?*

22 The principle that disputes arising under a collective agreement should be resolved by labour arbitrators, not courts, is based on legislative intent. In *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, Estey J. laid down the general principle at pp. 718-19:

The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks.

23 Subsequent cases have confirmed that if the dispute between the parties in its “essential character” arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, it is to be determined by an arbitrator appointed in accordance with the collective agreement, and not by the courts. See *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paras. 41 and 52, and *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, at paras. 23 and 25.

24 None of these cases purported to deny access to the courts by plaintiffs who allege a cause of action outside the collective agreement. The appellant complains that the decision in the courts below undermines “the sanctity of agreed arbitration clauses in collective agreements” and permits

Analyse

L'appel soulève deux questions : Premièrement, la cour a-t-elle compétence pour connaître de la cause d'action invoquée par les intimés? Deuxièmement, la question de compétence peut-elle être tranchée à bon droit par voie de motion préliminaire, eu égard aux circonstances de l'espèce? Ces deux questions peuvent être réglées rapidement.

A. *La cause d'action invoquée par les intimés relève-t-elle de la compétence des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail?*

Le principe selon lequel les litiges découlant d'une convention collective doivent être réglés par des arbitres en droit du travail, et non par les cours de justice, s'appuie sur l'intention du législateur. Dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, le juge Estey a établi le principe général aux p. 718-719 :

L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.

Des causes ultérieures ont confirmé que, si l'« essence » du litige entre les parties découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective, il doit être tranché par un arbitre nommé en conformité avec la convention collective et non pas par les tribunaux. Voir *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 41 et 52, et *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, par. 23 et 25.

Aucun de ces arrêts n'entendait empêcher les demandeurs qui invoquent une cause d'action en dehors du cadre d'une convention collective d'avoir accès aux tribunaux. L'appelante se plaint que la décision des cours d'instance inférieure porte atteinte [TRADUCTION] « à l'intégrité des clauses

unionized employees to “get out of collective agreements and litigate labour relations issues, instead of going through regular grievance arbitration process”, and says the issue here is “whether the approximately 4 million unionized workers in Canada should each, individually, be given the opportunity to forum shop” (appellant’s factum, at para. 1). In my view, with respect, this case raises no such issues. In *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (B.C.C.A.), it was held that the courts have jurisdiction over contracts predating the collective agreement. See also *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Both of these cases were cited with approval by this Court in *Weber, supra*, at para. 52. Such disputes are foreign to the collective agreement and are not embraced by the legislative intent favouring arbitration.

If, as alleged, the appellant’s officials agreed to a pre-employment agreement with the respondents in September 1983, it seems apparent that a dispute over such an agreement, in its essential character, could not arise from the collective agreement between CUPE and the City. For one thing, the respondents were not employees of the City in September 1983. For another thing, the respondents were not at that time in the bargaining unit or members of CUPE, Local 503. They were employed by the Ottawa Police Force, which is an entity separate and distinct from the Corporation of the City of Ottawa. (Under s. 8(5) of the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, the Board of Commissioners of Police “may contract and may sue and be sued in its own name”.) In September 1983, and until May 1985, the respondents were covered by a collective agreement between the Board of Commissioners of Police and the Ottawa Police Association. It follows that I cannot agree with the proposition at para. 101 of the appellant’s factum that:

The danger of the Court of Appeal decision below is that it opens the flood gates not only to a tidal wave

d’arbitrage stipulées dans les conventions collectives » et permet aux employés syndiqués de « sortir des conventions collectives et de porter les questions de relations de travail devant les tribunaux au lieu d’avoir recours au processus régulier d’arbitrage des griefs » et elle affirme que la question en litige en l’espèce est de savoir si « les quelque 4 millions de travailleurs canadiens syndiqués devraient, individuellement, avoir la possibilité de choisir l’instance décisionnelle qu’ils préfèrent » (mémoire de l’appelante, par. 1). À mon humble avis, la présente affaire ne soulève pas de telles questions. Dans *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A.C.-B.), il a été décidé que les tribunaux ont compétence en matière de contrats antérieurs à la convention collective. Voir également *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Ces deux causes ont été mentionnées avec approbation par notre Cour dans *Weber*, précité, par. 52. Ce genre de litige est étranger à la convention collective et n’est pas visé par l’intention du législateur de privilégier l’arbitrage.

Si, comme le prétendent les intimés, les représentants de l’appelante ont conclu une entente de pré-emploi avec eux en septembre 1983, il semble évident qu’un litige portant sur une telle entente, dans son essence, ne pouvait pas découler de la convention collective conclue entre le SCFP et la ville. D’une part, les intimés n’étaient pas des employés de la ville en septembre 1983. D’autre part, les intimés ne faisaient pas partie à cette époque de l’unité de négociation et n’étaient pas membres de la section locale 503 du SCFP. Ils étaient des employés du Service de la police d’Ottawa, qui est une entité distincte de la ville d’Ottawa. (En vertu du par. 8(5) de la *Police Act*, R.S.O. 1980, ch. 381, la Commission de police « peut conclure des contrats et ester en justice sous son propre nom ».) En septembre 1983, et jusqu’en mai 1985, les intimés étaient assujettis à une convention collective conclue entre la Commission de police et l’Association des policiers d’Ottawa. Je ne puis donc pas être d’accord avec l’appelante sur l’argument suivant qu’elle présente au par. 101 de son mémoire :

[TRADUCTION] Le danger que comporte l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce tient à ce qu’il ouvre la voie

of grievance and labour disputes in the courts but to the potential dismantling of the entire collective bargaining process and grievance arbitration system in Canada.

non seulement à une avalanche de griefs et de conflits de travail portés devant les tribunaux, mais aussi au démantèlement du processus de négociation collective dans son ensemble et du système d'arbitrage des griefs au Canada.

26 If a pre-employment agreement was made in September 1983, as alleged, a claim for its enforcement cannot be said to arise from the interpretation, application, administration or violation of the CUPE collective agreement.

Si une entente de pré-emploi a été conclue en septembre 1983, comme le prétendent les intimés, on ne peut pas dire qu'une demande visant à la faire appliquer découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective du SCFP.

B. *The Appropriateness of the Preliminary Motion*

B. *La régularité de la motion préliminaire*

27 The appellant complains that it is being put to the trouble and expense of a law suit merely on the bare allegation of a pre-employment contract. This is true, but of course the courts are open to any litigant who "merely" alleges a cause of action. Procedures exist under the rules of practice to obtain particulars or to bring frivolous or unsupportable claims to an early resolution. The losing litigant may, depending on the view taken of the matter by the motions judge, find itself burdened with costs.

L'appelante se plaint d'avoir à subir les frais et les inconvénients liés à une procédure judiciaire par suite d'une simple allégation portant qu'il existait un contrat de pré-emploi. C'est un fait, mais toute partie qui invoque « simplement » une cause d'action peut évidemment s'adresser aux tribunaux. Les règles de pratique établissent des mécanismes qui permettent d'obtenir des précisions ou de régler rapidement les actions frivoles ou insoutenables. La partie perdante peut, selon la façon dont le juge responsable des motions voit l'affaire, être condamnée à de lourds dépens.

28 In an effort to hasten the end of this lawsuit, counsel for the appellant (who was not counsel on this appeal) belatedly moved on April 25, 1999, about 10 years after the action was begun, to have the respondents' statement of claim struck out for want of jurisdiction under clause 21.01(3)(a) on the basis that "the court has no jurisdiction over the subject matter of the action". I note, in passing, that rule 21.02 requires that such a motion "shall be made promptly".

Afin de mettre fin le plus tôt possible à la présente poursuite, l'avocat de l'appelante (qui ne la représente pas dans le présent appel) a demandé tardivement le 25 avril 1999, environ 10 ans après le début de l'action, la radiation de la déclaration des intimés pour défaut de compétence en vertu de l'al. 21.01(3)a, au motif que « le tribunal n'a pas compétence pour connaître de l'objet de l'action ». Je souligne en passant que la règle 21.02 prévoit qu'une telle motion doit être « présentée avec diligence ».

29 Clause 21.01(3)(a), and its equivalent permitting a jurisdictional challenge in other provinces, has been widely utilized in labour relations disputes. See, e.g., *Jadwani v. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660 (C.A.); *Giorno v. Pappas* (1999), 170 D.L.R. (4th) 160 (Ont. C.A.), at para. 16; *Bhaduria v. Toronto Board of Education* (1999), 173 D.L.R. (4th) 382 (Ont. C.A.), at para. 2; and *Bhairo v. Westfair Foods Ltd.*, [1997] M.J. No. 219 (QL) (C.A.). Although Alberta and Newfoundland

L'alinéa 21.01(3)a, et les dispositions équivalentes permettant de contester la compétence dans d'autres provinces, sont utilisées fréquemment dans le cadre des conflits de travail. Voir p. ex., *Jadwani c. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660 (C.A.); *Giorno c. Pappas* (1999), 170 D.L.R. (4th) 160 (C.A. Ont.), par. 16; *Bhaduria c. Toronto Board of Education* (1999), 173 D.L.R. (4th) 382 (C.A. Ont.), par. 2, et *Bhairo c. Westfair Foods Ltd.*, [1997] M.J. No. 219 (QL) (C.A.). Malgré que

lack a special rule on jurisdictional challenges, the courts in those provinces achieve the same result on a motion to strike: *Allen v. Alberta* (2001), 286 A.R. 132 (C.A.); *Young Estate v. TransAlta Utilities Corp.* (1997), 209 A.R. 89 (C.A.); and *Roberts v. Browning Ferris Industries Ltd.* (1998), 170 Nfld. & P.E.I.R. 228 (Nfld. C.A.).

In the present case, the principal difficulty confronting the appellant was not legal but factual. To meet the allegation of a pre-employment contract, the appellant felt it necessary to file the affidavit of Rosemarie Leclair, Commissioner of Corporate Services of the City of Ottawa. The affidavit, according to the appellant, showed that there was no such pre-employment contract. Yet it confirmed, at the same time, the existence of a serious factual dispute. That being the case, I do not think that the appellant could avoid the exigencies of a summary judgment motion (rule 20) by framing its attack as a jurisdictional challenge under clause 21.01(3)(a). As Borins J.A. pointed out in *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), a pleadings motion generally “offers no assistance in weeding out cases where a substantively adequate claim, or defence, has been pleaded, but cannot be proved” (para. 14).

The appellant’s dilemma is illustrated by the great “snail in the bottle” case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), which, as every law student knows, laid the basis for the modern law of negligence. After the House of Lords had decided that a soft drinks manufacturer could indeed be tortiously liable for shock “and severe gastro-enteritis” suffered by a consumer who allegedly found a decomposed snail in her bottle of ginger beer, and therefore allowed the case to proceed to trial, it was held by the trial court that in fact there was no snail in the bottle after all. (See reference by Jenkins L.J. in *Adler v. Dickson*, [1954] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), at p. 1483.) In *Donoghue, supra*, the defendant

l’Alberta et Terre-Neuve ne disposent pas d’une règle spéciale applicable à l’examen des questions de compétence, les tribunaux de ces provinces arrivent au même résultat sur présentation d’une motion en radiation : voir *Allen c. Alberta* (2001), 286 A.R. 132 (C.A.); *Young Estate c. TransAlta Utilities Corp.* (1997), 209 A.R. 89 (C.A.), et *Roberts c. Browning Ferris Industries Ltd.* (1998), 170 Nfld. & P.E.I.R. 228 (C.A.T.-N.).

En l’espèce, la principale difficulté que l’appelante devait surmonter n’était pas d’ordre juridique mais d’ordre factuel. Pour réfuter la prétention qu’il existait un contrat de pré-emploi, l’appelante a jugé nécessaire de déposer l’affidavit de Rosemarie Leclair, Commissaire des Services Intégrés de la ville d’Ottawa. Selon l’appelante, l’affidavit montrait qu’il n’existait pas de contrat de pré-emploi. Par contre, elle a confirmé du même coup l’existence d’un important désaccord sur les faits. Dans les circonstances, je ne crois pas que l’appelante pouvait se soustraire aux exigences d’une motion en jugement sommaire (règle 20) en formulant sa demande comme une contestation de la compétence du tribunal sous le régime de l’al. 21.01(3)a). Comme l’a souligné le juge Borins dans *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), habituellement, une motion en radiation d’un acte de procédure [TRADUCTION] « n’est d’aucun secours pour ce qui est d’éliminer les actions dans lesquelles une demande ou une défense suffisante quant au fond est invoquée, mais ne peut être établie par la preuve » (par. 14).

Le dilemme de l’appelante est illustré par la fameuse affaire de « l’escargot dans la bouteille », *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), qui, comme tout étudiant en droit le sait, est à la base de notre droit moderne de la responsabilité délictuelle. Après que la Chambre des lords eut décidé qu’un fabricant de boissons gazeuses pouvait effectivement être tenu responsable en matière délictuelle du choc [TRADUCTION] « et de la grave gastro-entérite » dont avait souffert une consommatrice qui avait prétendument trouvé un escargot décomposé dans sa bouteille de bière de gingembre et qu’elle eut, par conséquent, permis que l’action soit instruite, le tribunal de première instance a conclu

30

31

brought a preliminary motion to test a proposition of law, the answer to which, in the words of Ontario clause 21.01(1)(a), “may dispose of all or part of the action”. The equivalent to what was tried here would have occurred if the soft drinks manufacturer, instead of arguing the legal point, had attempted to use the preliminary motion to establish that there was no snail in the bottle. Such a genuine issue of fact there, as here, had to be sent to trial.

qu’en fin de compte, il n’y avait pas d’escargot dans la bouteille. (Voir la remarque du juge Jenkins dans *Adler c. Dickson*, [1954] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), p. 1483.) Dans *Donoghue*, précité, le défendeur avait déposé une requête préliminaire pour faire trancher une question de droit, dont la réponse, pour reprendre les termes de la règle 21.01(1)a de l’Ontario était « susceptible de régler la totalité ou une partie de l’action ». L’équivalent de ce qui s’est déroulé en l’espèce se serait produit si le fabricant de boissons gazeuses, au lieu de faire valoir un point de droit, avait tenté d’utiliser la motion préliminaire pour établir qu’il n’y avait pas d’escargot dans la bouteille. Une question aussi purement factuelle devait, comme en l’espèce, faire l’objet d’une instruction.

32

It is the practice in Ontario for the motions court to receive evidence pertinent to the jurisdictional issue, such as a copy of the collective agreement (see the cases cited in para. 29), or other affidavit evidence (*Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2001), 53 O.R. (3d) 112 (S.C.J.), and, on the issue of capacity, *S. (J.R.) v. Glendinning* (2000), 191 D.L.R. (4th) 750 (S.C.J. Ont.)), but it was not appropriate for the appellant to attempt to turn a jurisdictional challenge under clause 21.01(3)(a) into a mini-trial on a disputed, central question of fact. If the appellant was of the view that the pleading of a pre-employment contract was a sham and raised no genuine issue for trial, it ought to have moved for summary judgment pursuant to rule 20.01. In that case, while the onus would have been on the appellant as the moving party to establish the absence of a genuine issue for trial, each side would have been required to “put its best foot forward” (*Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Gen. Div.), at p. 434, *per* Sharpe J., as he then was), with respect to the existence or non-existence of the pre-employment contract, or, as Osborne J.A. put it in *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.), at p. 557, “a respondent on a motion for summary judgment must lead trump or risk losing”. See also *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 156 D.L.R. (4th) 222 (Ont. C.A.), and *Dawson, supra*. Generally, if there is an issue of credibility which is

La pratique en Ontario permet à la cour qui entend les motions de recevoir des éléments de preuve sur la question de la compétence, comme une copie de la convention collective (voir les causes mentionnées au par. 29), ou une autre preuve par affidavit (*Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2001), 53 O.R. (3d) 112 (C.S.J.), et sur la question de la capacité, *S. (J.R.) c. Glendinning* (2000), 191 D.L.R. (4th) 750 (C.S.J. Ont.)), mais il ne convenait pas que l’appelante tente de transformer une contestation de la compétence en vertu de l’al. 21.01(3)a en un mini-procès sur une question de fait cruciale litigieuse. Si l’appelante était d’avis que l’acte de procédure alléguant l’existence d’un contrat de pré-emploi était frivole et qu’il ne soulevait pas de véritable question à débattre, elle aurait dû demander un jugement sommaire en vertu de la règle 20.01. Ainsi, bien qu’il eût incombé à l’appelante, en sa qualité de partie requérante, d’établir l’absence d’une véritable question à débattre, chacune des parties auraient eu à « présenter ses meilleurs arguments » (*Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Div. gén.), p. 434, le juge Sharpe, maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario, en ce qui concerne l’existence ou la non-existence du contrat de pré-emploi ou, comme le juge Osborne l’a affirmé dans *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.), p. 557, [TRADUCTION] « un défendeur dans une motion en jugement sommaire doit

material, summary judgment will be refused: *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.).

The respondents were under no evidentiary obligation at this stage to prove the existence of a pre-employment contract for the purposes of surviving a jurisdictional challenge under clause 21.01(3)(a). The pleadings themselves established that the central allegation of jurisdictional fact (the existence of a pre-employment contract) was also the central issue on liability in the law suit. This is not a jurisdictional issue that turns on uncontroverted or easily ascertainable facts. Clearly, credibility would very much be an issue.

I agree with the Ontario Court of Appeal that the appellant's approach was misconceived. The disagreement between the parties was essentially factual, not legal. In light of the factual issues raised by the pleadings, the jurisdictional issue could not be determined on a preliminary motion. The motions judge should not therefore have driven the respondents so precipitously "from the judgment seat", *per* Wilson J. in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 973.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lang Michener, Ottawa; Corporation of the City of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Binavince Smith, Ottawa.

sortir un atout sinon il risque de perdre ». Voir aussi *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 156 D.L.R. (4th) 222 (C.A. Ont.), et *Dawson*, précité. Habituellement, si une question de crédibilité importante est en cause, le jugement sommaire sera refusé : *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.).

Les intimés n'avaient pas l'obligation, à cette étape, de présenter une preuve établissant l'existence d'un contrat de pré-emploi pour que leur recours survive à la contestation de la compétence du tribunal sous le régime de l'al. 21.01(3)a). Les actes de procédure mêmes ont établi que l'allégation de fait la plus importante quant à la compétence (l'existence d'un contrat de pré-emploi) est aussi la principale question litigieuse dans l'instance quant à la responsabilité. Il ne s'agit pas d'une question de compétence qui porte sur des faits non contestés ou facilement vérifiables. De toute évidence, la crédibilité sera très vraisemblablement une importante question en litige.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario pour affirmer que l'appelante n'a pas choisi la démarche qui convenait. Le désaccord entre les parties était essentiellement factuel et non pas juridique. Compte tenu des questions de fait soulevées par les actes de procédure, la question de compétence ne pouvait pas être tranchée par voie de motion préliminaire. Le juge des motions n'aurait donc pas dû priver les intimés « d'un jugement » aussi hâtivement, pour emprunter les mots de la juge Wilson dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 973.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Lang Michener, Ottawa; Ville d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intimés : Binavince Smith, Ottawa.

33

34

35

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James David Knight *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Merlin Hay *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KNIGHT; R. v. HAY

Neutral citation: 2003 SCC 15.

File No.: 29331, 29332.

2003: March 20.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Manslaughter — Causation — Victim assaulted twice in a 24-hour period — Accused not involved in first assault — Trial judge concluding that severe assault by accused caused victim's death — Verdict of manslaughter reasonable.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 312 A.R. 106, 281 W.A.C. 106, 6 C.R. (6th) 394, [2002] A.J. No. 1022 (QL), 2002 ABCA 191, allowing the accused's appeal from a judgment of Foster J. (2001), 288 A.R. 128, [2001] A.J. No. 392 (QL), 2001 ABQB 247, convicting the accused of manslaughter. Appeals allowed.

James A. Bowron, for the appellant.

F. Kirk MacDonald, for the respondent Knight.

Laura K. Stevens, for the respondent Hay.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James David Knight *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Robert Merlin Hay *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. KNIGHT; R. c. HAY

Référence neutre : 2003 CSC 15.

N^o du greffe : 29331, 29332.

2003 : 20 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Homicide involontaire coupable — Lien de causalité — Victime ayant subi des voies de fait à deux occasions distinctes en 24 heures — Accusés n'ayant pas participé aux voies de fait infligées à la première occasion — Conclusion du juge du procès que les voies de fait graves infligées par les accusés ont causé la mort de la victime — Verdict d'homicide involontaire coupable raisonnable.

POURVOIS contre un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 312 A.R. 106, 281 W.A.C. 106, 6 C.R. (6th) 394, [2002] A.J. No. 1022 (QL), 2002 ABCA 191, qui a accueilli l'appel des accusés à l'encontre d'un jugement du juge Foster (2001), 288 A.R. 128, [2001] A.J. No. 392 (QL), 2001 ABQB 247, déclarant les accusés coupables d'homicide involontaire coupable. Pourvois accueillis.

James A. Bowron, pour l'appelante.

F. Kirk MacDonald, pour l'intimé Knight.

Laura K. Stevens, pour l'intimé Hay.

The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — These are appeals as of right, involving the issue of whether a verdict for manslaughter was unreasonable.

We agree with Paperny J.A. that it was open to the trial judge to conclude as he did that the severe assaults by the respondents caused the death of the victim. It is therefore not necessary in our view to reach any conclusion as to whether leaving the victim unconscious and unclothed by the railway tracks was a contributing cause of death.

The appeals are allowed. The judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside and the convictions and sentences entered by Foster J. of the Alberta Court of Queen's Bench are restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondent Knight: Pringle & Associates, Edmonton.

Solicitors for the respondent Hay: Anderson, Dawson, Knisely, Stevens & Shaigec, Edmonton.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE ARBOUR — Les présents appels interjetés de plein droit portent sur la question de savoir si un verdict d'homicide involontaire coupable était raisonnable.

Nous partageons l'avis de la juge Paperny que le juge du procès pouvait conclure, comme il l'a fait, que les graves voies de fait commises par les intimés ont causé le décès de la victime. Nous ne jugeons donc pas nécessaire de tirer quelque conclusion que ce soit au sujet de la question de savoir si le fait d'avoir abandonné la victime inconsciente et dévêtue sur la voie ferrée a contribué au décès.

Les appels sont accueillis. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé et les déclarations de culpabilité et sentences prononcées par le juge Foster de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta sont rétablies.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intimé Knight : Pringle & Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intimé Hay : Anderson, Dawson, Knisely, Stevens & Shaigec, Edmonton.

1

2

3

**American International Assurance Life
Company Ltd. and American Life Insurance
Company** *Appellants*

v.

Dorothy Martin *Respondent*

**INDEXED AS: MARTIN v. AMERICAN INTERNATIONAL
ASSURANCE LIFE CO.**

Neutral citation: 2003 SCC 16.

File No.: 28540.

2002: October 28; 2003: March 21.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Insurance — Life insurance — Interpretation of
accidental death benefit provision in policy — Insured
dying from overdose caused by intravenous injection of
Demerol — Accidental death benefit provision stipulat-
ing coverage would be provided only for deaths effected
through “accidental means” — Whether category of
deaths caused by “accidental means” narrower than
that of “accidental deaths” — Whether insured’s death
effected through “accidental means”.*

The insured, Dr. E, was a physician who developed an addiction to opiate medications. He completed a residential treatment program. However, after a painful orthopaedic injury, he became physiologically dependent on both morphine and Demerol and was placed on a program of gradual withdrawal from these drugs. Dr. E was found dead in his office and the coroner concluded he died from an overdose caused by an intravenous injection of Demerol. The level of Demerol found in his blood was at the low end of the range for lethal doses. Dr. E’s life insurance policy stipulated that coverage would be provided only for deaths effected through “accidental means”. At trial, the claim for coverage under the provision was dismissed. The Court of Appeal allowed the appeal and determined that the respondent beneficiary could recover under the policy.

**American International Assurance Life
Company Ltd. et American Life Insurance
Company** *Appelantes*

c.

Dorothy Martin *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : MARTIN c. AMERICAN INTERNATIONAL
ASSURANCE LIFE CO.**

Référence neutre : 2003 CSC 16.

N^o du greffe : 28540.

2002 : 28 octobre; 2003 : 21 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel et Deschamps.

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

*Assurance — Assurance-vie — Interprétation d’une
clause d’indemnisation en cas de décès accidentel
contenue dans une police d’assurance — Assuré ayant
succombé à une surdose de Demerol administré par
intraveineuse — Clause d’indemnisation en cas de décès
accidentel précisant que la garantie ne s’applique qu’aux
décès dus à une « cause accidentelle » — La catégorie
des « décès dus à une cause accidentelle » est-elle plus
restreinte que celle des « décès accidentels »? — Le
décès de l’assuré est-il dû à une « cause accidentelle »?*

L’assuré, le D^f E, était un médecin ayant développé une dépendance à des médicaments opiacés. Il a suivi un programme de traitement en établissement. Toutefois, à la suite d’une douloureuse blessure musculosquelettique, il a développé une dépendance physiologique à la morphine et au Demerol, et il a été inscrit à un programme de désintoxication destiné à enrayer la dépendance à ces drogues. Le D^f E a été découvert sans vie à son bureau et la coroner a conclu qu’il avait succombé à une surdose de Demerol administré par intraveineuse. Le taux de Demerol dans le sang de la victime se situait au bas de l’échelle des doses létales. La police d’assurance-vie du D^f E précisait que la garantie ne s’appliquait qu’aux décès dus à une « cause accidentelle ». Au procès, la demande d’indemnisation fondée sur la clause en question a été rejetée. La Cour d’appel a accueilli l’appel et a statué que la bénéficiaire intimée pouvait être indemnisée en vertu de la police d’assurance.

Held: The appeal should be dismissed.

The phrase “accidental means” in the insurance policy does not refer to a narrow subclass of the broader category of “accidental deaths”. Both phrases connote a death that was in some sense unexpected. To determine whether death occurred by accidental means, it is necessary to look to the chain of events as a whole, and consider whether the insured expected death to be a consequence of his actions and circumstances. The central question is whether the insured expected to die. The circumstances of the death may point to the answer. However, if the answer is unclear when the matter is viewed solely from the perspective of the insured, the court may consider whether a reasonable person in the position of the insured would have expected to die. In this case, the circumstances surrounding Dr. E’s death support the inference that his death was effected through “accidental means”. Dr. E did not expect to die but simply made a miscalculation concerning how much Demerol his body could tolerate. In concluding otherwise, the trial judge erred in his appreciation of the law and the facts. The appeal is dismissed. The respondent is entitled to payment of the accidental death benefit.

Cases Cited

Considered: *Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.* (1963), 43 W.W.R. 355, aff’d (1964), 42 D.L.R. (2d) 401n; *Sloboda v. Continental Casualty Co.*, [1938] 2 W.W.R. 237; *Smith v. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] S.C.R. 434; *Aguilar v. London Life Insurance Co.* (1990), 70 D.L.R. (4th) 510, leave to appeal granted, [1991] 1 S.C.R. v, notice of discontinuance filed, [1991] 3 S.C.R. v; *Leontowicz v. Seaboard Life Insurance Co.* (1984), 8 C.C.L.I. 290, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. ix; *Candler v. London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada* (1963), 40 D.L.R. (2d) 408; **referred to:** *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934); *Fenton v. J. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443; *Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241; *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Johnson v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 676, aff’g (1982), 39 O.R. (2d) 559; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Brown v. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (1926); *Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118; *Thompson v. Prudential Insurance Co. of America*, 66 S.E.2d 119 (1951); *Allred v. Prudential Insurance Co. of America*,

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’expression « cause accidentelle », contenue dans la police d’assurance, ne désigne pas une sous-catégorie limitée de la catégorie générale des « décès accidentels ». Les deux expressions évoquent un décès en quelque sorte inattendu. Pour déterminer si le décès est dû à une cause accidentelle, il faut examiner la suite des événements dans son ensemble et se demander si l’assuré s’attendait à ce que la mort résulte de ses actes et des circonstances les ayant entourés. La question centrale est de savoir si l’assuré s’attendait à mourir. Les circonstances du décès peuvent être utiles pour répondre à cette question. Toutefois, si la réponse n’est pas claire lorsqu’on se place du seul point de vue de l’assuré, la cour peut se demander si une personne raisonnable dans la situation de l’assuré se serait attendue à mourir. En l’espèce, les circonstances ayant entouré le décès du D^r E étayaient l’inférence selon laquelle son décès est dû à une « cause accidentelle ». Le D^r E ne s’attendait pas à mourir; il a simplement commis une erreur de jugement au sujet de la quantité de Demerol que son corps pouvait tolérer. En tirant une autre conclusion, le juge de première instance a mal apprécié le droit et les faits. Le pourvoi est rejeté. L’intimée a droit à l’indemnité prévue en cas de décès accidentel.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Columbia Cellulose Co. c. Continental Casualty Co.* (1963), 43 W.W.R. 355; conf. par (1964), 42 D.L.R. (2d) 401n; *Sloboda c. Continental Casualty Co.*, [1938] 2 W.W.R. 237; *Smith c. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] R.C.S. 434; *Aguilar c. London Life Insurance Co.* (1990), 70 D.L.R. (4th) 510, autorisation de pourvoi accordée, [1991] 1 R.C.S. v, avis de désistement produit, [1991] 3 R.C.S. v; *Leontowicz c. Seaboard Life Insurance Co.* (1984), 8 C.C.L.I. 290, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. ix; *Candler c. London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada* (1963), 40 D.L.R. (2d) 408; **arrêts mentionnés :** *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Landress c. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934); *Fenton c. J. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443; *Glenlight Shipping Ltd. c. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241; *Mutuelle d’Omaha Compagnie d’Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Johnson c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 676, conf. (1982), 39 O.R. (2d) 559; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Brown c. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (1926); *Bertalan Estate c. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118; *Thompson c. Prudential Insurance Co. of America*, 66 S.E.2d 119

100 S.E.2d 226 (1957); *Wagner v. International Ry. Co.*, 133 N.E. 437 (1921); *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Corothers v. Slobodian*, [1975] 2 S.C.R. 633; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 196 D.L.R. (4th) 427, 4 W.W.R. 404, 149 B.C.A.C. 249, 86 B.C.L.R. (3d) 4, 25 C.C.L.I. (3d) 1, [2001] I.L.R. I-3957, [2001] B.C.J. No. 325 (QL), 2001 BCCA 130, setting aside a decision of the Supreme Court of British Columbia (1999), 16 C.C.L.I. (3d) 180, [1999] I.L.R. I-3721, [1999] B.C.J. No. 1523 (QL). Appeal dismissed.

Peter H. Griffin, David Norwood and Nina Bombier, for the appellants.

David A. Critchley and Robert B. Kearl, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1

This appeal concerns the proper interpretation of an accidental death benefit provision in a life insurance policy, which stipulated that coverage would be provided only for deaths effected through “accidental means”. I conclude that the circumstances surrounding Dr. Easingwood’s death support the inference that his death was effected through “accidental means”. It was caused by a miscalculation that fell within the provision covering death by accidental means. I would therefore uphold the Court of Appeal’s conclusion that the respondent is entitled to payment of the accidental death benefit, and would dismiss the appeal.

II. Facts and Background

A. *Dr. Easingwood’s Death*

2

The insured, Dr. Edward Joseph Easingwood, was a 46-year-old family practice physician. In the

(1951); *Allred c. Prudential Insurance Co. of America*, 100 S.E.2d 226 (1957); *Wagner c. International Ry. Co.*, 133 N.E. 437 (1921); *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Corothers c. Slobodian*, [1975] 2 R.C.S. 633; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2001), 196 D.L.R. (4th) 427, 4 W.W.R. 404, 149 B.C.A.C. 249, 86 B.C.L.R. (3d) 4, 25 C.C.L.I. (3d) 1, [2001] I.L.R. I-3957, [2001] B.C.J. No. 325 (QL), 2001 BCCA 130, annulant une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 16 C.C.L.I. (3d) 180, [1999] I.L.R. I-3721, [1999] B.C.J. No. 1523 (QL). Pourvoi rejeté.

Peter H. Griffin, David Norwood et Nina Bombier, pour les appelantes.

David A. Critchley et Robert B. Kearl, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation d’une clause d’indemnisation en cas de décès accidentel, contenue dans une police d’assurance-vie et précisant que la garantie ne s’applique qu’aux décès dus à une [TRADUCTION] « cause accidentelle ». J’arrive à la conclusion que, compte tenu des circonstances l’ayant entouré, le décès du D^r Easingwood est dû à une « cause accidentelle ». Il a résulté d’une erreur de jugement qui relève de la disposition applicable aux décès dus à une cause accidentelle. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la conclusion de la Cour d’appel que l’intimée a droit à l’indemnité prévue en cas de décès accidentel.

II. Les faits et le contexte

A. *Le décès du D^r Easingwood*

L’assuré, le D^r Edward Joseph Easingwood, était un médecin de famille âgé de 46 ans. Pendant le

course of treating a peptic ulcer, he developed an addiction to opiate medications. He completed a residential treatment program in 1994 and returned to practice in 1995. However, after a painful orthopaedic injury in the spring of 1996, he became physiologically dependent on both morphine and Demerol and had to stop work once more. His physician placed him on a program of gradual withdrawal from these drugs. He was able to return to work in mid-October of 1996. He had spoken with his friends in the days preceding his death and sounded enthusiastic and was planning for the future.

On October 29, 1996, Dr. Easingwood told his spouse that he was going for a drive in an attempt to relieve the pain in his leg. He drove to his office. The following morning, he was found dead in the office. The Coroner described the scene of death as follows:

Dr. EASINGWOOD'S body was found lying prone in his office with his broken glasses on the floor beside him. In his right hand was a bloody tissue. He was dressed in street clothes and his jeans were partially pulled down.

The Coroner found that Dr. Easingwood died from an overdose caused by an intravenous injection of Demerol. The Coroner noted that the level of Demerol found in his blood was 2.4 mg, which was at the low end of the range for lethal doses. Toxicology reports indicated that phenobarbital was also found in his blood. Phenobarbital has an additive effect upon Demerol. There was no evidence to explain how the phenobarbital entered his system.

B. *The Insurance Policy*

The policy, at several points, describes itself as an "Accidental Death Benefit Provision". However, the clause granting coverage refers to deaths effected through "accidental means":

BENEFIT

Subject to this provision's terms, the Company will pay the amount of the Accidental Death Benefit . . . upon

traitement d'un ulcère gastroduodéal, il a développé une dépendance à des médicaments opiacés. En 1994, il a suivi un programme de traitement en établissement, pour ensuite reprendre l'exercice de la médecine en 1995. Toutefois, au printemps 1996, à la suite d'une douloureuse blessure musculosquelettique, il a développé une dépendance physiologique à la morphine et au Demerol, et a dû de nouveau cesser de travailler. Son médecin l'a inscrit à un programme de désintoxication destiné à enrayer la dépendance à ces drogues. Il a pu retourner au travail à la mi-octobre 1996. Au cours des jours qui ont précédé son décès, il a paru enthousiaste aux amis à qui il a parlé et il faisait des projets d'avenir.

Le 29 octobre 1996, le D^r Easingwood a dit à son épouse qu'il allait faire une balade en voiture pour calmer sa douleur à la jambe. Il s'est rendu à son bureau où, le lendemain matin, il a été découvert sans vie. Voici comment la coroner a décrit la scène :

[TRADUCTION] Le D^r EASINGWOOD a été retrouvé gisant face contre terre dans son bureau. Ses verres brisés reposaient sur le sol près de lui et un papier-mouchoir ensanglanté se trouvait dans sa main droite. Il était en tenue de ville et son jean était partiellement baissé.

La coroner a conclu que le D^r Easingwood avait succombé à une surdose de Demerol administré par intraveineuse. Elle a indiqué que le taux de Demerol dans le sang de la victime était de 2,4 mg et se situait au bas de l'échelle des doses létales. Les rapports de toxicologie ont également révélé la présence de phénobarbital dans le sang de la victime, substance qui a un effet additif avec le Demerol. Aucune preuve n'expliquait comment le phénobarbital s'était retrouvé dans l'organisme de la victime.

B. *La police d'assurance*

La police d'assurance prévoit, à maints endroits, qu'elle constitue une « garantie en cas de décès accidentel ». Cependant, la clause accordant la garantie parle de décès dû à une « cause accidentelle » :

[TRADUCTION]

GARANTIE

Sous réserve des conditions stipulées aux présentes, la compagnie versera le montant de l'indemnité pour

3

4

5

receipt of due proof that the Life Insured's death resulted directly, and independently of all other causes, from bodily injury effected solely through external, violent and accidental means

6

The appellant insurers maintain that Dr. Easingwood's death was not effected through "accidental means". They argue that his self-injection of that particular dosage of Demerol was a deliberate act, and that his death was a consequence that he must have foreseen as possible, given the amount of the dosage. The respondent, on the other hand, asserts that Dr. Easingwood's death was "accidental". She rejects the argument that "accidental means" is narrower than "accidental death"; and she asserts that, in any event, it is reasonable to infer that Dr. Easingwood died by "accidental means", mistakenly believing that he was administering a non-lethal dose.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 16 C.C.L.I. (3d) 180

7

At trial, Josephson J. dismissed the claim for coverage under the provision. He expressed doubt as to whether there was a real distinction between insurance policies covering "accidental death" and those covering only deaths caused by "accidental means". But he took the relevant test for "accidental means" to be whether the insured's injuries were caused by an "unlooked-for mishap" or "an untoward event which was not expected or designed" (para. 5). Josephson J. then inferred from Dr. Easingwood's experience as a drug-user and knowledge as a medical practitioner that he would not have been unaware of the risks posed by injecting this amount of Demerol, particularly in combination with phenobarbital. On this basis, Josephson J. concluded that Dr. Easingwood's death was not effected through accidental means.

décès accidentel [. . .] sur réception d'une preuve en bonne et due forme que le décès de l'assuré est directement imputable, à l'exclusion de toute autre cause, à une blessure corporelle infligée par un acte externe, violent et accidentel . . .

Les assureurs appelants soutiennent que le décès du D^r Easingwood n'est pas dû à une « cause accidentelle ». Ils font valoir que c'est de propos délibéré qu'il s'est injecté la dose de Demerol en question et que son décès était une conséquence possible qu'il devait avoir prévue étant donné l'importance de la dose administrée. Pour sa part, l'intimée soutient que le décès est « accidentel ». Elle rejette l'argument voulant que l'expression « cause accidentelle » ait une portée plus restreinte que les termes « décès accidentel ». Elle ajoute que, de toute manière, il est raisonnable d'inférer que le D^r Easingwood est décédé « accidentellement », après avoir cru à tort que la dose administrée n'était pas létale.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 16 C.C.L.I. (3d) 180

Lors du procès, le juge Josephson a rejeté la demande d'indemnisation fondée sur la clause en question. Il a dit douter de l'existence d'une distinction véritable entre la police d'assurance pour « décès accidentel » et celle applicable seulement au décès dû à une « cause accidentelle ». Cependant, il a estimé que le critère applicable à la détermination de l'existence d'une « cause accidentelle » consiste à se demander si les blessures de l'assuré résultaient d'une [TRADUCTION] « mésaventure inattendue » ou d'un « malheur qui n'était ni prévu, ni recherché » (par. 5). Le juge a inféré de l'expérience que le D^r Easingwood avait en matière de consommation de drogue et des connaissances qu'il possédait en sa qualité de médecin, que celui-ci ne devait pas ignorer les risques qu'il courait en s'injectant une telle quantité de Demerol, surtout si elle était combinée à du phénobarbital. Le juge Josephson a conclu, pour ce motif, que le décès du D^r Easingwood n'était pas dû à une cause accidentelle.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2001), 86 B.C.L.R. (3d) 4, 2001 BCCA 130

The Court of Appeal allowed the appeal. Writing for a unanimous bench, Huddart J.A. also questioned the usefulness of the distinction between “accidental deaths” and deaths by “accidental means”. However, she held that it was not necessary to decide this question. In her view, it was “enough, for the purposes of this appeal, to look at the action that caused the injury and all the circumstances surrounding it in a holistic way and to ask whether in ordinary and popular language the event as it happened would be described as an accident” (para. 26). Huddart J.A. then inferred from the circumstances of Dr. Easingwood’s death that it was more likely than not that he had not intended to give himself a potentially lethal dose. Because an unintentional overdose would be regarded as an accident by the ordinary person, the court held that Dr. Easingwood’s death occurred accidentally, and that the respondent could therefore recover under the policy.

IV. Analysis

A. *The Distinction Between “Accidental Means” and “Accidental Death”*

The first question to be considered is whether deaths caused by accidental means form a subclass of accidental deaths. To put the question another way, is the category of deaths caused by accidental means narrower than that of accidental deaths?

The insurers argue that the category of deaths caused by accidental means is narrower, in that it excludes accidental deaths that are the natural effects of deliberate actions. In their view, a death is only caused by accidental means when both the death and the actions that are among its immediate causes are accidental.

This view has been adopted by Canadian courts in *Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.* (1963), 43 W.W.R. 355 (B.C.C.A.), aff’d (1964), 42 D.L.R. (2d) 401n (S.C.C.); *Sloboda v. Continental*

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2001), 86 B.C.L.R. (3d) 4, 2001 BCCA 130

La Cour d’appel a accueilli l’appel. S’exprimant au nom de la cour à l’unanimité, la juge Huddart s’est elle aussi interrogée sur l’utilité de la distinction entre « décès accidentel » et décès dû à une « cause accidentelle ». Cependant, elle n’a pas jugé nécessaire de trancher la question puisque, selon elle, il [TRADUCTION] « suffi[sait], en l’espèce, d’examiner globalement l’acte à l’origine du préjudice et toutes les circonstances l’ayant entouré, et de se demander si l’événement survenu serait considéré comme un accident au sens ordinaire et courant de ce terme » (par. 26). La juge Huddart a ensuite inféré des circonstances du décès du D^r Easingwood que, selon toute vraisemblance, celui-ci n’avait pas voulu s’administrer une dose potentiellement mortelle. Invoquant le fait qu’une personne ordinaire considérerait que l’administration involontaire d’une surdose est un accident, la cour a statué que le décès du D^r Easingwood était accidentel et que l’intimée pouvait donc être indemnisée en vertu de la police d’assurance.

IV. Analyse

A. *La distinction entre « cause accidentelle » et « décès accidentel »*

La première question qui se pose est de savoir si les décès dus à une cause accidentelle forment une sous-catégorie de décès accidentels. En d’autres termes, la catégorie des décès dus à une cause accidentelle est-elle plus restreinte que celle des décès accidentels?

Les assureurs font valoir que la catégorie des décès dus à une cause accidentelle est plus restreinte du fait qu’elle exclut le décès accidentel qui est la conséquence naturelle d’un acte délibéré. Selon eux, il ne peut y avoir de cause accidentelle que si le décès et les actes comptant parmi ses causes immédiates sont accidentels.

Les tribunaux canadiens ont adopté ce point de vue dans les arrêts *Columbia Cellulose Co. c. Continental Casualty Co.* (1963), 43 W.W.R. 355 (C.A.C.-B.), conf. par (1964), 42 D.L.R. (2d)

8

9

10

11

Casualty Co., [1938] 2 W.W.R. 237 (Alta. C.A.); *Smith v. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] S.C.R. 434; *Aguilar v. London Life Insurance Co.* (1990), 70 D.L.R. (4th) 510 (Man. C.A.) (leave to appeal granted, [1991] 1 S.C.R. v; notice of discontinuance filed, [1991] 3 S.C.R. v); *Leontowicz v. Seaboard Life Insurance Co.* (1984), 8 C.C.L.I. 290 (Alta. C.A.) (leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. ix).

401n (C.S.C.); *Sloboda c. Continental Casualty Co.*, [1938] 2 W.W.R. 237 (C.A. Alb.); *Smith c. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] R.C.S. 434; *Aguilar c. London Life Insurance Co.* (1990), 70 D.L.R. (4th) 510 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi accordée, [1991] 1 R.C.S. v; avis de désistement produit, [1991] 3 R.C.S. v); *Leontowicz c. Seaboard Life Insurance Co.* (1984), 8 C.C.L.I. 290 (C.A. Alb.) (autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. ix).

12 This view seems to me, however, to be problematic. Almost all accidents have some deliberate actions among their immediate causes. To insist that these actions, too, must be accidental would result in the insured rarely, if ever, obtaining coverage. Consequently, this cannot be the meaning of the phrase “accidental means” in the policy. Insurance policies must be interpreted in a way that gives effect to the reasonable expectations of the parties: *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269. A policy that seldom applied to what reasonable people would consider an accidental death would violate this principle.

Ce point de vue me paraît toutefois problématique. Presque tous les accidents comptent des actes délibérés parmi leurs causes immédiates. Si l'on exigeait que ces actes soient eux aussi accidentels, l'indemnisation des assurés n'aurait lieu que rarement, voire jamais. Par conséquent, cela ne saurait être le sens de l'expression « cause accidentelle » (« *accidental means* ») figurant dans la police. Les polices d'assurance doivent être interprétées de manière à respecter les attentes raisonnables des parties : *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269. La police qui s'appliquerait rarement à ce qu'une personne raisonnable considère comme un décès accidentel violerait ce principe.

13 In my view, the phrase “accidental means” conveys the idea that the consequences of the actions and events that produced death were unexpected. Reference to a set of consequences is therefore implicit in the word “means”. “Means” refers to one or more actions or events, seen under the aspect of their causal relation to the events they bring about.

À mon sens, l'expression « cause accidentelle » traduit l'idée que les conséquences des actes et des événements à l'origine du décès étaient inattendues. Le mot « cause » renvoie donc implicitement à un ensemble de conséquences. Il renvoie à un seul ou à plusieurs actes ou événements considérés sous l'angle de leur lien de causalité avec les faits qui en résultent.

14 It follows that to ascertain whether a given means of death is “accidental”, we must consider whether the consequences were expected. We cannot usefully separate off the “means” from the rest of the causal chain and ask whether they were deliberate. Cardozo J. emphasized in his dissenting judgment in *Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934), at p. 501, that “[i]f there was no accident in the means, there was none in the result”. The converse is equally true: if there was no accident in the result, there can be none in the means. As Cardozo J. went on to say, either “[t]here

Il s'ensuit que, pour déterminer si une cause de décès est « accidentelle », il faut se demander si les conséquences étaient prévues. Il ne sert à rien de dissocier la « cause » du reste de la chaîne causale et de se demander si elle était délibérée. Dans l'arrêt *Landress c. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934), p. 501, le juge Cardozo a souligné, dans ses motifs dissidents, que [TRADUCTION] « [s]i la cause n'a rien d'accidentel, le résultat n'a rien d'accidentel non plus ». L'inverse est également vrai : si le résultat n'a rien d'accidentel, la cause n'a rien d'accidentel non plus. Le juge Cardozo a

was an accident throughout, or there was no accident at all". Hence, to determine whether death occurred by accidental means, we must look to the chain of events as a whole, and we must consider whether the insured expected death to be a consequence of his actions and circumstances.

This interpretation of death by accidental means accords with the ordinary meaning of the phrase. Death by accidental means is death that has been brought about unexpectedly — or that constitutes, in Lord Macnaghten's words, "an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed": *Fenton v. J. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443 (H.L.), at p. 448. Usually we intend the consequences of our actions. However, sometimes our actions have unintended or unexpected results. When death is the unexpected result of an action, we say that the death was "accidental", or that it was brought about by "accidental means" as opposed to "intentional means". In ordinary language, then, "death by accidental means" and "accidental death" have the same meaning. As Lord Stott held in *Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241 (Sess. (2nd Div.)), at p. 245: "[a]n accidental occurrence is merely an occurrence which has been brought about by accidental means and the problem remains the same whether the question is asked: 'Was [the insured's] death accidental?' or is put in the alternative form 'Was it brought about by accidental means?'"

This reading of the phrase "accidental means" also accords with the principle that insurance contracts must be interpreted in a manner that gives effect, as far as is possible, to the reasonable expectations of the parties (*Reid Crowther, supra*). The appellants suggest that the reasonable expectations of insurers will only be respected if death by "accidental means" is read as excluding any death that is the natural result of a deliberate action. However, it is not clear that most insurers do expect the phrase to be interpreted in this narrow way, and not clear that they could reasonably expect this. This is so for two reasons. Firstly, if death by "accidental means" were read in this way, it would imply that many actions which the ordinary person would

ajouté que ou bien [TRADUCTION] « [i]l y a accident du début à la fin, ou bien il n'y en a pas du tout ». Pour déterminer si le décès est dû à une cause accidentelle, il faut donc examiner la suite des événements dans son ensemble et se demander si l'assuré s'attendait à ce que la mort résulte de ses actes et des circonstances les ayant entourés.

Cette interprétation respecte le sens ordinaire de l'expression « décès dû à une cause accidentelle », laquelle s'entend du décès inattendu — ou, pour reprendre les propos de lord Macnaghten, du décès qui résulte d'une [TRADUCTION] « mésaventure inattendue ou d'un malheur qui n'était ni prévu, ni recherché » : *Fenton c. J. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443 (H.L.), p. 448. Habituellement, les conséquences de nos actes sont voulues. Il arrive, cependant, que nos actes aient des conséquences inattendues ou non recherchées. Lorsque le décès est la conséquence inattendue d'un acte, on dit qu'il est « accidentel », ou qu'il est dû à une « cause accidentelle » et non à une « cause voulue ». Dans la langue courante, les expressions « décès dû à une cause accidentelle » et « décès accidentel » ont le même sens. Comme lord Stott l'a conclu dans l'arrêt *Glenlight Shipping Ltd. c. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241 (Sess. (2nd Div.)), p. 245, [TRADUCTION] « [u]n accident est simplement un événement ayant une cause accidentelle, et le problème reste le même peu importe que l'on se demande si le décès de l'assuré est accidentel ou s'il est dû à une cause accidentelle ».

Cette interprétation de l'expression « cause accidentelle » respecte également le principe voulant que le contrat d'assurance soit interprété de manière à respecter, autant que possible, les attentes raisonnables des parties (*Reid Crowther, précité*). Les appelantes indiquent que les attentes raisonnables des assureurs ne seront respectées que si le décès dû à une « cause accidentelle » est interprété comme excluant tout décès qui est la conséquence naturelle d'un acte délibéré. Toutefois, il n'est pas certain que la plupart des assureurs s'attendent, ou qu'ils peuvent raisonnablement s'attendre, à ce que l'expression reçoive cette interprétation restrictive. Il en est ainsi pour deux raisons. Premièrement, si le décès dû à une « cause accidentelle » était

15

16

unhesitatingly classify as “accidental” means of death were not. It would imply, for instance, that a person who drinks a lethal substance believing it to be water does not die by “accidental means”; or that where, as in *Glenlight Shipping, supra*, a person drives his car off the deck of a ferry in the erroneous belief that it has docked and is then drowned, death is not by “accidental means”. Secondly, the expectations of the insurers are not the only expectations at issue. The insured party also has expectations that must be taken into consideration. Any adequate interpretation of “accidental means” must attempt to strike a balance between these two sets of expectations, and the two sets of interests that underlie them. Insurers cannot reasonably expect the court to adopt an interpretation that gives more protection to their interests than to those of the insured.

interprété de cette manière, de nombreux actes qu’une personne ordinaire qualifierait spontanément de causes « accidentelles » de décès ne seraient pas des causes accidentelles. Par exemple, cela signifierait que le décès d’une personne qui a ingurgité une substance mortelle en pensant boire de l’eau ne serait pas dû à une « cause accidentelle », pas plus que ne le serait le décès par noyade d’une personne ayant fait descendre son véhicule du pont d’un traversier qu’elle croyait à tort accosté, comme cela avait été le cas dans l’affaire *Glenlight Shipping*, précitée. Deuxièmement, les attentes des assureurs ne sont pas les seules en cause. L’assuré a également des attentes qui doivent être prises en considération. Pour bien interpréter l’expression « cause accidentelle », il faut tenter d’établir un équilibre entre les attentes de part et d’autre, compte tenu des intérêts respectifs qui les sous-tendent. Les assureurs ne sauraient raisonnablement s’attendre à ce que les tribunaux privilégient une interprétation qui protège davantage leurs intérêts que ceux des assurés.

17 Finally, this interpretation of death by “accidental means” gives full weight to the word “means”. As discussed below, it is generally accepted that accidental death policies insure against miscalculations as to whether a certain action or event may bring about death. A deliberate act that results in death because of a miscalculation may be regarded as an “accidental means” of death.

Enfin, cette interprétation du décès dû à une « cause accidentelle » donne tout son sens au mot « cause ». Comme nous le verrons plus loin, il est généralement reconnu que la police d’assurance en cas de décès accidentel s’applique dans le cas où une erreur de jugement a été commise au sujet de la possibilité que la mort résulte d’un acte ou d’un événement. L’acte délibéré qui entraîne la mort à la suite d’une erreur de jugement peut être considéré comme une « cause accidentelle » de décès.

18 I conclude that the phrase “accidental means” in this insurance policy does not refer to a narrow subclass of the broader category of “accidental deaths”. “Accidental death” and “death by accidental means” connote a death that was in some sense unexpected. The two phrases have essentially the same meaning.

Je conclus que, dans la police d’assurance dont il est question en l’espèce, l’expression « cause accidentelle » ne désigne pas une sous-catégorie limitée de la catégorie générale des « décès accidentels ». Les deux expressions évoquent un décès en quelque sorte inattendu, et ont essentiellement le même sens.

B. *What Constitutes Death by Accidental Means?*

B. *Qu’est-ce qu’un décès dû à une cause accidentelle?*

19 This brings us to the central question. What constitutes death by “accidental means”? As Spence J. pointed out in *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153, at p. 1164, the word “accident” is “an ordinary word to be interpreted in

Cela nous amène à la question centrale de savoir ce qu’est un décès dû à une « cause accidentelle »? Comme l’a fait observer le juge Spence dans l’arrêt *Mutuelle d’Omaha Compagnie d’Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153, p. 1164, le mot

the ordinary language of the people". Hence, as the British Columbia Court of Appeal emphasized in the case at bar, we must focus on the ordinary person's understanding of the phrase, and on "whether in ordinary and popular language the event as it happened would be described as an accident" (para. 26). Only in this way can the reasonable expectations of both the insured and insurer be protected. We must therefore inquire how the phrase "death by accidental means" is used in ordinary language.

As a starting point, we note that the accidental nature of a particular means of death depends, in ordinary parlance, on the consequences that the insured had or did not have in mind. When we speak of an "accidental" means of death, we normally have in mind a situation in which someone's action has had results that this person did not intend or expect. Unintentional or unexpected death is seen as accidental; intentional or expected death as non-accidental. In *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, at pp. 315-16, Pigeon J. explained the term "accident" with reference to *Halsbury* (vol. 22, 3rd ed.) as "*any unlooked for mishap or occurrence*" (emphasis in original). Similarly, in *Stats, supra*, at p. 1164, this Court, *per* Spence J. quoted Lord Macnaghten's comment in *Fenton, supra*, at p. 448, that "the expression 'accident' is used in the popular and ordinary sense of the word as denoting an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed". It follows that death is not non-accidental merely because the insured could have prevented death by taking greater care, or that a mishap was reasonably foreseeable in the sense used in tort law. Nor does a death that is unintended become "non-accidental" merely because that person was engaged in a dangerous or risky activity. As this Court emphasized in *Canadian Indemnity, supra*, at p. 316, the jurisprudence assigns a generous meaning to "accidental", in the absence of language to the contrary in the insurance policy.

« accident » est « un mot ordinaire auquel il faut donner son sens courant ». Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a souligné en l'espèce, il faut donc mettre l'accent sur le sens courant de l'expression et sur la question de savoir [TRADUCTION] « si l'événement survenu serait considéré comme un accident au sens ordinaire et courant de ce terme » (par. 26). Ce n'est que de cette manière que les attentes raisonnables de l'assuré et de l'assureur pourront être respectées. Il faut donc se demander ce que désigne l'expression « décès dû à une cause accidentelle » dans son sens courant.

Au départ, on constate que, dans son sens courant, le caractère accidentel d'une cause de décès est tributaire des conséquences que l'assuré avait ou n'avait pas à l'esprit. Lorsqu'on parle de cause « accidentelle » de décès, on songe normalement au cas d'une personne dont les actes ont eu des conséquences inattendues ou non recherchées. On considère que le décès inattendu ou non voulu est accidentel et que le décès prévu ou voulu n'est pas accidentel. Dans l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, p. 315-316, le juge Pigeon a mentionné *Halsbury* (vol. 22, 3^e éd.) pour expliquer qu'un « accident » résulte d'une « *mésaventure ou malchance imprévue* » (en italique dans l'original). De même, dans l'arrêt *Stats*, précité, p. 1164, notre Cour, sous la plume du juge Spence, a cité l'observation de lord Macnaghten, dans l'arrêt *Fenton*, précité, p. 448, selon laquelle [TRADUCTION] « le terme "accident" s'entend, dans son sens courant et ordinaire, d'une mésaventure inattendue ou d'un malheur qui n'était ni prévu, ni recherché ». Par conséquent, un décès n'est pas non accidentel du seul fait qu'il aurait pu être évité si l'assuré avait été plus prudent, ou encore qu'une mésaventure était raisonnablement prévisible au sens du droit en matière de responsabilité délictuelle. De même, un décès non voulu n'est pas « non accidentel » du seul fait que la victime exerçait une activité dangereuse ou risquée au moment où il est survenu. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Canadian Indemnity*, précité, p. 316, la jurisprudence attribue à l'adjectif « accidentel » un sens large en l'absence de disposition contraire dans la police d'assurance.

21

The pivotal question is whether the insured expected to die. The circumstances of the death — what the insured said, or did, or did not do — may point to the answer. However, to the extent that the answer is unclear when the matter is viewed solely from the perspective of the insured, the court may consider whether a reasonable person in the position of the insured would have expected to die: *Candler v. London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada* (1963), 40 D.L.R. (2d) 408 (Ont. H.C.), at p. 423; *Johnson v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 676 (C.A.), aff'g (1982), 39 O.R. (2d) 559 (H.C.); *Stats, supra*, at pp. 1164-65.

22

The general rule that unexpected death is accidental has been repeatedly applied. In *Glenlight Shipping, supra*, the insured drove off the ferry into the sea, mistakenly thinking the ferry had reached the pier. Because he “did not appreciate through error what the consequences of his action would be” (p. 243), his death was held to be accidental. In *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), the insured failed to notice an oncoming train when crossing a railway track to get from one part of his farm to another, as he regularly did. The Court of Appeal found that he met his death “by what may be properly called an accident”; though, for other reasons, it held that the insurance policy in question did not cover it (p. 455). The insured in *Brown v. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (La. 1926), was held to have died accidentally when he mistakenly inhaled more chloroform than he expected to during a procedure that he used regularly to relieve headache and insomnia. Similarly, the death of the insured in *Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118 (S.C.), was held to be accidental, because he failed to remove the mask connected to his bottle of nitrous oxide in a timely fashion, as he normally did. All these cases rest on a finding that the insured did not expect or intend to die. As the cases attest, the absence of the expectation of death can arise from a variety of factors. The death may be caused by events outside the insured's control. The insured may have made a miscalculation, or may have had mistaken beliefs about his circumstances. The insured may have failed to perform a certain

La question cruciale est de savoir si l'assuré s'attendait à mourir. Les circonstances du décès — ce que l'assuré a dit, fait ou n'a pas fait — peuvent être utiles pour répondre à cette question. Toutefois, dans la mesure où la réponse n'est pas claire lorsqu'on se place du seul point de vue de l'assuré, la cour peut se demander si une personne raisonnable dans la situation de l'assuré se serait attendue à mourir : *Candler c. London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada* (1963), 40 D.L.R. (2d) 408 (H.C. Ont.), p. 423; *Johnson c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 676 (C.A.), conf. (1982), 39 O.R. (2d) 559 (H.C.); *Stats, précité*, p. 1164-1165.

La règle générale voulant que le décès inattendu soit accidentel a été appliquée à maintes reprises. Dans l'affaire *Glenlight Shipping*, précitée, croyant à tort le traversier accosté, l'assuré avait précipité son véhicule dans la mer. Son décès a été jugé accidentel parce que, [TRADUCTION] « en raison de son erreur, il n'avait pas évalué les conséquences de son acte » (p. 243). Dans l'affaire *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), l'assuré n'avait pas vu le train venir au moment où il traversait la voie ferrée pour passer d'une partie de sa ferme à une autre, comme il le faisait régulièrement. Bien qu'elle ait conclu que le décès de l'assuré avait été causé [TRADUCTION] « par ce qu'on peut appeler, à juste titre, un accident » (p. 455), la Cour d'appel a jugé la police d'assurance inapplicable pour d'autres raisons. Dans l'affaire *Brown c. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (La. 1926), la cour a jugé que l'assuré était décédé accidentellement après avoir inhalé par mégarde plus de chloroforme que prévu en voulant remédier, comme il le faisait habituellement, à ses maux de tête et à son insomnie. De même, dans l'affaire *Bertalan Estate c. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118 (C.S.), la cour a conclu que l'assuré était décédé accidentellement après avoir omis de retirer à temps, comme il le faisait normalement, le masque relié à sa bouteille d'oxyde nitreux. Toute cette jurisprudence repose sur la conclusion que l'assuré ne s'attendait pas à mourir ou n'avait pas l'intention de mourir. Comme le démontre la jurisprudence, divers facteurs peuvent expliquer le fait que la victime ne s'attendait pas à mourir. Le décès

action in a timely manner, or have failed to undertake a necessary check. Or the insured may simply have miscalculated the effects of his action on his body.

The expectation test can be applied generally to all cases in which death appears to be accidental. In most of these cases, it is not difficult to determine whether death was expected or not. However, a small number of cases involving risk taking of various sorts merit further comment, if only because it is sometimes urged that they support a stricter test for whether death was not accidental, such as whether death was reasonably foreseeable, or whether the conduct posed a very high risk of death. The authorities clearly stipulate that the mere fact that someone has engaged in a dangerous or risky activity does not rule out the possibility that death was accidental, absenting special exclusion clauses in the insurance policy (*Candler, supra*, at p. 421; *Canadian Indemnity, supra*, at pp. 316-17). However, the decision to “court the risk” of death, as Spence J. phrased it in *Stats, supra*, at p. 1162, becomes at some point equivalent to an intention to die. Thus, when someone takes a risk that most people would expect to cause death, it is common to say of the death “That was no accident”. To say this is not to speak metaphorically, but to express a common view of where the category of accidents ends. The test does not change for cases involving conduct that brings with it a high risk of death; the test remains whether the death was designed or expected. The first question is always “What did the insured, in fact, expect?” If we cannot be sure, as is often the case, then we may ask what a reasonable person endowed with the factual beliefs of the insured and placed in the circumstances of the insured would have expected.

de l'assuré peut avoir résulté d'événements échappant à son contrôle. L'assuré peut avoir commis une erreur de jugement ou avoir mal évalué sa situation. Il peut avoir omis d'agir en temps opportun ou d'effectuer une vérification nécessaire. Ou encore, il peut avoir simplement mal évalué les conséquences de ses actes sur son corps.

Le critère de l'attente est généralement applicable dans tous les cas où un décès paraît accidentel. Dans la plupart de ces cas, il n'est pas difficile de déterminer si la victime s'attendait à mourir. Cependant, il vaut la peine de s'attarder davantage à un petit nombre de cas où il est question de différents types d'activité risquée, ne serait-ce que parce que l'on fait parfois valoir qu'ils justifient le recours à un critère plus strict pour déterminer si le décès est non accidentel en ce sens notamment qu'il était raisonnablement prévisible, ou encore pour déterminer si la conduite d'une personne risquait fortement de lui coûter la vie. La jurisprudence précise clairement que, en l'absence de clause d'exclusion particulière dans la police d'assurance, la possibilité qu'un décès soit accidentel n'est pas écartée du seul fait que la victime exerçait une activité dangereuse ou risquée au moment où elle est décédée (*Candler, précité*, p. 421; *Canadian Indemnity, précité*, p. 316-317). Cependant, la décision de défier la mort, pour reprendre les propos du juge Spence dans l'arrêt *Stats, précité*, p. 1162, équivaut, à un moment donné, à l'intention de mourir. Ainsi, lorsqu'une personne prend un risque qui, pour la plupart des gens, est censé entraîner la mort, on dit généralement que « ce n'était pas un accident ». Il s'agit là non pas d'une métaphore, mais d'une opinion courante quant à savoir ce qui n'est pas un accident. Le critère demeure le même dans le cas où la conduite d'une personne risque fortement de lui coûter la vie, et ce, peu importe que le décès soit recherché ou prévu. Il faut toujours commencer par se demander ce à quoi l'assuré s'attendait en réalité. S'il n'est pas possible de répondre avec certitude à cette question, comme c'est souvent le cas, on peut alors se demander ce à quoi se serait attendue une personne raisonnable dont l'évaluation des faits aurait été la même que celle de l'assuré et qui aurait été placée dans la même situation que lui.

24

In this small but difficult class of cases, trial courts must work out the results as best they can, having regard to the circumstances of death and to the wording of the policy. However, two particularly difficult types of case bear mentioning here.

25

The first type of case involves people who engage in activities that carry an inordinate risk of death, whether for the psychological gratification in living on the edge, like the player of Russian Roulette (*Thompson v. Prudential Insurance Co. of America*, 66 S.E.2d 119 (Ga. Ct. App. 1951)), or in order to impress others with their bravado, like the young man who deliberately lay along the centre line of the highway with traffic approaching (*Allred v. Prudential Insurance Co. of America*, 100 S.E.2d 226 (N.C. 1957)). It is often difficult to ascertain from such circumstances what the insured's own expectations were. However, as was stated in para. 21, where the insured's expectations are unclear, a court may consider whether a reasonable person in the position of the insured would have expected to die. Although death is not certain to result from such dangerous activities, it is certainly within the realm of what a reasonable person would expect. In most cases of this type, then, as the Court of Appeals of Georgia said of the Russian Roulette player in *Thompson, supra*, at pp. 123-24, "[s]uch reckless abandon and exposure to a known, and obvious danger cannot be said to have been accidental, nor can it be said that [the] death was effected by accidental means".

26

A controversial case of this type was *Candler, supra*. The insured in that case had balanced himself on the coping of the patio of his 13th floor hotel suite, telling his friend "I'll show you how much nerve I have" (p. 413). In spite of warnings by his friend, he continued to adopt various precarious positions on the coping, until he lost his balance and plummeted to his death. The policy defined the risk covered narrowly as "loss resulting directly and

Dans cette catégorie de cas limitée mais complexe, les tribunaux de première instance doivent, du mieux qu'ils peuvent, tirer leurs conclusions eu égard aux circonstances du décès et au libellé de la police d'assurance. Cependant, il vaut la peine de mentionner ici deux catégories de cas particulièrement épineux.

Dans la première catégorie, il y a les gens qui accomplissent des actes excessivement dangereux pour leur vie et qui le font soit pour la satisfaction que leur procure le fait de vivre dangereusement, telle la personne qui joue à la roulette russe (*Thompson c. Prudential Ins. Co. of America*, 66 S.E.2d 119 (Ga. Ct. App. 1951)), soit pour épater la galerie, comme, par exemple, le jeune homme qui s'allonge délibérément sur la ligne médiane d'une route alors que des véhicules approchent (*Allred c. Prudential Insurance Co. of America*, 100 S.E.2d 226 (N.C. 1957)). Il est souvent difficile de déterminer, à partir de ces circonstances, quelles étaient les attentes de l'assuré lui-même. Toutefois, comme je l'ai précisé au par. 21, dans les cas où les attentes de l'assuré ne sont pas claires, la cour peut se demander si une personne raisonnable dans la situation de l'assuré se serait attendue à mourir. Bien qu'il ne soit pas certain que la mort résultera de l'accomplissement de tels actes dangereux, cette possibilité fait sûrement partie de ce à quoi s'attendrait une personne raisonnable. Dans la plupart des cas de ce genre, [TRADUCTION] « une telle insouciance face à un danger connu et manifeste ne saurait être qualifiée d'accidentelle, pas plus qu'on peut dire que [le] décès est dû à une cause accidentelle », comme l'a dit la Court of Appeals de Georgie, dans l'arrêt *Thompson*, précité, p. 123-124, au sujet des personnes qui jouent à la roulette russe.

Un exemple de ces types de cas controversés est l'affaire *Candler*, précitée. Dans cette affaire, l'assuré s'était maintenu en équilibre sur la rambarde de la terrasse d'une suite située au 13^e étage d'un hôtel, après avoir dit à son ami : [TRADUCTION] « Je vais te montrer de quoi je suis capable » (p. 413). Malgré les avertissements de son ami, il avait continué d'adopter diverses positions précaires sur la rambarde jusqu'à ce qu'il perde l'équilibre et

independently of all other causes from bodily injuries caused solely by accidental means" (p. 414). The trial judge found the death non-accidental, stating that although Candler "hoped and probably believed that he could accomplish the attempted feat without injury" (p. 422), and that to that extent, his death was unintended, nevertheless, the fact that he had performed the action in order to show off his nerve was conclusive evidence that "there was present in his mind the risk involved" (p. 422). Spence J. in *Stats* expressly declined to express a view on the correctness of this decision (p. 1165). One might speculate that the trial judge concluded that, despite a hope and belief that he would survive, the insured had knowingly adverted to the risk and must have, on some level, expected death. One might also surmise that the narrow terms of the policy may have led the judge to take a stricter view of "accident" than would otherwise have been the case. It suffices for us here to note that *Candler* does not rise to the level of changing the usual test that unintended and unexpected deaths are accidental.

The question of whether death was expected in cases of evident or high risk must, as in all other cases, be answered from the perspective of the insured. In *Johnson, supra*, the insured was a physician who habitually abused an anaesthetic by strapping a bathing cap containing this solution over his face, and removing it just before reaching the point of unconsciousness. He died from asphyxiation when he failed to remove the mask in time. The defendant insurer argued that this activity would be seen by the average person as carrying a substantial risk of death, and that the insured deliberately courted this risk. However, based on the deceased's professional experience and his long history of using this method, the trial judge concluded that "it was reasonable for him to believe that he was not risking his life or courting death" (p. 571), even though this activity "would be considered

basculer dans le vide. Selon la définition restrictive qu'en donnait la police d'assurance, le risque couvert était le [TRADUCTION] « sinistre résultant directement et exclusivement des lésions corporelles d'origine accidentelle » (p. 414). Le juge de première instance a conclu que le décès n'était pas accidentel, ajoutant que, même si Candler [TRADUCTION] « espérait et croyait probablement pouvoir accomplir son exploit sans se blesser » (p. 422) et que, dans cette mesure, son décès n'était pas voulu, le fait d'avoir agi pour montrer de quoi il était capable établissait néanmoins de manière concluante « qu'il était conscient du risque qu'il courait » (p. 422). Dans l'arrêt *Stats*, le juge Spence a expressément refusé de se prononcer sur la justesse de cette décision (p. 1165). On pourrait supposer que le juge de première instance a décidé que, malgré qu'il espérait et croyait survivre, l'assuré était parfaitement conscient du risque qu'il courait et devait, jusqu'à un certain point, s'attendre à mourir. On pourrait également présumer que le libellé restrictif de la police d'assurance peut avoir amené le juge à adopter une interprétation plus stricte du mot « accident » qu'il ne l'aurait fait autrement. Il suffit ici de faire observer que la décision *Candler* ne justifie pas de modifier le critère habituel voulant que le décès inattendu et non recherché soit accidentel.

Dans le cas où le risque couru était évident ou élevé, comme dans tous les autres cas, il faut se placer du point de vue de l'assuré pour répondre à la question de savoir si le décès était prévu. Dans l'affaire *Johnson*, précitée, l'assuré était un médecin qui avait l'habitude de se droguer en fixant sur son visage un bonnet de bain renfermant un anesthésique, puis en le retirant juste avant de perdre connaissance. Il était mort asphyxié après avoir omis de retirer le bonnet à temps. L'assureur défendeur avait fait valoir qu'une personne ordinaire estimerait qu'une telle activité risque fortement de coûter la vie à la personne qui s'y livre, et que l'assuré avait délibérément défié la mort. Toutefois, compte tenu de l'expérience professionnelle de la victime et du fait qu'elle recourait à cette méthode depuis longtemps, le juge de première instance a conclu qu'[TRADUCTION] « il était raisonnable qu'elle ne croie pas mettre sa vie en danger ou défier la mort »

dangerous by the average person” (p. 569). The Court of Appeal upheld the result.

(p. 571), même si cette activité « serait tenue pour dangereuse par une personne ordinaire » (p. 569). La Cour d’appel a confirmé cette conclusion.

28

There is a second type of risk-taking case that merits comment. This is the case of the rescuer who puts himself in the way of death — for instance, the swimmer who dives into the ocean, knowing of the strong undertow, to help someone who has fallen overboard; or the person who lowers herself down a well to save someone overcome by gas fumes, and is herself overcome. When the rescue is viewed in the larger context of the events that trigger it, it becomes apparent that the death is unexpected. The rescue is but part of an unexpected chain of events, triggered by the danger of death to another human being. Death is not the result of the rescuer’s intentional decision to court death as a response to the danger of another. If the rescuer dies, we do not say that his death was designed, intended or expected. Rather it was part of a tragic, accidental sequence of events. As courts have noted in the context of negligence law: “Danger invites rescue. . . . The risk of rescue, if only it be not wanton, is born of the occasion” (Cardozo J. in *Wagner v. International Ry. Co.*, 133 N.E. 437 (N.Y. 1921)), at pp. 437-38; see also *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441, and *Corothers v. Slobodian*, [1975] 2 S.C.R. 633). Rescue is born of the occasion: it is a natural human response to peril. Moreover, because the rescuer’s conduct has high redeeming social value, we can rightly demand less caution in taking on the risk of death than we would demand of the Russian Roulette player. This policy consideration, too, supports recovery.

Il vaut la peine de commenter un deuxième type de cas où un risque est couru, celui du sauveteur qui met sa vie en danger. Prenons, par exemple, le cas du nageur qui plonge dans l’océan — qu’il sait agité par un fort courant sous-marin — pour secourir un passager passé par-dessus bord, ou encore celui de la personne qui meurt asphyxiée après être descendue dans un puits pour y sauver une autre personne asphyxiée par des émanations de gaz. Si on considère le sauvetage dans le contexte général des événements qui le déclenchent, il devient évident que le décès est accidentel. Le sauvetage n’est qu’une partie d’une suite inattendue d’événements déclenchée par le fait qu’un autre être humain se trouve en danger de mort. Le décès du sauveteur ne résulte pas de sa décision délibérée de défier la mort en réagissant au danger couru par une autre personne. Si le sauveteur meurt, on ne dit pas que son décès était recherché, volontaire ou prévu. Il survient plutôt dans le cadre d’une suite d’événements tragique et accidentelle. Comme les tribunaux l’ont fait observer dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle : [TRADUCTION] « Le danger appelle le sauvetage. [. . .] Pourvu que le sauvetage ne soit pas téméraire, le risque qu’il comporte résulte des circonstances » (le juge Cardozo dans la décision *Wagner c. International Ry. Co.*, 133 N.E. 437 (N.Y. 1921), p. 437-438; voir également *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441, et *Corothers c. Slobodian*, [1975] 2 R.C.S. 633). Le sauvetage résulte des circonstances : il représente un réflexe humain naturel face au danger couru par autrui. Compte tenu de la valeur élevée que la société attache au sauvetage, on est droit de s’attendre à ce qu’en s’exposant au danger de mourir le sauveteur fasse preuve de moins de prudence que la personne qui joue à la roulette russe. Cette considération de politique générale milite elle aussi en faveur de l’indemnisation.

29

Cases such as these offer guidance on how the expectation test applies in different circumstances. However, coverage under an accidental death benefit policy depends not only on the circumstances but

Une telle jurisprudence donne des indications sur la façon dont le critère de l’attente s’applique dans différentes circonstances. Toutefois, l’application de la garantie prévue par une police d’assurance en cas

on what the insurance contract stipulates. It remains open to the insurer, as the party that drafts the insurance contract, to narrow coverage by means of explicit exclusion clauses. If an insurer wishes not to offer coverage for deaths that occur in certain circumstances — or, for that matter, for any death that results from a deliberate or voluntary action — then an explicit exclusion clause to this effect can simply be added to the contract. Insurers remain free to limit accidental death coverage in any way they wish, provided they do so clearly, explicitly, and in a manner that does not unfairly leave the insured uncertain or unaware of the extent of the coverage.

This approach does not place an unfair burden of proof on the shoulders of the insurer to show that death was not accidental. The onus is on the plaintiff to establish a *prima facie* case that the death was accidental, at the risk of non suit. The plaintiff must therefore adduce evidence that permits the trier of fact to infer, on a balance of probabilities, that the insured's death was accidental, within the ordinary meaning of that word. The tactical burden then shifts to the insurer to displace these inferences. The burden of proof never shifts, but remains squarely with the plaintiff.

V. Application to the Facts

It remains to apply the proposed approach to the circumstances of Dr. Easingwood's death. The essential question is whether Dr. Easingwood expected to die. The facts surrounding the death may permit inferences as to his actual expectation or intention. Insofar as this is unclear, we may ask what a reasonable person with his expertise would have expected: see *Candler, supra*, at p. 423; *Johnson, supra*, at p. 676; *Stats, supra*, at pp. 1164-65.

This is a question of factual inference, and absent palpable and overriding error, a Court of Appeal will not interfere with the trial judge's conclusions:

de décès accidentel dépend non seulement des circonstances, mais encore de ce que prévoit le contrat d'assurance. Comme c'est lui qui rédige le contrat d'assurance, l'assureur peut toujours restreindre l'application de la garantie au moyen de clauses d'exclusion explicites. S'il ne veut pas que la garantie s'applique au décès qui survient dans certaines circonstances — ou, du reste, au décès qui résulte d'un acte délibéré ou volontaire —, il lui suffit d'inclure dans le contrat une clause explicite en ce sens. L'assureur est libre de limiter, comme bon lui semble, la garantie applicable en cas de décès accidentel, pourvu qu'il le fasse clairement, explicitement et sans laisser injustement l'assuré dans l'incertitude ou l'ignorance quant à la portée de la garantie.

Dans cette optique, il n'incombe pas indûment à l'assureur de prouver que le décès n'était pas accidentel. Il appartient plutôt au demandeur d'établir *prima facie* que le décès était accidentel, au risque d'être débouté. Le demandeur doit donc produire des éléments de preuve permettant au juge des faits d'inférer, selon la prépondérance des probabilités, que le décès de l'assuré était accidentel au sens ordinaire de ce terme. L'assureur a alors le fardeau tactique de démontrer que cette inférence n'est pas fondée. Il n'y a jamais de déplacement du fardeau de la preuve, qui incombe toujours au demandeur.

V. Application aux faits

Il reste à appliquer la méthode proposée aux circonstances du décès du D^r Easingwood. La question essentielle est de savoir si le D^r Easingwood s'attendait à mourir. Il se peut que les circonstances de son décès permettent de faire des inférences au sujet de son attente ou de son intention véritable. S'il est impossible de déterminer clairement quelle était son attente ou intention véritable, on peut se demander ce à quoi se serait attendue une personne raisonnable ayant la même expertise : voir *Candler, précité*, p. 423; *Johnson, précité*, p. 676; et *Stats, précité*, p. 1164-1165.

Il s'agit là d'une question d'inférence de fait et, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, une cour d'appel ne modifiera pas les conclusions du

30

31

32

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 23.

juge de première instance : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 23.

33

The appellants here conceded and the trial judge found at para. 2 that “[t]he insured did not intend to cause his death”. However, the trial judge went on to hold, at para. 11, that the death “was not caused by ‘accidental means’”. He further stated, at para. 14: “this could not be described as an unlooked-for mishap or untoward event which was not expected or designed. Death would not reasonably be viewed as an unlikely result.” The trial judge based this conclusion on the fact that absent evidence to the contrary, Dr. Easingwood as a physician must have been aware of the “potentially lethal effect of consuming these quantities of drugs in combination” (para. 12).

Les appelantes en l’espèce ont reconnu — et le juge de première instance a conclu au par. 2 de ses motifs — que [TRADUCTION] « [l]’assuré n’avait pas l’intention de se donner la mort ». Cependant, le juge de première instance a ensuite décidé, au par. 11, que le décès « n’était pas dû à une “cause accidentelle” ». Il a ajouté, au par. 14, qu’« on ne pouvait pas dire que [le décès] résultait d’une mésaventure inattendue ou d’un malheur qui n’était ni prévu, ni recherché. Ce décès ne serait pas raisonnablement perçu comme une conséquence improbable. » Le juge de première instance a fondé cette conclusion sur le fait qu’en l’absence de preuve contraire le D^r Easingwood, en tant que médecin, devait savoir que « la consommation de cette quantité de drogues combinées risquait de lui coûter la vie » (par. 12).

34

In my respectful view, the trial judge committed several errors. First, he seems to have assumed that the mere fact that Dr. Easingwood had deliberately engaged in an activity that posed a high risk of death sufficed to render his death non-accidental. The trial judge found, at para. 11, that Dr. Easingwood was engaging in a “particularly hazardous” activity. Given this high risk, death “would not reasonably be viewed as an unlikely result” (para. 14). This set the legal threshold too low. As this Court affirmed in *Stats, supra*, death as a result of even highly dangerous activities may be accidental. The issue is not whether the activity was dangerous, or even whether death was likely, but whether the insured expected or intended to die. While the trial judge said the death could not be viewed as an unexpected event, he equated this with objective likelihood, not with whether the insured expected to die.

À mon avis, le juge de première instance a commis plusieurs erreurs. Premièrement, il semble avoir présumé que le seul fait que le D^r Easingwood ait délibérément accompli un acte qui risquait fortement de lui coûter la vie était suffisant pour que son décès ne soit pas accidentel. Le juge de première instance a conclu, au par. 11, que l’acte du D^r Easingwood était « particulièrement dangereux ». Compte tenu du grave danger auquel la victime s’exposait, son décès « ne serait pas raisonnablement perçu comme une conséquence improbable » (par. 14). Ce critère juridique n’est pas assez exigeant. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Stats*, précité, même le décès résultant d’actes très dangereux peut être accidentel. La question est non pas de savoir si l’acte accompli était dangereux ni même s’il y avait risque de mourir, mais plutôt de savoir si l’assuré s’attendait à mourir ou s’il avait l’intention de mourir. Tout en affirmant que le décès ne pouvait pas être qualifié d’inattendu, le juge de première instance s’est fondé sur une probabilité objective et non sur la question de savoir si l’assuré s’attendait à mourir.

35

Second, the trial judge gave no weight to the evidence indicating that Dr. Easingwood in fact did not expect to die. As discussed earlier, the test for accident is essentially subjective, although to the extent the insured’s actual intent is unknown, we must

Deuxièmement, le juge de première instance n’a accordé aucune importance à la preuve indiquant qu’en fait le D^r Easingwood ne s’attendait pas à mourir. Comme nous l’avons vu, le critère applicable pour déterminer s’il y a accident est essentiellement

infer it from what a reasonable person in his or her position would have expected. The trial judge here seems to have approached the matter solely from the objective perspective of a reasonable person in Dr. Easingwood's position and to have given no weight to his actual state of mind.

The trial judge's reasoning ignored the conceded fact that Dr. Easingwood did not intend to die. His lack of expectation to die is also supported by two sets of facts which the trial judge failed to consider.

The first set of facts concerns the circumstances in which Dr. Easingwood's body was found. The body was found in a dishevelled state inappropriate for someone who anticipates death as a potential result of his actions. He was lying prone in his office with his glasses broken on the floor beside him, with his jeans partially pulled down, revealing the site where he had injected the Demerol. These facts point strongly to the conclusion that Dr. Easingwood did not expect to die; indeed they suggest that he did not so much as turn his mind to the possibility that death would result from his actions. They suggest, instead, that he miscalculated how much his body could tolerate.

The second set of facts not considered concerns Dr. Easingwood's conduct in the days leading up to his death. The Coroner noted in her report that "[h]e had spoken to friends in the days preceding his death and sounded enthusiastic and was planning for the future". She also noted that he admitted to his physician on September 17 that he was still taking Demerol for management of the pain caused by his orthopaedic injury. This conduct does not support the conclusion that Dr. Easingwood expected to die.

These two sets of facts, combined with the fact the dosage of Demerol was at the low end of the

subjectif. Toutefois, dans la mesure où l'intention véritable de l'assuré est inconnue, elle doit être inférée de ce à quoi se serait attendue une personne raisonnable placée dans la même situation que lui. En l'espèce, le juge de première instance semble avoir abordé la question du seul point de vue objectif de la personne raisonnable placée dans la situation du D^r Easingwood et n'avoir accordé aucune importance à son état d'esprit véritable.

Le raisonnement du juge de première instance ne tient pas compte du fait reconnu que le D^r Easingwood n'avait pas l'intention de mourir. L'inférence selon laquelle la victime ne s'attendait pas à mourir est également étayée par deux ensembles de faits dont le juge de première instance n'a pas tenu compte.

Le premier ensemble a trait aux circonstances de la découverte du corps du D^r Easingwood. Lorsqu'on a retrouvé son corps sans vie, le D^r Easingwood avait une tenue débraillée qui ne sied pas à celui qui prévoit que ses actes risquent de lui coûter la vie. Il a été retrouvé face contre terre dans son bureau, ses verres brisés reposant sur le sol près de lui. Son jean était partiellement baissé de sorte qu'on pouvait voir où il s'était injecté le Demerol. Ces faits indiquent fortement que le D^r Easingwood ne s'attendait pas à mourir. En réalité, ils portent à croire qu'il n'a même pas pensé que ses actes pourraient lui coûter la vie. Ils montrent plutôt qu'il a commis une erreur de jugement quant à la quantité de Demerol que son corps pouvait tolérer.

Le deuxième ensemble de faits non pris en considération a trait au comportement du D^r Easingwood au cours des jours qui ont précédé son décès. La coroner a noté dans son rapport que [TRADUCTION] « [a]u cours des jours qui ont précédé son décès, il a paru enthousiaste aux amis à qui il a parlé et il faisait des projets d'avenir ». Elle a également souligné que, le 17 septembre, il avait avoué à son médecin qu'il consommait encore du Demerol pour apaiser la douleur causée par sa blessure musculosquelettique. Ce comportement n'étaye aucunement la conclusion que le D^r Easingwood s'attendait à mourir.

Ajoutés au fait que la quantité de Demerol consommée se situait au bas de l'échelle des doses

36

37

38

39

scale, suggest that Dr. Easingwood was simply attempting to ease the pain in his leg and perhaps also to satisfy his addiction to painkillers, and that he would not have willingly taken on the risk of administering a potentially lethal dose.

40

The trial judge's third error was to introduce unwarranted assumptions into the reasonable person test upon which he based his conclusion. He inferred, largely on the basis of Dr. Easingwood's knowledge as a physician and his experience with drugs, that Dr. Easingwood was aware of the potentially lethal effect of consuming Demerol and phenobarbital in combination and therefore was aware of the risk of death. However, in drawing this inference, the trial judge assumed that Dr. Easingwood deliberately consumed phenobarbital at the same time as administering the Demerol. The record provides no basis for this assumption. As discussed, the amount of Demerol he administered to himself was found by the Coroner to be a "low lethal dose". Someone who injects such a dosage of Demerol would not necessarily believe it would cause death, even if he were an experienced physician and drug-user. In fact, the record is silent on when or how Dr. Easingwood came to have phenobarbital in his blood. Indeed, the Coroner herself drew no conclusions on this point. The trial judge was not entitled to assume that Dr. Easingwood consumed the phenobarbital and Demerol in combination, or that he was aware of the presence of phenobarbital when administering the Demerol. The mere fact that the dosage was on the spectrum of lethal doses does not show that it was probable that Dr. Easingwood would die from it. In fact, his experience may have led him to conclude that the chances of his dying were relatively small. A dosage that is lethal for one individual, with one history and one body-type, may not be lethal for another.

létales, ces deux ensembles de faits indiquent que le D^f Easingwood tentait simplement d'apaiser sa douleur à la jambe et peut-être également d'assouvir sa dépendance aux analgésiques, et qu'il n'aurait pas délibérément pris le risque de s'administrer une dose potentiellement mortelle.

La troisième erreur du juge de première instance a consisté à intégrer des hypothèses injustifiées dans le critère de la personne raisonnable sur lequel il a fondé sa conclusion. Sur la foi, en grande partie, des connaissances que le D^f Easingwood possédait en sa qualité de médecin et de l'expérience qu'il avait en matière de consommation de drogue, le juge a inféré que le D^f Easingwood savait que la combinaison de Demerol et de phénobarbital pouvait être mortelle, et qu'il était donc conscient du risque de mourir qu'il courait. Cependant, en faisant cette inférence, le juge de première instance a présumé que le D^f Easingwood avait délibérément consommé du phénobarbital en même temps que du Demerol. Rien dans le dossier ne permet de faire une telle inférence. Comme nous l'avons vu, la coroner a jugé que la quantité de Demerol que le D^f Easingwood s'était administrée se situait [TRADUCTION] « au bas de l'échelle des doses létales ». La personne qui s'injecte une telle dose de Demerol ne croit pas nécessairement qu'elle en mourra, même si elle est un médecin d'expérience et si elle a l'habitude de consommer de la drogue. En fait, le dossier ne précise pas quand ni comment le phénobarbital s'est retrouvé dans le sang du D^f Easingwood. Du reste, la coroner elle-même n'a tiré aucune conclusion à ce sujet. Le juge de première instance n'avait pas le droit de présumer que le D^f Easingwood avait consommé du phénobarbital en même temps que du Demerol ou encore qu'il était conscient de la présence de phénobarbital dans son sang au moment de s'administrer du Demerol. La probabilité de décès du D^f Easingwood ne peut pas se déduire du seul fait que la dose consommée se situait dans l'échelle des doses létales. En réalité, son expérience peut l'avoir amené à conclure que le risque de mourir était relativement faible. Une dose peut être létale pour une personne et ne pas l'être pour une autre, selon la constitution et les antécédents particuliers de chacune.

I conclude that the trial judge erred in his appreciation of the law and the facts and that it is open to this Court to set aside his conclusion and to hold that Dr. Easingwood did not expect to die. The most reasonable inference from the known facts is that Dr. Easingwood simply made a miscalculation concerning how much Demerol his body could tolerate.

VI. Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondent: Cherrington Easingwood Karl Critchley Wenner, Fort Langley, B.C.

Je conclus que le juge de première instance a mal apprécié le droit et les faits et qu'il est loisible à notre Cour d'annuler sa conclusion et de statuer que le D^r Easingwood ne s'attendait pas à mourir. L'inférence la plus raisonnable que permettent de faire les faits connus est que le D^r Easingwood a simplement commis une erreur de jugement au sujet de la quantité de Demerol que son corps pouvait tolérer.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Cherrington Easingwood Karl Critchley Wenner, Fort Langley (C.-B.).

**Les Éditions Chouette (1987) inc. and
Christine L'Heureux** *Appellants*

v.

Hélène Desputeaux *Respondent*

and

Régis Rémillard *Mis en cause*

and

**Quebec National and International
Commercial Arbitration Centre, Union
des écrivaines et écrivains québécois,
Conseil des métiers d'art du Québec and
Regroupement des artistes en arts visuels
du Québec** *Intervenors*

**INDEXED AS: DESPUTEAUX v. ÉDITIONS CHOUETTE
(1987) INC.**

Neutral citation: 2003 SCC 17.

File No.: 28660.

2002: November 6; 2003: March 21.

Present: Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Arbitration — Interpretation of contract between
artist and promoter — Copyright — Whether Copyright
Act prevents arbitrator from ruling on question of copy-
right — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 37.*

*Arbitration — Interpretation of contract between artist
and promoter — Copyright — Public order — Whether
question relating to ownership of copyright falls outside
arbitral jurisdiction because it must be treated in same
manner as question of public order relating to status of
persons and rights of personality — Whether Court of
Appeal erred in stating that erga omnes nature of deci-
sions concerning copyright ownership is bar to arbitra-
tion proceeding — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c.
64, art. 2639 — Act respecting the professional status of*

**Les Éditions Chouette (1987) inc. et Christine
L'Heureux** *Appelantes*

c.

Hélène Desputeaux *Intimée*

et

M^e Régis Rémillard *Mis en cause*

et

**Centre d'arbitrage commercial national
et international du Québec, Union des
écrivaines et écrivains québécois,
Conseil des métiers d'art du Québec et
Regroupement des artistes en arts visuels
du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DESPUTEAUX c. ÉDITIONS CHOUETTE
(1987) INC.**

Référence neutre : 2003 CSC 17.

N^o du greffe : 28660.

2002 : 6 novembre; 2003 : 21 mars.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache,
Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Arbitrage — Interprétation d'un contrat entre un
artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — La Loi sur le
droit d'auteur empêche-t-elle un arbitre de statuer sur la
question des droits d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur,
L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 37.*

*Arbitrage — Interprétation d'un contrat entre
un artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — Ordre
public — La question relative à la paternité des droits
d'auteur échappe-t-elle à la compétence arbitrale parce
qu'elle est assimilable à une question d'ordre public
tenant à l'état des personnes et aux droits de la person-
nalité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur
en indiquant que le caractère erga omnes des décisions
concernant la paternité des droits d'auteur fait obstacle
à la procédure arbitrale? — Code civil du Québec, L.Q.*

artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, s. 37.

Arbitration — Arbitration award — Validity — Extent of arbitrator's mandate — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitrator exceeded mandate by ruling on question of copyright ownership — Whether award should be annulled because arbitrator did not comply with requirements respecting form and substance of contracts between artists and promoters — Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, ss. 31, 34.

Arbitration — Arbitration award — Consideration of matter of public order — Limits on review of validity of arbitration awards — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 946.4, 946.5.

Arbitration — Procedure — Natural justice — Methods of proof — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitration proceeding conducted in violation of rules of natural justice.

D, L and C formed a partnership for the purpose of creating children's books. L was the manager and majority shareholder in C. D drew and L wrote the text for the first books in the Caillou series. Between 1989 and 1995, D and C entered into a number of contracts relating to the publication of illustrations of the Caillou character. D signed as author and L signed as publisher. In 1993, the parties signed a contract licensing the use of the Caillou character. D and L represented themselves in it as co-authors and assigned certain reproduction rights to C, excluding rights granted in the publishing contracts, for the entire world, with no stipulation of a term. The parties waived any claims based on their moral right in respect of Caillou. They also authorized C to grant sub-licences to third parties without their approval. A rider signed in 1994 provided that in the event that D produced illustrations to be used in one of the projects in which Caillou was to be used, she was to be paid a lump sum corresponding to the work required. In 1996, faced with difficulties in respect of the interpretation and application of the licence contract, C brought a motion to secure recognition of its reproduction rights. D brought a motion for declinatory exception seeking to have the parties referred to an arbitrator as provided in s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*. The Superior Court, finding that the existence of the contract was not in issue, and that there

1991, ch. 64, art. 2639 — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 37.

Arbitrage — Sentence arbitrale — Validité — Étendue du mandat de l'arbitre — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — L'arbitre a-t-il outre-passé son mandat en se prononçant sur la question de la propriété des droits d'auteur? — La sentence doit-elle être annulée parce que l'arbitre n'a pas respecté les exigences relatives à la forme et au contenu des contrats entre les artistes et les diffuseurs? — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 31, 34.

Arbitrage — Sentence arbitrale — Examen d'une question d'ordre public — Limites du contrôle de la validité des sentences arbitrales — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 946.4, 946.5.

Arbitrage — Procédure — Justice naturelle — Modes de preuve — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — La procédure arbitrale a-t-elle été conduite en violation des règles de justice naturelle?

D, L et C s'associent en vue de créer des livres pour enfants. L est dirigeante et actionnaire majoritaire de C. D dessine et L rédige les textes des premiers livres de la série Caillou. Entre 1989 et 1995, plusieurs contrats relatifs à la publication des illustrations du personnage Caillou interviennent entre D et C. D signe à titre d'auteur et L signe à titre d'éditrice. En 1993, les parties signent un contrat de licence d'exploitation du personnage Caillou. D et L s'y représentent comme coauteurs et cèdent à C, à l'exclusion des droits accordés dans les contrats d'édition, certains droits de reproduction pour le monde entier et sans aucune stipulation de durée. Les parties renoncent à exercer toute revendication fondée sur leur droit moral à l'égard de Caillou. Elles autorisent également C à concéder à des tiers des sous-licences sans leur approbation. Un avenant signé en 1994 stipule que dans l'éventualité où D réaliserait des illustrations destinées à l'un des projets d'utilisation de Caillou, un forfait correspondant au travail exigé lui serait payé. En 1996, confrontée à des difficultés d'interprétation et d'application du contrat de licence d'exploitation, C présente une requête pour faire reconnaître ses droits de reproduction. D lui oppose une requête en exception declinatoire visant à renvoyer les parties devant un arbitre comme le prévoit l'art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*. La Cour supérieure, constatant que l'existence du contrat n'est pas en cause

were no allegations in respect of its validity, referred the case to arbitration. The arbitrator decided that his mandate included interpreting all the contracts and the rider. In the arbitrator's view, Caillou was a work of joint authorship by D and L. With respect to the licence and the rider, the arbitrator concluded that C held the reproduction rights and that it alone was authorized to use Caillou in any form and on any medium, provided that a court agreed that the contracts were valid. The Superior Court dismissed D's motion for annulment of the arbitration award. The Court of Appeal reversed that judgment.

Held: The appeal should be allowed. The arbitrator acted in accordance with his terms of reference and made no error such as would permit annulment of the arbitration award.

The parties to an arbitration agreement have virtually unfettered autonomy in identifying the disputes that may be the subject of the arbitration proceeding. Subject to the applicable statutory provisions, that agreement comprises the arbitrator's terms of reference and delineates the task he or she is to perform. In this case, however, the arbitrator's terms of reference were not defined by a single document. His task was delineated, and its content determined, by a judgment of the Superior Court, and by an exchange of correspondence between the parties and the arbitrator. The Superior Court's first judgment limited the arbitrator's jurisdiction by removing any consideration of the problems relating to the validity of the agreements from him. That restriction necessarily included any issues of nullity based on compliance by the agreements with the mandatory formalities imposed by ss. 31 and 34 of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*. The arbitrator therefore had to proceed on the basis that this problem was not before him. With respect to the question of copyright, and ownership of that copyright, in order to understand the scope of the arbitrator's mandate, a purely textual analysis of the communications between the parties is not sufficient. In addition to what is expressly set out in the arbitration agreement, the arbitrator's mandate includes everything that is closely connected with that agreement. Here, from a liberal interpretation of the arbitration agreement, based on identification of its objectives, it can be concluded that the question of co-authorship was intrinsically related to the other questions raised by the arbitration agreement.

Section 37 of the *Copyright Act* does not prevent an arbitrator from ruling on the question of copyright. The provision has two objectives: to affirm the jurisdiction that the provincial courts, as a rule, have in respect of

et qu'on n'y retrouve aucune allégation relative à sa validité, renvoie l'affaire à l'arbitrage. L'arbitre décide que son mandat inclut l'interprétation de tous les contrats et de l'avenant. Selon l'arbitre, Caillou est une œuvre créée en collaboration par D et L. En ce qui concerne le contrat de licence et l'avenant, l'arbitre conclut que C détient les droits de reproduction et qu'elle seule est autorisée à utiliser Caillou sous toute forme et tout support, à la condition cependant qu'un tribunal judiciaire convienne de la validité des contrats. La Cour supérieure rejette la requête en annulation de la sentence arbitrale présentée par D. La Cour d'appel infirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'arbitre a agi conformément à sa mission et n'a commis aucune erreur qui donne ouverture à l'annulation de la sentence arbitrale.

Les parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage. Sous réserve des dispositions législatives pertinentes, cette convention constitue l'acte de mission de l'arbitre et définit le cadre fondamental de son intervention. Toutefois, dans le présent litige, la mission arbitrale n'est pas définie par un document unique. Son cadre et son contenu ont été établis par un jugement de la Cour supérieure, ainsi que par un échange de lettres entre les parties et l'arbitre. Le premier jugement de la Cour supérieure a limité la compétence de l'arbitre en lui retirant l'examen des problèmes de validité des ententes intervenues. Cette restriction incluait nécessairement les moyens de nullité fondés sur la conformité des conventions aux formalités impératives imposées par les art. 31 et 34 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*. L'arbitre devait donc tenir pour acquis qu'il n'était pas saisi de ce problème. En ce qui concerne la question du droit d'auteur et de sa titularité, pour comprendre la portée du mandat de l'arbitre, il ne suffit pas de se livrer à une analyse purement textuelle des communications entre les parties. En plus de ce qui est expressément énoncé à la convention d'arbitrage, le mandat de l'arbitre s'étend à tout ce qui entretient des rapports étroits avec la convention. En l'espèce, une interprétation libérale de la convention d'arbitrage, fondée sur la recherche de ses objectifs, permet de conclure que la question des coauteurs était intrinsèquement liée à la détermination des autres questions soulevées par la convention d'arbitrage.

L'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* n'empêche pas un arbitre de statuer sur la question des droits d'auteur. Cette disposition vise deux objectifs : affirmer la compétence de principe des tribunaux provinciaux dans

private law matters concerning copyright and to avoid fragmentation of trials concerning copyright that might result from the division of jurisdiction *ratione materiae* between the federal and provincial courts in this field. It is not intended to exclude arbitration. It merely identifies the court which, within the judicial system, will have jurisdiction to hear cases involving a particular subject matter. By assigning shared jurisdiction *ratione materiae* in respect of copyright to the Federal Court and provincial courts, s. 37 is sufficiently general to include arbitration procedures created by a provincial statute.

The arbitration award is not contrary to public order. In interpreting and applying the concept of public order in the realm of consensual arbitration in Quebec, it is necessary to have regard to the legislative policy that accepts this form of dispute resolution and even seeks to promote its expansion. Except in certain fundamental matters referred to in art. 2639 *C.C.Q.*, an arbitrator may dispose of questions relating to rules of public order, since they may be the subject matter of the arbitration agreement. Public order arises primarily when the validity of an arbitration award must be determined. Under art. 946.5 *C.C.P.*, the court must examine the award as a whole to determine the nature of the result. It must determine whether the decision itself, in its disposition of the case, violates statutory provisions or principles that are matters of public order. An error in interpreting a mandatory statutory provision would not provide a basis for annulling the award as a violation of public order, unless the outcome of the arbitration was in conflict with the relevant fundamental principles of public order. Here, the Court of Appeal erred in holding that cases involving ownership of copyright may not be submitted to arbitration, because they must be treated in the same manner as questions of public order, relating to the status of persons and rights of personality. In the context of Canadian copyright legislation, although the work is a “manifestation of the personality of the author”, this issue is very far removed from questions relating to the status and capacity of persons and to family matters, within the meaning of art. 2639 *C.C.Q.* The *Copyright Act* is primarily concerned with the economic management of copyright, and does not prohibit artists from entering into transactions involving their copyright, or even from earning revenue from the exercise of the moral rights that are part of it. In addition, s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters* recognizes the legitimacy of transactions involving copyright, and the validity of using arbitration to resolve disputes arising in respect of such transactions.

les litiges de droit privé concernant les droits d’auteur et éviter la fragmentation des procès concernant les droits d’auteur en raison du partage des compétences matérielles entre les tribunaux fédéraux et provinciaux dans ce domaine. Elle n’entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu’identifier le tribunal qui, au sein de l’organisation judiciaire, aura compétence pour entendre des litiges concernant une matière particulière. En partageant la compétence matérielle sur les droits d’auteur entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux, l’art. 37 demeure suffisamment général pour inclure les procédures arbitrales créées par une loi provinciale.

La sentence arbitrale n’est pas contraire à l’ordre public. L’interprétation et l’application de la notion d’ordre public dans le domaine de l’arbitrage conventionnel au Québec doivent prendre en compte la politique législative qui accepte cette forme de règlement des différends et qui entend même en favoriser le développement. Sauf dans quelques matières fondamentales mentionnées à l’art. 2639 *C.c.Q.*, l’arbitre peut statuer sur des règles d’ordre public, puisqu’elles peuvent faire l’objet de la convention d’arbitrage. L’ordre public intervient principalement lorsqu’il s’agit d’apprécier la validité de la sentence arbitrale. En vertu de l’art. 946.5 *C.p.c.*, le tribunal doit examiner la sentence dans son ensemble afin d’apprécier son résultat. Il doit rechercher si la décision elle-même, dans son dispositif, contrevient à des dispositions législatives ou à des principes qui relèvent de l’ordre public. Une erreur d’interprétation d’une disposition législative à caractère impératif ne permettrait pas l’annulation de la sentence pour violation de l’ordre public, à moins que le résultat de l’arbitrage se révèle inconciliable avec les principes fondamentaux pertinents de l’ordre public. En l’espèce, la Cour d’appel a commis une erreur en décidant que les litiges concernant la paternité des droits d’auteur ne peuvent être soumis à l’arbitrage parce qu’ils doivent être assimilés à des questions d’ordre public, tenant à l’état des personnes et aux droits de la personnalité. Dans le cadre de la législation canadienne sur le droit d’auteur, bien que l’œuvre constitue une « manifestation de la personnalité de l’auteur », on se trouve fort loin des questions relatives à l’état et à la capacité des personnes et aux matières familiales au sens de l’art. 2639 *C.c.Q.* Visant d’abord l’aménagement économique du droit d’auteur, la *Loi sur le droit d’auteur* n’interdit pas aux artistes de transiger sur leur droit d’auteur ni même de monnayer l’exercice des droits moraux qui en font partie. Par ailleurs, l’art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d’art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs* du Québec reconnaît la légitimité des transactions sur le droit d’auteur et la validité du recours à l’arbitrage pour régler les différends survenus à leur sujet.

The Court of Appeal also erred in stating that the fact that a decision in respect of copyright may be set up against the entire world, and accordingly the nature of its effects on third parties, is a bar to the arbitration proceeding. The *Code of Civil Procedure* does not consider the effect of an arbitration award on third parties to be a ground on which it may be annulled or its homologation refused. The arbitrator ruled as to the ownership of the copyright in order to decide as to the rights and obligations of the parties to the contract. The arbitral decision is authority between the parties, but is not binding on third parties.

Finally, by adopting a standard of review based on simple review of any error of law made in considering a matter of public order, the Court of Appeal applied an approach that runs counter to the fundamental principle of the autonomy of arbitration and extends judicial intervention at the point of homologation or an application for annulment of the arbitration award well beyond the cases provided for in the *Code of Civil Procedure*. Public order will of course always be relevant, but solely in terms of the determination of the overall outcome of the arbitration proceeding.

D has not established a violation of the rules of natural justice during the arbitration proceeding.

Cases Cited

Approved: *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Mousseau v. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004; *Compagnie nationale Air France v. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717; *International Civil Aviation Organization v. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560; *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch v. Constructions Méridien inc.*, [1996] R.J.Q. 1236; *Régie de l'assurance-maladie du Québec v. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555; *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. v. Savard*, [1985] R.D.J. 556; **referred to:** *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. v. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 449; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Auerbach v. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 719, 2002 SCC 21; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Société Seagram France Distribution v. Société GE Massenez*, Cass. civ. 2^e, May

La Cour d'appel a également commis une erreur en mentionnant que l'opposabilité d'une décision en matière de droit d'auteur à l'égard de tous et, par conséquent, la nature de ses effets sur les tiers font obstacle à la procédure arbitrale. Le *Code de procédure civile* ne considère pas l'effet d'une sentence arbitrale sur les tiers comme un motif permettant de l'annuler ou d'en refuser l'homologation. L'arbitre s'est prononcé sur la titularité des droits d'auteur afin de départager les droits et obligations des parties au contrat. Cette décision arbitrale fait autorité entre les parties mais ne lie pas les tiers.

Enfin, en adoptant une norme de révision fondée sur le contrôle pur et simple de toute erreur de droit commise à l'examen d'une question d'ordre public, la Cour d'appel a appliqué une approche qui porte atteinte au principe fondamental de l'autonomie de l'arbitrage et qui étend l'intervention judiciaire au moment de l'homologation ou de la demande d'annulation de la sentence arbitrale bien au-delà des cas prévus par le *Code de procédure civile*. L'ordre public reste certes pertinent, mais uniquement au niveau de l'appréciation du résultat global de la procédure arbitrale.

D n'a pas établi une violation des règles de justice naturelle pendant la procédure arbitrale.

Jurisprudence

Arrêts approuvés : *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004; *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717; *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560; *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch c. Constructions Méridien inc.*, [1996] R.J.Q. 1236; *Régie de l'assurance-maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555; *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, [1985] R.D.J. 556; **arrêts mentionnés :** *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 449; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 719, 2002 CSC 21; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Société Seagram France*

3, 2001, *Rev. arb.* 2001.4.805; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Entreprises H.L.P. inc. v. Logisco inc.*, J.E. 93-1707; *Moscow Institute of Biotechnology v. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, ss. 31, 34, 37, 42.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2638, 2639, 2640, 2643, 2848.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 846, 943, 943.1, 944.1 [am. 1992, c. 57, s. 422], 944.10, 946.2, 946.4, 946.5, 947, 947.1, 947.2.

Commercial Arbitration Act, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.), Sched., Art. 5.

Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96, 101.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “work of joint ownership”, 9 [rep. & sub. 1993, c. 44, s. 60], 13, 14.1 [ad. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 4], 37 [am. 1997, c. 24, s. 20].

Authors Cited

Antaki, Nabil N. *Le règlement amiable des litiges*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Bachand, Frédéric. “Arbitrage commercial: Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres” (2001), 35 *R.J.T.* 465.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Blessing, Marc. “Arbitrability of Intellectual Property Disputes” (1996), 12 *Arb. Int'l* 191.

Brierley, John E. C. “Chapitre XVIII de la convention d'arbitrage, articles 2638-2643” dans *La réforme du Code civil: obligations, contrats nommés*, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 1067.

Brierley, John E. C. “La convention d'arbitrage en droit québécois interne”, [1987] *C.P. du N.* 507.

Brierley, John E. C. “Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage” (1987), 47 *R. du B.* 259.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Fortier, L. Yves. “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.

Distribution c. Société GE Massenez, Cass. civ. 2^e, 3 mai 2001, *Rev. arb.* 2001.4.805; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Entreprises H.L.P. inc. c. Logisco inc.*, J.E. 93-1707; *Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2638, 2639, 2640, 2643, 2848.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 846, 943, 943.1, 944.1 [mod. 1992, ch. 57, art. 422], 944.10, 946.2, 946.4, 946.5, 947, 947.1, 947.2.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96, 101.

Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.), ann., art. 5.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « œuvre créée en collaboration », 9 [abr. & rempl. 1993, ch. 44, art. 60], 13, 14.1 [aj. 1985, ch. 10 (4^e suppl.), art. 4], 37 [mod. 1997, ch. 24, art. 20].

Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 31, 34, 37, 42.

Doctrine citée

Antaki, Nabil N. *Le règlement amiable des litiges*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Bachand, Frédéric. « Arbitrage commercial : Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres » (2001), 35 *R.J.T.* 465.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Blessing, Marc. « Arbitrability of Intellectual Property Disputes » (1996), 12 *Arb. Int'l* 191.

Brierley, John E. C. « Chapitre XVIII de la convention d'arbitrage, articles 2638-2643 » dans *La réforme du Code civil: obligations, contrats nommés*, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1067.

Brierley, John E. C. « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] *C.P. du N.* 507.

Brierley, John E. C. « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.

Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, edited by E. Gaillard and J. Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Goudreau, Mistrale. "Le droit moral de l'auteur au Canada" (1994), 25 *R.G.D.* 403.

Grantham, William. "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes" (1996), 14 *Berkeley J. Int'l L.* 173.

Racine, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, t. 309. Paris: L.G.D.J., 1999.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: droit interne – droit international privé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 945, 16 C.P.R. (4th) 77, [2001] Q.J. No.1510 (QL), reversing a decision of the Superior Court. Appeal allowed.

Stefan Martin and Sébastien Grammond, for the appellants.

Normand Tamaro, for the respondent.

Pierre Bienvenu and Frédéric Bachand, for the interveners the Quebec National and International Commercial Arbitration Centre.

Daniel Payette, for the interveners the Union des écrivaines et écrivains québécois and the Conseil des métiers d'art du Québec.

Louis Linteau, for the interveners the Regroupement des artistes en arts visuels du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ The friendly face of Caillou, with his round cheeks and expression of wide-eyed surprise, has delighted countless young children and won over their parents and grandparents. Today, this charming little character, a creation that sprang from the imagination and from the art of form and colour,

Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, edited by E. Gaillard and J. Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Goudreau, Mistrale. « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994), 25 *R.G.D.* 403.

Grantham, William. « The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes » (1996), 14 *Berkeley J. Int'l L.* 173.

Racine, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, t. 309. Paris: L.G.D.J., 1999.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: droit interne — droit international privé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 945, 16 C.P.R. (4th) 77, [2001] J.Q. n^o 1510 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Stefan Martin et Sébastien Grammond, pour les appelantes.

Normand Tamaro, pour l'intimée.

Pierre Bienvenu et Frédéric Bachand, pour l'intervenant le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.

Daniel Payette, pour les intervenants l'Union des écrivaines et écrivains québécois et le Conseil des métiers d'art du Québec.

Louis Linteau, pour l'intervenant le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

La bonne bouille, les joues rondes et les yeux étonnés du petit Caillou ont charmé d'innombrables petits enfants comme ils ont séduit leurs parents et grands-parents. Aujourd'hui, ce charmant personnage, création de l'imagination et de l'art des formes et des couleurs, quitte le monde

is moving out of the world where he welcomes his new baby sister, or gets ready for kindergarten. Unintentionally, no doubt, he is now making a contribution to the development of commercial arbitration law in the field of intellectual property. What has happened is that the people who consider themselves to be his mothers are engaged in battle for him. The respondent claims exclusive maternity. The appellants believe it was a joint effort. The manner in which their dispute is to be resolved has itself become the subject of a major disagreement, and that is what is now before this Court.

A decision of the Quebec Court of Appeal annulled the arbitration award made by the *mis en cause* Rémillard, who had found in part for the appellants on the question of the intellectual property in the Caillou character. The respondent Desputeaux is seeking to have that judgment affirmed. In her submission, the arbitrator did not remain within the bounds of his terms of reference. She contends, as well, that he disposed of an issue that is not a proper subject of arbitration: copyright ownership. She further submits that the arbitration proceeding was conducted in violation of the fundamental principles of natural justice and procedural fairness. Her final argument is that the arbitrator's decision violated the rules of public order. The appellants dispute those contentions and argue that the Court of Appeal's judgment should be set aside and the arbitration award restored, in accordance with the disposition made by the Superior Court. For the reasons that follow, I am of the opinion that the appeal must be allowed. The arbitrator acted in accordance with the terms of reference he was given. The allegation that the rules of natural justice were violated has not been substantiated. The arbitrator had the authority to dispose of the issues before him. As well, there was no violation of the rules of public order that would justify the superior courts in annulling the award.

II. Origin of the Case

In 1988, the respondent and the appellants Christine L'Heureux and Les Éditions Chouette

de la naissance de la petite sœur ou de la préparation à la maternelle. Involontairement, sans doute, il contribue maintenant au développement du droit de l'arbitrage commercial dans le domaine de la propriété intellectuelle. En effet, celles qui s'estiment ses mères s'affrontent. L'intimée prétend à une maternité exclusive. Les appelantes l'estiment partagée. Le mode de règlement de leur désaccord est lui-même devenu l'objet d'un désaccord important, dont notre Cour est maintenant saisie.

En effet, un arrêt de la Cour d'appel du Québec a invalidé une sentence arbitrale rendue par le *mis en cause* Rémillard qui donnait en partie raison aux appelantes au sujet de la propriété intellectuelle du personnage Caillou. L'intimée Desputeaux réclame la confirmation de ce jugement. À son avis, l'arbitre n'avait pas respecté sa mission arbitrale. De plus, il se serait saisi d'une matière, la propriété du droit d'auteur, qui ne pouvait faire l'objet d'un arbitrage. Ensuite, la procédure arbitrale aurait été conduite au mépris des principes fondamentaux de justice naturelle et d'équité procédurale. Enfin, la décision de l'arbitre aurait violé des règles d'ordre public. Les appelantes contestent ces prétentions et plaident que le jugement de la Cour d'appel doit être infirmé et la validité de la sentence arbitrale confirmée, conformément aux conclusions de la Cour supérieure. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli. En effet, l'arbitre a agi conformément à la mission qui lui a été confiée. L'allégation de violation des règles de justice naturelle n'a pas été établie. L'arbitre pouvait statuer sur les matières en litige. De plus, aucune violation de règles d'ordre public ne justifiait l'annulation de la sentence par les tribunaux supérieurs.

II. L'origine du litige

En 1988, l'intimée et les appelantes Christine L'Heureux et Les Éditions Chouette (1987) inc.

(1987) inc. (“Chouette”) formed a partnership for the purpose of creating children’s books. The appellant L’Heureux was the manager and majority shareholder in Chouette. The first books in the Caillou series were published in 1989. While the respondent drew the little fictional character, L’Heureux wrote the text for the first eight books. Between May 5, 1989, and August 21, 1995, the respondent and the appellant Chouette entered into a number of contracts relating to the publication of illustrations of the Caillou character in the forms of books and derivative products. All those contracts were for a period of ten years and were signed by the respondent, as author, and the appellant L’Heureux, as publisher. The parties were using standard forms drafted as provided in an agreement between the Association des éditeurs and the Union des écrivaines et écrivains québécois. The parties inserted only the particulars that related specifically to them, such as the title of the work, the territory covered, the term of the agreement and the percentage of royalties payable to the author.

(« Chouette ») s’associent en vue de créer des livres pour enfants. L’appelante M^{me} L’Heureux est dirigeante et actionnaire majoritaire de Chouette. Les premiers livres de la série Caillou sont publiés en 1989. Alors que l’intimée dessine le petit personnage fictif, M^{me} L’Heureux rédige les textes des huit premiers livres. Entre le 5 mai 1989 et le 21 août 1995, plusieurs contrats relatifs à la publication sous forme de livres et de produits dérivés des illustrations du personnage Caillou interviennent entre l’intimée et l’appelante Chouette. Tous ces contrats d’une durée de dix ans sont signés par l’intimée à titre d’auteur et par l’appelante L’Heureux à titre d’éditrice. Les parties utilisent alors des formules types rédigées conformément à une entente entre l’Association des éditeurs et l’Union des écrivaines et écrivains québécois. Les parties n’y ont ajouté que les particularités les concernant spécifiquement, notamment le titre de l’œuvre, le territoire couvert, la durée de la convention et le pourcentage de redevances payables à l’auteur.

4

On September 1, 1993, the parties signed a contract licensing the use of the fictitious Caillou character. The respondent and the appellant L’Heureux represented themselves in it as co-authors of a work consisting of a fictitious character known by the name Caillou. They assigned the following rights (“reproduction rights”) to the appellant Chouette, excluding rights granted in the publishing contracts, for the entire world, with no stipulation of a term:

Le 1^{er} septembre 1993, les parties signent un contrat de licence d’exploitation du personnage fictif Caillou. L’intimée et l’appelante L’Heureux s’y représentent comme coauteurs d’une œuvre consistant en un personnage fictif connu sous le nom de Caillou. Elles cèdent à l’appelante Chouette, à l’exclusion des droits accordés dans les contrats d’édition, les droits suivants (les « droits de reproduction ») pour le monde entier et sans aucune stipulation de durée :

[TRANSLATION]

- | | |
|--|---|
| <p>(a) The right to reproduce CAILLOU in any form and on any medium or merchandise;</p> <p>(b) the right to adapt CAILLOU for the purposes of the creation and production of audio and/or audiovisual works, performance in public and/or communication to the public of any resulting work;</p> <p>(c) the right to apply, as owner, for registration of the name CAILLOU in any language whatsoever, or of the graphic representation of Caillou, as a trademark;</p> | <p>a) ... le droit de reproduire CAILLOU sous toute forme et sur tout support ou marchandise;</p> <p>b) le droit d’adapter CAILLOU à des fins de réalisation et production d’œuvres sonores et/ou d’œuvres audiovisuelles, d’exécuter en public et/ou de communiquer au public toute œuvre en résultant;</p> <p>c) le droit de demander, à titre de propriétaire, l’enregistrement à titre de marque de commerce du nom de CAILLOU en quelque langue que ce soit, ou de sa représentation graphique;</p> |
|--|---|

- (d) the right to apply, as owner, for registration of any visual configurations or characteristics of CAILLOU as an industrial design.

The parties waived any claims based on their moral right in respect of Caillou. Their agreements also authorized Chouette to grant sub-licences to third parties, without the approval of the other parties to the contracts. On December 15, 1994, the parties added a rider to the agreement of September 1, 1993, which neither replaced nor cancelled the previous publishing contracts, but amended the contract of September 1, 1993, as it related to the royalties payable in respect of the licence for the use of the fictitious Caillou character. In the event that Desputeaux produced illustrations to be used in one of the projects in which the character was to be used, she was to be paid a lump sum corresponding to the work required. Neither the rider nor the licence contract specified the term of the agreement between the parties.

In October 1996, difficulties arose in respect of the interpretation and application of the licence contract, and Chouette brought a motion for a declaratory judgment. The applicant's purpose in bringing the motion was to secure recognition of its entitlement to exploit the reproduction rights. The respondent then brought a motion for declinatory exception seeking to have the parties referred to an arbitrator. On February 28, 1997, Bisailon J. of the Superior Court allowed the declinatory exception and referred the case to arbitration: [1997] Q.J. No. 716 (QL). He found, based on the relief sought by the parties in the two motions, that the existence of the contract was not in issue, and that there were no allegations in respect of the validity of the contract.

After hearing the case, the arbitrator appointed by the parties, Régis Rémillard, a notary, concluded that Chouette held the reproduction rights sought and that it alone had the right to use the Caillou character. The Superior Court dismissed a motion for annulment of the award. The appeal from that judgment was unanimously allowed by the Court of Appeal, which annulled the award, and it is that decision which has been appealed to this Court.

- d) le droit de demander, à titre de propriétaire, l'enregistrement de quelques configurations ou caractéristiques visuelles de CAILLOU, comme dessin industriel.

Les parties renoncent à exercer toute revendication fondée sur leur droit moral à l'égard de Caillou. Leurs ententes autorisent également Chouette à concéder à des tiers des sous-licences, et ce, sans l'approbation des autres parties contractantes. Le 15 décembre 1994, les parties ajoutent un avenant à l'entente du 1^{er} septembre 1993. Cet avenant ne remplace ni n'abroge les contrats d'édition antérieurs mais modifie l'entente du 1^{er} septembre 1993 quant aux redevances payables aux parties concernant la licence d'exploitation du personnage fictif Caillou. Dans l'éventualité où M^{me} Desputeaux réaliserait des illustrations destinées à l'un des projets d'utilisation du personnage, un forfait correspondant au travail exigé lui serait payé. Ni cet avenant, ni le contrat de licence d'exploitation ne déterminent la durée de l'entente des parties.

En octobre 1996, confrontée à des difficultés d'interprétation et d'application du contrat de licence d'exploitation, Chouette présente une requête pour jugement déclaratoire. Par cette procédure, la requérante veut faire reconnaître qu'elle peut exploiter les droits de reproduction. L'intimée lui oppose alors une requête en exception declinatoire visant à renvoyer les parties devant un arbitre. Le 28 février 1997, le juge Bisailon de la Cour supérieure accueille en partie le moyen declinatoire et renvoie l'affaire à l'arbitrage : [1997] A.Q. n° 716 (QL). Il constate qu'aux termes des conclusions recherchées par les parties dans les deux requêtes l'existence du contrat n'est pas en cause et qu'on n'y retrouve aucune allégation relative à sa validité.

Après audition de la cause, l'arbitre désigné par les parties, le notaire Régis Rémillard, conclut que Chouette détient les droits de reproduction recherchés et qu'elle seule a le droit d'utiliser le personnage Caillou. La Cour supérieure rejette une requête en annulation de la sentence. L'appel de ce jugement est accueilli à l'unanimité par la Cour d'appel qui casse la sentence, d'où le pourvoi devant notre Cour.

5

6

7

III. Relevant Statutory Provisions

8

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

2. . . .

“work of joint authorship” means a work produced by the collaboration of two or more authors in which the contribution of one author is not distinct from the contribution of the other author or authors;

13. . . .

(3) Where the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright, but where the work is an article or other contribution to a newspaper, magazine or similar periodical, there shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to be reserved to the author a right to restrain the publication of the work, otherwise than as part of a newspaper, magazine or similar periodical.

14.1 (1) The author of a work has, subject to section 28.2, the right to the integrity of the work and, in connection with an act mentioned in section 3, the right, where reasonable in the circumstances, to be associated with the work as its author by name or under a pseudonym and the right to remain anonymous.

(2) Moral rights may not be assigned but may be waived in whole or in part.

(3) An assignment of copyright in a work does not by that act alone constitute a waiver of any moral rights.

(4) Where a waiver of any moral right is made in favour of an owner or a licensee of copyright, it may be invoked by any person authorized by the owner or licensee to use the work, unless there is an indication to the contrary in the waiver.

37. The Federal Court has concurrent jurisdiction with provincial courts to hear and determine all proceedings, other than the prosecution of offences under section 42 and 43, for the enforcement of a provision of this Act or of the civil remedies provided by this Act.

Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01

31. The contract must be evidenced in a writing, drawn up in duplicate, clearly setting forth

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

2. . . .

« œuvre créée en collaboration » Œuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres.

13. . . .

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

14.1 (1) L'auteur d'une œuvre a le droit, sous réserve de l'article 28.2, à l'intégrité de l'œuvre et, à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat.

(2) Les droits moraux sont incessibles; ils sont toutefois susceptibles de renonciation, en tout ou en partie.

(3) La cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.

(4) La renonciation au bénéfice du titulaire du droit d'auteur ou du détenteur d'une licence peut, à moins d'une stipulation contraire, être invoquée par quiconque est autorisé par l'un ou l'autre à utiliser l'œuvre.

37. La Cour fédérale, concurremment avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à l'application de la présente loi, à l'exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43.

Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01

31. Le contrat doit être constaté par un écrit rédigé en double exemplaire et identifiant clairement :

- (1) the nature of the contract;
- (2) the work or works which form the object of the contract;
- (3) any transfer of right and any grant of licence consented to by the artist, the purposes, the term or mode of determination thereof, and the territorial application of such transfer of right and grant of licence, and every transfer of title or right of use affecting the work;
- (4) the transferability or nontransferability to third persons of any licence granted to a promoter;
- (5) the consideration in money due to the artist and the intervals and other terms and conditions of payment;
- (6) the frequency with which the promoter shall report to the artist on the transactions made in respect of every work that is subject to the contract and for which monetary consideration remains owing after the contract is signed.

34. Every agreement between a promoter and an artist which reserves, for the promoter, an exclusive right over any future work of the artist or which recognizes the promoter's right to determine the circulation of such work shall, in addition to meeting the requirements set out in section 31,

- (1) contemplate a work identified at least as to its nature;
- (2) be terminable upon the application of the artist once a given period agreed upon by the parties has expired or after a determinate number of works agreed upon by the parties has been completed;
- (3) specify that the exclusive right ceases to apply in respect of a reserved work where, after the expiration of a period for reflection, the promoter, though given formal notice to do so, does not circulate the work;
- (4) stipulate the duration of the period for reflection agreed upon by the parties for the application of paragraph 3.

37. In the absence of an express renunciation, every dispute arising from the interpretation of the contract shall be submitted to an arbitrator at the request of one of the parties.

The parties shall designate an arbitrator and submit their dispute to him according to such terms and conditions as may be stipulated in the contract. The provisions of Book VII of the Code of Civil Procedure (chapter C-25), adapted as required, apply to such arbitration.

- 1^o la nature du contrat;
- 2^o l'œuvre ou l'ensemble d'œuvres qui en est l'objet;
- 3^o toute cession de droit et tout octroi de licence consentis par l'artiste, les fins, la durée ou le mode de détermination de la durée et l'étendue territoriale pour lesquelles le droit est cédé et la licence octroyée, ainsi que toute cession de droit de propriété ou d'utilisation de l'œuvre;
- 4^o la transférabilité ou la non transférabilité à des tiers de toute licence octroyée au diffuseur;
- 5^o la contrepartie monétaire due à l'artiste ainsi que les délais et autres modalités de paiement;
- 6^o la périodicité selon laquelle le diffuseur rend compte à l'artiste des opérations relatives à toute œuvre visée par le contrat et à l'égard de laquelle une contrepartie monétaire demeure due après la signature du contrat.

34. Toute entente entre un diffuseur et un artiste réservant au diffuseur l'exclusivité d'une œuvre future de l'artiste ou lui reconnaissant le droit de décider de sa diffusion doit, en plus de se conformer aux exigences de l'article 31 :

- 1^o porter sur une œuvre définie au moins quant à sa nature;
- 2^o être résiliable à la demande de l'artiste à l'expiration d'un délai d'une durée convenue entre les parties ou après la création d'un nombre d'œuvres déterminées par celles-ci;
- 3^o prévoir que l'exclusivité cesse de s'appliquer à l'égard d'une œuvre réservée lorsque, après l'expiration d'un délai de réflexion, le diffuseur, bien que mis en demeure, n'en fait pas la diffusion;
- 4^o indiquer le délai de réflexion convenu entre les parties pour l'application du paragraphe 3^o.

37. Sauf renonciation expresse, tout différend sur l'interprétation du contrat est soumis, à la demande d'une partie, à un arbitre.

Les parties désignent l'arbitre et lui soumettent leur litige selon les modalités qu'ils peuvent prévoir au contrat. Les dispositions du livre VII du Code de procédure civile (chapitre C-25) s'appliquent à cet arbitrage compte tenu des adaptations nécessaires.

42. Subject to sections 35 and 37, no person may waive application of any provision of this chapter.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”)

2639. Disputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration.

An arbitration agreement may not be opposed on the ground that the rules applicable to settlement of the dispute are in the nature of rules of public order.

2640. An arbitration agreement shall be evidenced in writing; it is deemed to be evidenced in writing if it is contained in an exchange of communications which attest to its existence or in an exchange of proceedings in which its existence is alleged by one party and is not contested by the other party.

2643. Subject to the peremptory provisions of law, the procedure of arbitration is governed by the contract or, failing that, by the Code of Civil Procedure.

2848. The authority of a final judgment (*res judicata*) is an absolute presumption; it applies only to the object of the judgment when the demand is based on the same cause and is between the same parties acting in the same qualities and the thing applied for is the same.

However, a judgment deciding a class action has the authority of a final judgment in respect of the parties and the members of the group who have not excluded themselves therefrom.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 (“*C.C.P.*”)

943. The arbitrators may decide the matter of their own competence.

943.1 If the arbitrators declare themselves competent during the arbitration proceedings, a party may within 30 days of being notified thereof apply to the court for a decision on that matter.

While such a case is pending, the arbitrators may pursue the arbitration proceedings and make their award.

944.1 Subject to this Title, the arbitrators shall proceed to the arbitration according to the procedure they determine. They have all the necessary powers for the exercise of their jurisdiction, including the power to appoint an expert.

42. Sous réserve des articles 35 et 37, on ne peut renoncer à l'application d'une disposition du présent chapitre.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »)

2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

2640. La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre.

2643. Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile.

2848. L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même.

Cependant, le jugement qui dispose d'un recours collectif a l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties et des membres du groupe qui ne s'en sont pas exclus.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »)

943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

943.1 Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet.

Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence.

944.1 Sous réserve des dispositions du présent titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent. Ils ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence, y compris celui de nommer un expert.

944.10 The arbitrators shall settle the dispute according to the rules of law which they consider appropriate and, where applicable, determine the amount of the damages.

They cannot act as *amiable compositeurs* except with the prior concurrence of the parties.

They shall in all cases decide according to the stipulations of the contract and take account of applicable usage.

946.2. The court examining a motion for homologation cannot enquire into the merits of the dispute.

946.4. The court cannot refuse homologation except on proof that

(1) one of the parties was not qualified to enter into the arbitration agreement;

(2) the arbitration agreement is invalid under the law elected by the parties or, failing any indication in that regard, under the laws of Québec;

(3) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;

(4) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the arbitration agreement, or it contains decisions on matters beyond the scope of the agreement; or

(5) the mode of appointment of arbitrators or the applicable arbitration procedure was not observed.

In the case of subparagraph (4) of the first paragraph, the only provision not homologated is the irregular provision described in that paragraph, if it can be dissociated from the rest.

946.5. The court cannot refuse homologation of its own motion unless it finds that the matter in dispute cannot be settled by arbitration in Québec or that the award is contrary to public order.

947. The only possible recourse against an arbitration award is an application for its annulment.

947.1. Annulment is obtained by motion to the court or by opposition to a motion for homologation.

947.2. Articles 946.2 to 946.5, adapted as required, apply to an application for annulment of an arbitration award.

944.10 Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'*amiables compositeurs* que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

946.2 Le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend.

946.4 Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi :

1^o qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

2^o que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec;

3^o que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

4^o que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; ou

5^o que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté.

Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4^o, seule une disposition de la sentence arbitrale à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe n'est pas homologuée, si cette disposition peut être dissociée des autres dispositions de la sentence.

946.5 Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public.

947. La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul recours possible contre celle-ci.

947.1 L'annulation s'obtient par requête au tribunal ou en défense à une requête en homologation.

947.2 Les articles 946.2 à 946.5 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande d'annulation de la sentence arbitrale.

IV. Judicial History

A. *Arbitration Award (Régis Rémillard, Notary)* (July 22, 1997)

9 The arbitrator first decided that his mandate included interpreting the contract concerning the licence as well as the rider and the publishing contracts, to determine the method of commercial exploitation provided for by the licence. After examining the publishing contracts, he stated the opinion that the fact that the respondent had signed as “author” did not reflect reality. In his view, both Desputeaux and L’Heureux could, under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, claim the status of author in respect of Caillou, the appellant L’Heureux in respect of the literary portion of the original texts and the respondent in respect of the illustration and the physical aspect of the character. In the arbitrator’s view, the involvement of the respondent and the appellant L’Heureux in the development of the Caillou character was indivisible. The work was therefore a work of joint authorship, within the meaning of s. 2 of the *Copyright Act*.

10 The licence contract for the fictitious Caillou character must therefore be considered in its context. It was signed after protracted negotiations between the parties, who were assisted by their lawyers. At that time, the respondent and the appellant L’Heureux each mutually recognized the other’s status as co-author of the Caillou character, as confirmed by letters that were exchanged after the agreement was signed, which were submitted to the arbitrator. The arbitrator therefore quickly rejected the argument that the contract was a sham. In the agreement, the co-authors assigned the appellant Chouette all of the rights that were needed for the commercial exploitation of Caillou in the entire world. While the arbitrator did not refer to the public order provisions of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters* (“*Act respecting the professional status of artists*”), he stated the opinion that because the parties had not stipulated a time limit, the contract was protected under s. 9 of the *Copyright Act*, for 50 years after the death of the

IV. Historique judiciaire

A. *Sentence arbitrale (M^e Régis Rémillard, notaire)* (22 juillet 1997)

L’arbitre décide tout d’abord que son mandat inclut l’interprétation du contrat de licence d’exploitation comme celle de l’avenant et des contrats d’édition, afin de déterminer la méthode d’exploitation commerciale de la licence. Après un examen des contrats d’édition, il estime que la signature de l’intimée comme « auteure » ne traduit pas la réalité. Selon lui, tant M^{me} Desputeaux que M^{me} L’Heureux pouvaient, en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, réclamer le statut d’auteur à l’égard de Caillou, l’appelante L’Heureux pour la partie littéraire des premiers textes et l’intimée pour l’illustration et la dimension matérielle du personnage. Selon l’arbitre, l’intimée et l’appelante L’Heureux ont participé de façon indissociable à l’élaboration du personnage Caillou. Il s’agit donc d’une œuvre créée en collaboration au sens de l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*.

Le contrat de licence d’exploitation du personnage fictif Caillou doit ainsi être replacé dans son contexte. Il avait été signé après de longues tractations entre les parties qu’assistaient alors leurs avocats. L’intimée et l’appelante L’Heureux se reconnaissaient alors mutuellement la qualité de coauteurs du personnage Caillou, comme le confirment des lettres échangées postérieurement à l’entente et soumises à l’arbitre. Celui-ci n’hésite donc pas à rejeter l’argument du caractère simulé de ce contrat. Par cette entente, les coauteurs ont cédé à l’appelante Chouette tous les droits nécessaires à l’exploitation commerciale de Caillou dans le monde entier. Sans toutefois mentionner les dispositions d’ordre public de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d’art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs* (« *Loi sur le statut professionnel des artistes* »), l’arbitre estime que, puisque les parties n’avaient pas stipulé de limite dans le temps, le contrat bénéficie de la protection prévue par l’art. 9 de la *Loi sur le droit d’auteur*, soit 50 années après le décès du dernier

last co-author. With respect to the rider of December 15, 1994, he said that the obligation to consult the respondent did not create a veto right. By his interpretation, neither the rider nor the licence contract imposed any obligation to account.

In conclusion, the arbitrator pointed out that the licence and the rider related solely to future works by the authors with the Caillou character as their subject. On this point, he stated that because Chouette held the reproduction rights, it was the only one authorized to use the Caillou character in any form and on any medium, provided that a court agreed that the contracts were valid. Mr. Rémillard refrained from stating an opinion on that subject. In my view, the judgment referring the matter to arbitration reserved that question to the Superior Court.

B. *Quebec Superior Court* (March 13, 1998)

Desputeaux then challenged the arbitration award, and asked the Superior Court to annul it. She argued, *inter alia*, that the arbitrator had ruled on a dispute that was not before him, the intellectual property in the Caillou character and the status of the parties as co-authors. She also criticized the arbitrator for failing to apply the mandatory provisions of the *Act respecting the professional status of artists*. In her submission, their application would have justified annulment of the agreements between the parties. The respondent also criticized Mr. Rémillard for ruling on the main issues without evidence and for conducting the arbitration without regard for the fundamental rules of natural justice.

In a brief judgment delivered from the bench, Guthrie J. of the Superior Court dismissed the application for annulment. In his opinion, none of the grounds of nullity argued was material or well-founded. However, the judgment was mainly restricted to a summary of the content of the annulment proceeding and reference to the most important statutory provisions applicable, including the articles of the *Code of Civil Procedure* of Quebec relating to judicial review of the validity of arbitration decisions. Desputeaux then appealed to the Quebec Court of Appeal.

coauteur. Quant à l'avenant du 15 décembre 1994, il mentionne que l'obligation de consulter l'intimée ne crée pas de droit de veto. Enfin, selon son interprétation, ni cet avenant ni le contrat de licence n'imposent d'obligations de rendre compte.

En conclusion, l'arbitre rappelle que le contrat de licence et l'avenant portent uniquement sur les œuvres futures de ces auteurs, ayant pour objet le personnage Caillou. À cet égard, il précise que Chouette, en raison de sa qualité de détenteur des droits de reproduction, demeure seule autorisée à utiliser le personnage Caillou sous toute forme et tout support, à la condition qu'un tribunal judiciaire convienne de la validité des contrats. M^e Rémillard s'abstient d'exprimer une opinion sur ce sujet. À son avis, en effet, le jugement de renvoi à l'arbitrage a réservé cette question à la Cour supérieure.

B. *Cour supérieure du Québec* (13 mars 1998)

Madame Desputeaux attaque alors la sentence arbitrale dont elle demande l'annulation devant la Cour supérieure. Elle allègue notamment que l'arbitre s'est prononcé sur un différend dont il n'était pas saisi, la propriété intellectuelle du personnage Caillou et le statut de coauteurs des parties. Elle lui fait aussi grief de ne pas avoir appliqué des dispositions impératives de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. Leur mise en œuvre aurait justifié l'annulation des ententes des parties. Enfin, l'intimée reproche à M^e Rémillard d'avoir jugé sans preuve sur les principales questions en débat et d'avoir mené la procédure arbitrale au mépris des règles fondamentales de justice naturelle.

Dans un bref jugement prononcé à l'audience, le juge Guthrie de la Cour supérieure rejette la demande d'annulation. À son avis, aucun des moyens de nullité soulevés n'était pertinent ou fondé. Ce jugement se limite toutefois, pour l'essentiel, à un résumé du contenu de la procédure en annulation et à un renvoi aux principales dispositions législatives applicables, notamment aux articles du *Code de procédure civile* du Québec portant sur le contrôle judiciaire de la validité des décisions arbitrales. Madame Desputeaux se pourvoit alors devant la Cour d'appel du Québec.

11

12

13

C. *Quebec Court of Appeal (Gendreau, Rousseau-Houle and Pelletier J.J.A.)*, [2001] R.J.Q. 945

C. *Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Rousseau-Houle et Pelletier)*, [2001] R.J.Q. 945

14

The Quebec Court of Appeal took a more favourable view of the application for annulment made by Desputeaux. It unanimously allowed the appeal and annulled the arbitration award. To begin with, in the opinion of Rousseau-Houle J.A., the award was null under s. 37 of the *Copyright Act*. According to her interpretation, that provision requires that disputes as to ownership of copyright be heard by the Federal Court or the superior courts, and therefore does not authorize arbitration, even commercial arbitration, in that realm. In her opinion, the award exceeded the strict interpretation of the contract documents, in respect of which arbitration would have been possible: [TRANSLATION] “In deciding the legal status [of the respondent] and [of the appellant L’Heureux] in respect of the Caillou character, a work protected by the [*Copyright Act*], the arbitrator assumed a competence he did not have” (para. 32). Then, examining the case from the standpoint of the principles of the civil law, Rousseau-Houle J.A. added that disputes over the status and capacity of persons or other matters of public order may not be submitted to arbitration (art. 2639 *C.C.Q.* and art. 946.5 *C.C.P.*). She concluded, on this point, that the paternity of the respondent’s copyright was a moral right that attached to her personality. Accordingly, art. 2639 *C.C.Q.* exempted it from the arbitrator’s jurisdiction (at paras. 40 and 44):

[TRANSLATION] The right precisely to credit for paternity of a work, like the right to respect for one’s name, gives a purely “moral” connotation to the dignity and honour of the creator of the work. From these standpoints, the question of the paternity of copyright is not a matter for arbitration.

In ruling on the question of the monopoly granted by the [*Copyright Act*] to an author, the arbitrator made a decision that not only had an impact on the right to paternity of the work, but could be set up against persons other than those involved in the dispute submitted for arbitration.

La Cour d’appel du Québec réserve un meilleur accueil à la demande d’annulation présentée par M^{me} Desputeaux. Un arrêt unanime fait droit au pourvoi et annule la sentence arbitrale. D’abord, selon la juge Rousseau-Houle, une première cause de nullité découlait de l’application de l’art. 37 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Selon son interprétation, cette disposition réserve les différends sur la titularité du droit d’auteur à la Cour fédérale ou aux cours supérieures et n’autorise donc pas l’arbitrage, même consensuel, dans ce domaine. À son avis, la sentence outrepassa la stricte interprétation des documents contractuels, sujet à propos duquel le recours à l’arbitrage aurait été possible : « En décidant du statut juridique [de l’intimée] et [de l’appelante L’Heureux] à l’égard du personnage de Caillou, une œuvre protégée par la [*Loi sur le droit d’auteur*], l’arbitre s’arroge une compétence qu’il n’a pas » (par. 32). Portant ensuite le débat au niveau des principes de droit civil, la juge Rousseau-Houle ajoute qu’on ne peut soumettre à l’arbitrage un différend portant sur l’état et la capacité des personnes ou sur les autres questions intéressant l’ordre public (art. 2639 *C.c.Q.* et art. 946.5 *C.p.c.*). Elle conclut sur ce point que la paternité du droit d’auteur de l’intimée constitue un droit moral se rattachant à sa personnalité. À ce titre, l’art. 2639 *C.c.Q.* le soustrait à la compétence arbitrale (aux par. 40 et 44) :

Le droit de se voir justement attribuer la paternité d’une œuvre tout comme le droit au respect du nom revêtent une connotation purement morale tenant à la dignité et à l’honneur du créateur de l’œuvre. Sous ces aspects, la question de la paternité du droit d’auteur ne serait pas arbitrale.

En se prononçant sur le monopole conféré par la [*Loi sur le droit d’auteur*] à un auteur, l’arbitre a rendu une décision qui a non seulement une incidence sur le droit à la paternité de l’œuvre, mais qui devient opposable à d’autres personnes que celles impliquées dans le différend soumis à l’arbitrage.

In the opinion of Rousseau-Houle J.A., the award also had to be annulled because the arbitrator had not applied, or had misinterpreted, ss. 31 and 34 of the *Act respecting the professional status of artists*, which lays down requirements in respect of the form and substance of contracts between artists and promoters. For one thing, the contracts did not state the extent of the exclusive rights granted, the frequency of the reports to be made or the term of the agreements. The violation of these rules of public order resulted in the nullity of the agreements and the award. The appellants were then granted leave to appeal to this Court. In addition, there are still other proceedings underway in the Superior Court in respect of various aspects of the legal relationship between the parties.

V. Analysis

A. *The Issues and the Positions of the Parties and Intervenors*

There are three categories of problems involved in this case, all of them connected to the central question of the validity of the arbitration award. First, we need to identify the nature and limits of the arbitrator's terms of reference. We will then have to identify the issue that was before the arbitrator, in order to determine whether and how those terms of reference were carried out. In considering that question, we will have to examine the grounds on which the respondent challenged the conduct of the arbitration proceeding, such as the violation of the principles of natural justice and the rules of civil proof. We shall then discuss the main issues in this appeal, which relate to the arbitrability of copyright problems and the nature and limits of judicial review of arbitration awards made under the *Code of Civil Procedure*. That part of the discussion will involve an examination of how rules of public order are applied by arbitrators and the limits on the powers of the courts to intervene in respect of decisions made in that regard.

The parties argued diametrically opposed positions, each of them supported by certain of the intervenors. I shall first summarize the arguments advanced by the appellants, with the broad support of one of the intervenors, the Quebec National and

D'après la juge Rousseau-Houle, la sentence doit aussi être annulée parce que l'arbitre n'a pas appliqué ou a mal interprété les art. 31 et 34 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes* qui édictent des exigences relatives à la forme et au contenu des contrats entre les artistes et les diffuseurs. Notamment, les contrats ne mentionnaient pas l'étendue des concessions des droits exclusifs, la périodicité des redditions de comptes, non plus que la durée des ententes. La violation de ces règles d'ordre public emportait la nullité des conventions et de la sentence. Les appelantes obtinrent alors l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Par ailleurs, d'autres débats sont toujours en cours devant la Cour supérieure sur divers aspects des relations juridiques entre les parties.

V. Analyse

A. *Les questions en litige et les positions des parties et des intervenants*

Ce pourvoi remet en cause trois catégories de problèmes, toutes rattachées à la question centrale de la validité de la sentence arbitrale. D'abord, il importe de préciser la nature et les limites de la mission arbitrale. On devra identifier ce dont l'arbitre était saisi pour parvenir ensuite à déterminer si et comment cette mission a été exécutée. Se rattachera à cette question l'étude des moyens qu'invoque l'intimée afin d'attaquer la conduite de la procédure arbitrale, comme la violation des principes de justice naturelle et celle des règles de la preuve civile. Enfin, on examinera les questions principales de ce pourvoi. Celles-ci ont trait au caractère arbitral des problèmes de droit d'auteur et à la nature et aux limites du contrôle judiciaire des sentences arbitrales prononcées sous le régime du *Code de procédure civile*. Cette partie de la discussion impliquera un examen de la mise en œuvre des règles d'ordre public par les arbitres et des limites des pouvoirs d'intervention des tribunaux judiciaires à l'égard des décisions rendues à ce sujet.

Les parties défendent des positions fortement contrastées, que soutiennent, de part et d'autre, certains intervenants. Je résumerai d'abord les moyens proposés par les appelantes, qu'appuie, en grande partie, l'un des intervenants, le Centre d'arbitrage

15

16

17

International Commercial Arbitration Centre (“the Centre”). I will then review the arguments made by the respondent and the other intervenors, the Union des écrivains et écrivains québécois (“the Union”) and the Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (“RAAV”). Those intervenors took the same position as Desputeaux on certain points.

commercial national et international du Québec (le « Centre »). Je rappellerai ensuite les arguments développés par l’intimée et par d’autres intervenants, l’Union des écrivains et écrivains québécois (l’« Union ») et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (« RAAV »). Ces intervenants défendent, sur certains points, la même position que M^{me} Desputeaux.

18

In the submission of the appellants, the arbitration award was valid. In their view, the legal approach taken by the Court of Appeal conflicted with the way that the civil and commercial arbitration function has been defined in most modern legal systems, and the decision-making autonomy that they recognize as inherent in that function. In particular, in the field of intellectual property itself, modern legal systems frequently use arbitration to resolve disputes (see M. Blessing, “Arbitrability of Intellectual Property Disputes” (1996), 12 *Arb. Int’l* 191, at pp. 202-3; W. Grantham, “The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes” (1996), 14 *Berkeley J. Int’l L.* 173, at pp. 199-219). On that point, the Centre pointed to the risks involved in the decision of the Court of Appeal and the need to protect the role of arbitration. In substance, Chouette and L’Heureux argued, first, that s. 37 of the *Copyright Act* did not prohibit arbitration of the ownership of copyright or the exercise of the associated moral rights. Nor do the provisions of the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure* prohibit an arbitrator from hearing those questions. In addition, an arbitrator may and must dispose of questions of public order that are referred to him or her, or are inherent in his or her terms of reference. Review of an arbitrator’s decision is strictly limited to the grounds set out in the *Code of Civil Procedure*, which allows an award to be annulled for violation of public order only where the outcome of the arbitration is contrary to public order. It is not sufficient that an error have been committed in interpreting and applying a rule of public order in order for a court to be able to set aside an arbitrator’s decision. The appellants also submitted that the matter of the status of the co-authors was before the arbitrator, and that he had complied with the relevant rules in conducting the arbitration, the arbitrator being in control of the procedure under the law. Chouette and

Selon les appelantes, la sentence arbitrale était valide. À leur avis, la Cour d’appel a adopté une approche juridique qui contredit les orientations adoptées par la plupart des systèmes de droit modernes à l’égard de la définition de la fonction de l’arbitrage civil et commercial et de la reconnaissance de son autonomie décisionnelle. Notamment, dans le domaine même du droit de la propriété intellectuelle, les droits modernes utilisent fréquemment l’arbitrage comme mode de règlement des différends (voir M. Blessing, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes » (1996), 12 *Arb. Int’l* 191, p. 202-203; W. Grantham, « The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes » (1996), 14 *Berkeley J. Int’l L.* 173, p. 199-219). Sur ce point, le Centre souligne les risques de la décision de la Cour d’appel et la nécessité de sauvegarder le rôle de l’arbitrage. En substance, Chouette et M^{me} L’Heureux plaident d’abord que l’art. 37 de la *Loi sur le droit d’auteur* n’interdit pas l’arbitrage sur les questions de propriété ou de titularité du droit d’auteur, ni sur l’exercice des droits moraux qui s’y rattachent. Les dispositions du *Code civil* et du *Code de procédure civile* ne défendent pas non plus à l’arbitre de se saisir de ces questions. De plus, l’arbitre peut et doit se prononcer sur les questions d’ordre public qui lui sont déférées ou qui se rattachent à sa mission. Le contrôle de sa décision est strictement limité aux motifs prévus au *Code de procédure civile*. Celui-ci n’autorise l’annulation de la sentence pour violation de l’ordre public que lorsque le résultat de l’arbitrage porte atteinte à celui-ci. Il ne suffit pas qu’une erreur ait été commise dans l’interprétation et l’application d’une règle d’ordre public pour que le tribunal judiciaire puisse invalider la décision de l’arbitre. Les appelantes ajoutent que l’arbitre a été saisi de la question du statut des coauteurs. Il a aussi conduit l’arbitrage dans le respect des règles pertinentes, la loi le laissant maître de la procédure.

L'Heureux concluded by saying that Mr. Rémillard could not be criticized for not ruling on the validity of the contracts, having regard to the *Act respecting the professional status of artists*. That question was not before him. What the judgment rendered by Bisailon J., who referred the dispute to arbitration, had done was to reserve consideration of the problem of the validity of the contracts between the parties to the Superior Court.

The respondent first challenged the arbitrator's definition of his terms of reference. She argued that he had broadened them improperly by wrongly finding that the ownership of the copyright and the status of L'Heureux and Desputeaux as co-authors were before him. She further argued that he had erred in narrowing that definition by failing to apply the mandatory rules in the *Act respecting the professional status of artists* and thereby failing to rule as to the validity of the contracts in issue. Desputeaux also criticized the conduct of the arbitration proceeding, alleging that the arbitrator had disposed of the copyright issue and of the moral rights resulting from the copyright without evidence. In her submission, s. 37 of the *Copyright Act* denied the arbitrator any jurisdiction in this respect. As well, the *Civil Code of Québec* also did not permit those matters to be submitted to arbitration because they are matters of public order. All that could be submitted to arbitration under the *Act respecting the professional status of artists* was questions relating purely to the interpretation and application of the contracts. Desputeaux's final submission was that the Superior Court could have reviewed the arbitration award based on any error made in interpreting or applying a rule of public order. The respondent argued that the award was vitiated by errors of that nature, and that those errors justified annulling the award. She therefore sought to have the appeal dismissed. The Union and the RAAV supported her arguments in respect of the nature of copyright, the arbitrator's jurisdiction and the application of rules of public order.

B. *The Arbitrator's Terms of Reference*

We need only consider the parties' arguments to see that there is a preliminary problem in analysing

Enfin, selon Chouette et M^{me} L'Heureux, on ne saurait faire grief à M^e Rémillard de ne pas s'être prononcé sur la validité des contrats à la lumière de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. Cette question ne se trouvait pas devant lui. Le jugement prononcé par le juge Bisailon, qui renvoyait le différend à l'arbitrage, avait en effet réservé à la Cour supérieure l'examen du problème de la validité des contrats intervenus entre les parties.

L'intimée s'en prend d'abord à la définition que l'arbitre a donnée à sa mission. D'une part, il l'aurait indûment étendue en s'estimant à tort saisi du problème de la propriété du droit d'auteur et de celui du statut de coauteur de M^{mes} L'Heureux et Desputeaux. D'autre part, il l'aurait restreinte par erreur en n'appliquant pas les règles impératives de la *Loi sur le statut professionnel des artistes* et en omettant ainsi de se prononcer sur la validité des contrats en litige. Madame Desputeaux critique de plus la conduite de la procédure arbitrale. Elle fait grief à l'arbitre d'avoir statué sans preuve sur le problème du droit d'auteur comme sur celui des droits moraux qui en découlent. À son avis, l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* niait toute compétence à l'arbitre dans ce domaine. De plus, le *Code civil du Québec* ne permettait pas non plus de soumettre ces questions à l'arbitrage en raison de leur caractère d'ordre public. Seules de pures questions d'interprétation et d'application des contrats pouvaient être soumises à l'arbitrage en vertu de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. Enfin, selon M^{me} Desputeaux, la Cour supérieure pouvait réviser la sentence arbitrale pour toute erreur commise dans l'interprétation ou l'application d'une règle d'ordre public. L'intimée plaide que la sentence est entachée d'erreurs de cette nature, dont la présence justifie son annulation. Elle demande donc le rejet du pourvoi. L'Union et le RAAV soutiennent ses prétentions au sujet de la nature du droit d'auteur, de la compétence arbitrale et de la mise en œuvre de l'ordre public.

B. *La mission arbitrale*

Le seul rappel des prétentions des parties démontre l'existence d'un problème préliminaire dans

this appeal. It would be difficult to assess the weight of the substantive law arguments made by either party, or the justification for intervention by the Superior Court, without first identifying the issues that were in fact before the arbitrator, either at the behest of the parties or pursuant to the earlier decisions of the courts. Simply by identifying those issues, we will be able to eliminate, or at least to narrow, certain questions of law or procedure. That would be the case if, for example, we were to conclude that the problem of ownership of the copyright was not before the arbitrator, by reason of the legislation that governed his decision. The award could then be annulled on that ground alone, under art. 946.4, para. 4 *C.C.P.*

21 The question of the scope of the arbitrator's mandate has influenced the course of the judicial proceedings in this case from the outset. There are serious difficulties involved in this problem, both because of the manner in which the arbitration proceedings were conducted and because of how the application for annulment that is now before this Court has been conducted. We can only regret that the parties and the arbitrator did not clearly define what his terms of reference included. That precaution would probably have reduced the number and length of the conflicts between the parties.

22 The parties to an arbitration agreement have virtually unfettered autonomy in identifying the disputes that may be the subject of the arbitration proceeding. As we shall later see, that agreement comprises the arbitrator's terms of reference and delineates the task he or she is to perform, subject to the applicable statutory provisions. The primary source of an arbitrator's competence is the content of the arbitration agreement (art. 2643 *C.C.Q.*). If the arbitrator steps outside that agreement, a court may refuse to homologate, or may annul, the arbitration award (arts. 946.4, para. 4 and 947.2 *C.C.P.*). In this case, the arbitrator's terms of reference were not defined by a single document. His task was delineated, and its content determined, by a judgment of the Superior Court, and by a lengthy exchange of correspondence and pleadings between the parties and Mr. Rémillard.

l'analyse de ce pourvoi. On ne saurait guère apprécier la pertinence des moyens de droit substantiel avancés de part et d'autre, ni la justification d'une intervention de la Cour supérieure, sans identifier au préalable les questions dont les parties ou les décisions antérieures des tribunaux avaient effectivement saisi l'arbitre. Ce seul examen peut éliminer, ou du moins circonscrire, certaines questions de droit ou de procédure. Tel serait le cas si, par exemple, l'on devait conclure que l'arbitre n'avait pas été saisi du problème de la titularité du droit d'auteur, en raison de la législation qui encadre son intervention. Ce seul moyen justifierait l'annulation de la sentence, suivant l'art. 946.4, par. 4 *C.p.c.*

La question de l'étendue du mandat de l'arbitre influence le cours des procédures judiciaires dans ce dossier depuis son origine. Ce problème présente des difficultés sérieuses tant en raison du déroulement des procédures arbitrales que de celui de la demande d'annulation dont notre Cour est maintenant saisie. On peut seulement regretter que les parties et l'arbitre n'aient pas défini clairement le contenu de la mission arbitrale. Une telle précaution aurait probablement limité et abrégé les conflits entre les parties.

Les parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage. Tel que nous le verrons par la suite, cette convention constitue l'acte de mission de l'arbitre et définit le cadre fondamental de son intervention, sous réserve des dispositions législatives pertinentes. En effet, la source première de la compétence d'un arbitre réside dans le contenu de la convention d'arbitrage (art. 2643 *C.c.Q.*). Si l'arbitre excède cette convention, un tribunal pourra refuser d'homologuer ou encore annuler la sentence arbitrale (art. 946.4, par. 4 et art. 947.2 *C.p.c.*). Dans le présent litige, la mission arbitrale n'est pas définie par un document unique. Son cadre et son contenu ont été établis par un jugement de la Cour supérieure, ainsi que par un ensemble d'échanges épistolaires ou procéduraux entre les parties et M^e Rémillard.

First, however, we must note the importance of the judgment of the Superior Court rendered by Bisaillon J. As mentioned earlier, the parties' court battles had begun with the filing by Chouette of a motion for declaratory judgment. Chouette wanted to have the agreements between it and Desputeaux and L'Heureux declared to be valid, and its exclusive distribution rights in Caillou confirmed. Relying on s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists*, the respondent brought a declinatory exception seeking to have the dispute referred to an arbitrator. Bisaillon J. allowed the motion in part. He referred the case to arbitration, except the question of the actual existence of the contract, and the validity of that contract, which, in his opinion, fell within the jurisdiction of the Superior Court. That judgment, which has never been challenged, limits the arbitrator's competence by removing any consideration of the problems relating to the validity of the agreements from him. That restriction necessarily included any issues of nullity based on compliance by the agreements with the requirements of the *Act respecting the professional status of artists*. The tenor of the judgment rendered by Bisaillon J. means that one of the respondent's criticisms, her complaint that he had not considered or applied that Act, may therefore be rejected immediately. Given the decision of the Superior Court, the arbitrator had to proceed on the basis that this problem was not before him. What now remains to be determined is whether the question of copyright, and ownership of that copyright, was before Mr. Rémillard.

On this point, we must refer to the materials exchanged by the parties. The arbitration agreement in question in this case took the form of an exchange of letters rather than a single, complete instrument exhaustively stipulating all the parameters of the arbitration proceeding. While we may regret that the parties thus failed to circumscribe the arbitrator's powers more clearly, we must acknowledge that the rule made by the legislature in this respect was a very flexible one, despite the requirement that there be a written instrument: "An arbitration agreement shall be evidenced in writing; it is deemed to be evidenced in writing if it is contained in an exchange of communications which attest to its existence or in an exchange of proceedings in which its existence

Cependant, il importe tout d'abord de souligner l'importance du jugement de la Cour supérieure prononcé par le juge Bisaillon. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'affrontement judiciaire entre les parties avait débuté par le dépôt d'une requête pour jugement déclaratoire par Chouette. Celle-ci désirait faire déclarer valides les conventions la liant à M^{mes} Desputeaux et L'Heureux et confirmer ses droits à l'exclusivité de la diffusion de Caillou. Se fondant sur l'art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*, l'intimée a présenté un moyen déclinatoire visant le renvoi du litige devant un arbitre. Le juge Bisaillon fit droit en partie à cette demande. Il renvoya le dossier à l'arbitrage, à l'exception de la question de l'existence même du contrat et de sa validité qui, à son avis, relevait de la compétence de la Cour supérieure. Ce jugement, qui n'a jamais été attaqué, limite à la compétence de l'arbitre en lui retirant l'examen des problèmes de validité des ententes intervenues. Cette restriction incluait nécessairement les moyens de nullité fondés sur la conformité des conventions aux exigences de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. La teneur du jugement prononcé par le juge Bisaillon permet ainsi d'écarter immédiatement l'un des griefs de l'intimée lorsqu'elle lui reproche de ne pas avoir examiné ni appliqué cette loi. Devant la décision de la Cour supérieure, l'arbitre devait tenir pour acquis qu'il n'était pas saisi de ce problème. Il reste maintenant à examiner si la question du droit d'auteur et de sa titularité se trouvait devant M^e Rémillard.

À ce sujet, il faut s'en rapporter aux échanges entre les parties. La convention d'arbitrage étudiée dans le présent dossier revêt la forme d'un échange de lettres plutôt que celle d'un acte unique et complet, stipulant d'une façon exhaustive l'ensemble des paramètres de la procédure d'arbitrage. Si l'on peut regretter que les parties aient ainsi omis de circonscrire de façon plus claire les pouvoirs de l'arbitre, reconnaissons cependant que le législateur a prévu une règle très souple à cet égard, en dépit de la nécessité de l'écrit : « La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée

is alleged by one party and is not contested by the other party” (art. 2640 C.C.Q.).

par une partie et non contestée par l’autre » (art. 2640 C.c.Q.).

25

Neither the courts below nor the arbitrator dwelt at length on the question of the actual content of the arbitration agreement. By letter dated May 13, 1997, the arbitrator confirmed his mandate to the parties, but he did not specify the scope of his terms of reference (Appellants’ Record, at p. 61). There is no clear statement by the arbitrator in the arbitration award of the limits of his competence, with the exception of a few comments asserting that he was competent to interpret the contracts, but not to nullify them (see, for example, pp. 11 and 15 of the arbitration award and the first “Whereas” in the award (Appellants’ Record, at pp. 65 *et seq.*)).

Les juridictions inférieures, ainsi que l’arbitre, se sont peu attardées à définir le contenu effectif de la convention d’arbitrage. L’arbitre a confirmé l’existence de son mandat aux parties par une lettre datée du 13 mai 1997, sans toutefois préciser l’étendue de sa mission (dossier des appelantes, p. 61). Dans la sentence arbitrale, on ne retrouve aucun exposé dans lequel l’arbitre énonce clairement les limites de sa compétence, à l’exception de quelques affirmations selon lesquelles il est compétent pour interpréter les contrats, mais non pour les invalider (voir, par exemple, les p. 11 et 15 de la sentence arbitrale ainsi que le premier « Attendu » de la sentence (dossier des appelantes, p. 65 *et suiv.*)).

26

Nor does the succinct decision given by the Superior Court contain any indication as to the scope of the arbitrator’s mandate. On that point, Guthrie J. simply said, at p. 3, without discussing the content of the agreement:

La décision succincte de la Cour supérieure ne contient pas non plus d’indications sur l’étendue du mandat de l’arbitre. Sur cette question, le juge Guthrie a simplement affirmé à la p. 3, sans discuter du contenu de la convention, que :

[TRANSLATION] Whereas the applicant has not proved that the arbitration award dealt with a dispute that was not covered by the provisions of the arbitration agreement;

Considérant que la requérante n’a pas prouvé que la sentence arbitrale porte sur un différend n’entrant pas dans les prévisions de la convention d’arbitrage;

The Court dismissed the amended motion with costs.

Le Tribunal rejette la requête amendée avec dépens.

Thus the trial judge failed to consider the question of the scope of the agreement having regard to all of the facts, although the evidence in the record shows that this question was argued before him. Guthrie J. in fact refused to hear evidence concerning the argument made as to the scope of the arbitrator’s mandate, because there was no transcript of argument before the arbitrator. (Excerpts from counsel’s argument, Respondent’s Record, at pp. 10 *et seq.*; Respondent’s Factum, at para. 25; see also the amended motion by the respondent-applicant Hélène Desputeaux seeking to have the arbitration award annulled, October 28, 1997, Appellants’ Record, at pp. 14 *et seq.*)

Le premier juge a ainsi omis d’étudier la question de l’étendue de la convention à la lumière de l’ensemble des faits, bien que la preuve au dossier démontre que cette question avait été débattue devant lui. Le juge Guthrie a d’ailleurs refusé d’entendre la preuve relative aux débats sur l’étendue du mandat de l’arbitre, faute de transcription des débats devant ce dernier. (Extraits de l’argumentation des avocats, dossier de l’intimée, p. 10 *et suiv.*; mémoire de l’intimée, par. 25; voir également la requête amendée de l’intimée-requérante Hélène Desputeaux pour annuler une sentence arbitrale, 28 octobre 1997, dossier des appelantes, p. 14 *et suiv.*)

27

The Court of Appeal also addressed the question of the limits placed on the arbitrator’s mandate

La Cour d’appel n’a également traité que brièvement de la question des limites conventionnelles du

by the agreement only briefly. It found that [TRANSLATION] “[i]t is difficult to argue, when we consider the relief sought by counsel for the appellant in the statement of facts that they submitted to the arbitrator, that the arbitration award dealt with a dispute that was not specifically mentioned in the arbitration agreement” (para. 31).

In the appellants’ submission, the arbitrator’s mandate was such that it was open to him to address the co-authorship question. The arbitrator was competent to interpret the contracts submitted to arbitration. In fact, art. 1 of the licence contract states that the appellant L’Heureux and the respondent are co-authors. Desputeaux analysed the content of the arbitrator’s mandate much more restrictively. In her submission, the parties had agreed that the arbitrator was not to dispose of the co-authorship question. She further criticized the arbitrator for not having expressly stated that he was competent to dispose of that matter, and argued that this failure had made it impossible for her to contest that competence or place the relevant evidence on the record.

Although the letters exchanged by the parties in this respect were not reproduced in the appeal record, we do have a description of the content of those letters in the amended motion introduced by Ms. Desputeaux in the Superior Court, seeking to have the arbitration award annulled (amended motion of the respondent-applicant Hélène Desputeaux for annulment of an arbitration award, October 28, 1997, Appellants’ Record, at pp. 12 *et seq.*). It seems that the first proposed mandate was prepared by Chouette on May 20, 1997. That proposal clearly addressed the question of co-authorship. In para. 8.1c), it said: [TRANSLATION] “[i]n the event of a decision favourable to Hélène Desputeaux on the interpretation of contracts R-1 (RR-3) and R-2 (RR-5), arbitration on the concept of co-authorship in order to establish the parties’ rights”. The respondent replied to that proposal on May 21, 1997, stating the question of co-ownership status as follows: [TRANSLATION] “Whether or not the decision is favourable to our client, are Ms. L’Heureux and Ms. Desputeaux the co-authors of Caillou?” On May 23, 1997, the appellant Chouette sent the respondent a true copy

mandat de l’arbitre. Elle a estimé que « [l]’examen des conclusions recherchées par les avocats de l’appelante dans leur exposé des faits soumis à l’arbitre permet difficilement de prétendre que la sentence arbitrale porte sur un différend qui n’était pas spécifiquement mentionné dans la convention d’arbitrage » (par. 31).

Selon les appelantes, le mandat de l’arbitre lui permettait de trancher la question des coauteurs. En effet, l’arbitre avait compétence pour interpréter les contrats soumis à l’arbitrage. D’ailleurs, l’article 1 du contrat d’exploitation affirme que l’appelante L’Heureux et l’intimée sont coauteurs. Madame Desputeaux analyse beaucoup plus restrictivement le contenu du mandat de l’arbitre. À son avis, les parties avaient convenu que l’arbitre ne devait pas se prononcer sur la question des coauteurs. Elle reproche de plus à l’arbitre de ne pas avoir expressément déclaré qu’il avait compétence sur le sujet. Cette omission l’aurait privée de la possibilité de contester l’existence de cette compétence ou de déposer la preuve pertinente au dossier.

Bien que les lettres échangées entre les parties à ce propos n’aient pas été reproduites au dossier d’appel, on retrouve cependant un exposé de leur contenu dans la requête amendée que M^{me} Desputeaux avait introduite devant la Cour supérieure afin de faire annuler la sentence arbitrale (requête amendée de l’intimée-requérante Hélène Desputeaux pour annuler une sentence arbitrale, 28 octobre 1997, dossier des appelantes, p. 12 *et suiv.*). Il semble que la première proposition de mandat ait été formulée par Chouette le 20 mai 1997. Cette proposition visait clairement la question des coauteurs. On pouvait y lire, au par. 8.1c) : « [e]n cas de décision favorable à Hélène Desputeaux quant à l’interprétation des contrats R-1 (RR-3) et R-2 (RR-5), arbitrage sur la notion des coauteurs dans le but d’établir le droit des parties ». L’intimée répondit à cette proposition dès le 21 mai 1997, en formulant ainsi la question sur le statut des coauteurs : « Que la décision soit ou non favorable à notre cliente, M^{me} L’Heureux et M^{me} Desputeaux sont-elles coauteurs de Caillou? » Le 23 mai 1997, l’appelante Chouette faisait parvenir à l’intimée une copie conforme d’une lettre transmise à l’arbitre,

of a letter sent to the arbitrator in which the following passages, concerning the arbitrator's mandate, appear:

[TRANSLATION] Accordingly, before going any further and before considering any other question, we should determine what interpretation is indicated by Exhibits R-1 (RR-3) and R-2 (RR-5), we should see whether they are compatible and see what obligations they indicate for each of the parties.

When that question has been disposed of, in accordance with your decision, we will be able to consider what financial obligation arises from those contracts, and the question of co-authorship.

30

On June 3, 1997, the respondent sent her record to the arbitrator; it included documents that were relevant in establishing copyright. On June 9, 1997, she again defined the arbitrator's mandate, in response to another letter sent to the parties by the arbitrator on June 4, 1997 (unfortunately not reproduced in the record). She confirmed at that time that she understood from that letter that the arbitrator intended to rule on the question of co-authorship. She then described the scope of the arbitrator's mandate as follows:

[TRANSLATION] Mr. Rémillard will therefore consider the question of the real scope of Exhibits R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) and R-3 (RR-15) and of what powers are available to Les Éditions Chouette (1987) inc. (point a) of your letter of May 20, 1997).

In our view, that interpretation will necessarily lead to the question of co-authorship, which you raised at the beginning of your letters of June 4, 1997, and May 20, 1997. Mr. Rémillard will have to tell us whether Exhibits R-1 (RR-3) and R-3 (RR-15), as interpreted in the entire context of the contractual relationship between the parties, is or is not an agreement between co-authors concerning their respective rights and obligations. . . .

31

On June 11, 1997, the appellant Chouette sent its final proposal for a mandate to the respondent and the arbitrator. It states as follows:

[TRANSLATION] For our part, we in fact continue to believe that we should first address the interpretation of Exhibits R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) and R-3 (RR-15), which obviously cannot be separated from their context.

The other stage, the question of co-authorship, we are keeping on the agenda, and we are certain that

dans laquelle on lisait les passages suivants à propos du mandat de l'arbitre :

Il y a donc lieu, avant d'aller plus loin et avant d'examiner toute autre question, de déterminer l'interprétation qui découle des pièces R-1 (RR-3) et R-2 (RR-5), de voir si elles sont compatibles et de voir les obligations qui en découlent pour chacune des parties.

Lorsque cette question aura été tranchée, selon le sens de votre décision, nous pourrions examiner l'obligation financière qui découle de ces contrats de même que la question des coauteurs.

Le 3 juin 1997, l'intimée transmettait à l'arbitre son dossier, qui comprenait notamment des documents relatifs à l'établissement des droits d'auteur. Le 9 juin 1997, elle définissait une nouvelle fois le mandat de l'arbitre en réponse à une lettre de ce dernier envoyée aux parties le 4 juin 1997 (malheureusement non reproduite au dossier). Elle confirmait alors qu'elle comprenait de cette lettre que l'arbitre avait l'intention de se prononcer sur la question des coauteurs. Puis, elle décrivait ainsi l'étendue du mandat de l'arbitre :

Ainsi, M^e Rémillard se demandera quelle est la portée réelle des pièces R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) et R-3 (RR-15) et quelles [*sic*] sont les pouvoirs à la disposition de Les Éditions Chouette (1987) inc. (point a) de votre lettre du 20 mai 1997).

À nos yeux cette interprétation conduira nécessairement sur la question des coauteurs, laquelle question vous soulevez au début de votre lettre datée du 4 juin 1997 et dans celle du 20 mai 1997. M^e Rémillard devra nous dire si les pièces R-1 (RR-3) et R-3 (RR-15), telles qu'elles s'interprètent dans le contexte de l'ensemble des relations contractuelles entre les parties, constituent ou non une entente entre des coauteurs sur leurs droits et obligations respectifs . . .

Le 11 juin 1997, l'appelante Chouette transmettait à l'intimée et à l'arbitre sa dernière proposition de mandat. On peut y lire ce qui suit :

Quant à nous, nous continuons effectivement de croire qu'il y a lieu de procéder dans un premier temps sur l'interprétation des pièces R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) et R-3 (RR-15) qu'on ne peut évidemment dissocier de leur contexte.

L'autre étape, soit celle des co-auteurs, nous la gardons au programme et nous sommes certains que Me Rémillard a

Me Rémillard has complete competence to hear it. However, we still maintain that in the event that the interpretation of the contracts, Exhibits R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) and R-3 (RR-15), is favourable to us, that discussion will be moot. We are therefore not committing ourselves to proceed on that subject.

The letter goes on to say, in respect of evidence that might be presented:

[TRANSLATION] Obviously, if the discussion goes ahead on the question of the co-authorship concept, we reserve the right to reverse this decision and require that witnesses be heard and additional exhibits be introduced.

On June 11, 1997, the respondent ultimately reconsidered her understanding of the mandate, in the last letter exchanged between the parties. According to that letter, the question of co-authorship had been suspended and the arbitrator's competence in that respect depended on a new mandate being negotiated.

[TRANSLATION] We note that we are in minimal agreement to proceed in respect of the interpretation of Exhibits R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) and R-3 (RR-15).

We shall therefore proceed on that clearly stated question. With respect to the other stages you suggest, we shall see whether it is possible to agree on a mandate that could be given to an arbitrator. We are not committing ourselves to any agreement in this respect and we reiterate our earlier correspondence.

That same day, adding to the confusion, the respondent amended the statement of facts she had submitted to the arbitrator, contradicting what it had said earlier. It now again sought to have the arbitrator rule as to the status of L'Heureux and the respondent as co-authors:

[TRANSLATION] FOR ALL OF THE FOREGOING REASONS, MS. DESPUTEUX ASKS THE HONOURABLE ARBITRATOR: . . . TO INTERPRET that, in accordance with the publishing contracts, Exhibit R-2, Ms. Desputeaux is the sole author and sole owner of the copyright in her illustrations of the Caillou character and in the character itself;

Subsequently, counsel for the respondent removed from the record all of the exhibits that could have been used by their client as evidence on the question of co-authorship. In the appellants' submission, and in the opinion of the Court of Appeal,

toute compétence pour l'entendre. Cependant, nous continuons de maintenir que dans la mesure où l'interprétation des contrats R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) et R-3 (RR-15) nous sera favorable, cette discussion sera inutile. Nous ne nous engageons donc pas à procéder à ce sujet.

Et, plus loin, à propos de la preuve éventuelle :

Évidemment, si la discussion se poursuit du côté de la notion des co-auteurs, nous nous réservons le droit de faire volte-face et de requérir l'audition de témoins et la production de pièces supplémentaires.

Enfin, le 11 juin 1997, l'intimée revenait sur sa compréhension du mandat dans la dernière lettre échangée par les parties. Selon les termes de cette lettre, la question des coauteurs aurait été suspendue et la compétence de l'arbitre sur ce sujet aurait été tributaire de la négociation d'un nouveau mandat.

Nous constatons que nous nous entendons minimalement pour procéder sur l'interprétation des pièces R-1 (RR-3), R-2 (RR-5) et R-3 (RR-15).

Nous procéderons donc sur cette question clairement établie. Pour les autres étapes que vous suggérez, nous verrons s'il y a possibilité de s'entendre sur un éventuel mandat qui serait donné à un arbitre. Nous ne souscrivons à aucun engagement à cet égard et réitérons notre précédente correspondance.

Ajoutant à la confusion, au cours de cette même journée, l'intimée modifiait son exposé des faits soumis à l'arbitre en sens contraire. On y retrouvait encore une conclusion demandant à l'arbitre de se prononcer sur le statut de coauteure de M^{me} L'Heureux et de l'intimée :

POUR TOUT CE QUI PRÉCÈDE, MME DESPUTEUX DEMANDE À L'HONORABLE ARBITRE : [. . .] D'INTERPRÉTER que conformément aux contrats d'édition R-2 Mme Desputeaux est la seule auteure et la seule propriétaire des droits d'auteur sur ses illustrations du personnage Caillou comme sur le personnage lui-même;

Ultérieurement, les procureurs de l'intimée faisaient retirer du dossier l'ensemble des pièces qui auraient servi à la preuve de leur cliente au sujet de la question du statut de coauteure. Selon les appelantes et la Cour d'appel, l'étendue du mandat

32

33

34

the scope of the arbitrator's mandate is confirmed by the statement of the relief sought by the respondent in her statement of facts. In their view, the respondent cannot both expressly ask the arbitrator to rule on a question and subsequently argue that he exceeded his mandate by ruling on the question (see Court of Appeal decision, at para. 31). However, the respondent now replies that the relief she sought was amended before the arbitrator, and that he annotated the statement of facts on the first day of the arbitration proceeding. Guthrie J. of the Superior Court refused to admit the annotated version of the statement of facts, and no copy was introduced by the parties in this Court. We therefore cannot consider that amendment to be an established fact in determining the scope of the mandate assigned to Mr. Rémillard.

de l'arbitre est confirmée par cette conclusion de l'intimée dans son exposé des faits. À leur avis, cette dernière ne peut à la fois demander expressément à l'arbitre de se prononcer sur une question et invoquer ultérieurement qu'il a outrepassé son mandat en se prononçant sur cette question (voir arrêt de la Cour d'appel, par. 31). Cependant, l'intimée répond maintenant que ses conclusions ont été modifiées devant l'arbitre et qu'il a annoté l'exposé des faits lors de la première journée de la procédure arbitrale. Le juge Guthrie de la Cour supérieure a refusé le dépôt de la version annotée de l'exposé des faits et aucune copie n'en a été déposée par les parties devant notre Cour. L'on ne saurait alors considérer cette modification comme un fait établi pour conclure sur l'étendue du mandat confié à M^e Rémillard.

35

Despite the unfortunate uncertainties that remain as to the procedure followed in defining the terms of reference for the arbitration, they necessarily included the problem referred to as "co-authorship" in the context of this case. In order to understand the scope of the arbitrator's mandate, a purely textual analysis of the communications between the parties is not sufficient. The arbitrator's mandate must not be interpreted restrictively by limiting it to what is expressly set out in the arbitration agreement. The mandate also includes everything that is closely connected with that agreement, or, in other words, questions that have [TRANSLATION] "a connection with the question to be disposed of by the arbitrators with the dispute submitted to them" (S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec: droit interne — droit international privé* (1991), at p. 115). Since the 1986 arbitration reforms, the scope of arbitration agreements has been interpreted liberally (N. N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges* (1998), at p. 103; *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. v. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), at pp. 1185-86, *per* Rothman J.A.). From a liberal interpretation of the arbitration agreement, based on identification of the objectives of the agreement, we can conclude that the question of co-authorship was intrinsically related to the other questions raised by the arbitration agreement. For example, in order to determine the rights of Chouette to produce and sell products

Malgré les incertitudes déplorables qu'a laissées la procédure suivie pour définir la mission arbitrale, celle-ci comprenait nécessairement le problème dit des « coauteurs » dans le contexte de cette affaire. Pour comprendre la portée du mandat de l'arbitre, il ne suffit pas de se livrer à une analyse purement textuelle des communications entre les parties. Il ne faut pas interpréter le mandat de l'arbitre de façon restrictive en le limitant à ce qui est expressément énoncé à la convention d'arbitrage. Le mandat s'étend aussi à tout ce qui entretient des rapports étroits avec cette dernière, ou, en d'autres mots, aux questions qui entretiennent un « lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis » (S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne — droit international privé* (1991), p. 115). Depuis les réformes de l'arbitrage de 1986, l'étendue des conventions d'arbitrage fait l'objet d'une interprétation libérale (N. N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges* (1998), p. 103; *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), p. 1185-1186, le juge Rothman). Une interprétation libérale de la convention d'arbitrage, fondée sur la recherche de ses objectifs, permet de conclure que la question des coauteurs était intrinsèquement liée à la détermination des autres questions soulevées par la convention d'arbitrage. Par exemple, afin de déterminer les droits de Chouette de fabriquer et de vendre

derived from Caillou, it is necessary to ascertain whether the owners of the copyright in Caillou assigned their patrimonial rights to Chouette. In order to answer that question, we must then identify the authors who were authorized to assign their patrimonial rights in the work.

Certain elements of the letters exchanged by the parties and of the arbitration award confirm the validity of that interpretation. For instance, in her letter of June 9, 1997, the respondent said that the interpretation of the contracts and the determination of the powers held by the appellant Chouette [TRANSLATION] “will necessarily lead to the question of co-authorship” (amended motion of the respondent-applicant Desputeaux to have an arbitration award annulled, Appellants’ Record, at p. 16). In reply to that letter, Chouette pointed out that in the event that the interpretation of the contracts was favourable to it, the discussion of the question of co-authorship would become moot (amended motion of the respondent-applicant Desputeaux to have an arbitration award annulled, Appellants’ Record, at p. 17). In addition, the following passage from p. 7 of the arbitration award indicates that the interpretation of the contracts in respect of ownership of the copyright is connected with questions relating to the powers of Chouette and the economic and moral rights associated with the commercial exploitation of the Caillou character:

[TRANSLATION] The respective claims of the parties are based on ownership of the copyright in Caillou. What we must do is define that concept, in accordance with the law. We must determine whether those rights apply to everything connected with Caillou, or only in respect of some of the components, if there is more than one owner of the copyright; we must also determine the respective shares both of the economic and moral rights deriving from the original literary and artistic production and of the rights in what are referred to as “derivative products”.

Section 37 of the *Act respecting the professional status of artists* provides that every dispute arising from the interpretation of a contract between an artist and a promoter shall be submitted to an arbitrator. The nature of the questions of interpretation submitted to the arbitrator meant that it was necessary to consider the problem of ownership of

des produits dérivés de Caillou, il est nécessaire de vérifier si les titulaires des droits d’auteur de Caillou lui ont cédé leurs droits patrimoniaux. La réponse à cette question exige alors l’identification des auteurs autorisés à céder leurs droits patrimoniaux sur l’œuvre.

Certains éléments des lettres échangées par les parties et de la sentence arbitrale confirment la validité de cette interprétation. Ainsi, dans sa lettre du 9 juin 1997, l’intimée a affirmé que l’interprétation des contrats et la détermination des pouvoirs que possède l’appelante Chouette, « conduira nécessairement sur la question des coauteurs » (requête amendée de l’intimée-requérante Desputeaux pour annuler une sentence arbitrale, dossier des appelantes, p. 16). En réponse à cette communication, Chouette souligne que, dans la mesure où l’interprétation des contrats lui serait favorable, la discussion sur la question des coauteurs deviendrait inutile (requête amendée de l’intimée-requérante Desputeaux pour annuler une sentence arbitrale, dossier des appelantes, p. 17). De plus, le passage suivant de la p. 7 de la sentence arbitrale indique que l’interprétation des contrats en ce qui concerne la titularité des droits d’auteur entretient un lien de connexité avec les questions liées aux pouvoirs de Chouette et aux droits économiques et moraux découlant de l’exploitation commerciale du personnage Caillou :

Les prétentions respectives des parties découlent de la titularité des droits d’auteur à l’égard de Caillou. Il s’agit de définir ce concept selon la loi. Il faudra déterminer si ces droits s’appliquent à tout ce qui se rattache à Caillou, ou à l’égard de quelques-unes des composantes seulement, s’il y a plus d’un titulaire des droits d’auteur; il faudra également faire la part respective tant des droits économiques et moraux découlant de la production littéraire et artistique originale que de ceux dits des « produits dérivés ».

L’article 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes* prévoit que tout différend sur l’interprétation d’un contrat entre un artiste et un diffuseur doit être soumis à un arbitre. La nature des questions d’interprétation soumises à l’arbitre exigeait l’examen du problème de la titularité du droit d’auteur. Celui-ci s’avérait intimement et nécessairement lié

the copyright. Plainly, that problem was intimately and necessarily connected to the interpretation and application of the agreements that the arbitrator had to examine. Because that question was in fact before the arbitrator, we must now consider whether the applicable legislation prohibited consideration of the question being assigned to him, as the respondent argues. Desputeaux's argument on that point is two-pronged. The first part is based on federal copyright legislation, which, in her submission, prohibits the question of the intellectual property in a work being referred to arbitration. The second is based on the provisions of the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*, which provide that questions relating to personality rights may not be referred to arbitration. As we know, the decision that is on appeal here accepted both elements of that argument.

C. *Section 37 of the Copyright Act and Arbitration of Disputes Relating to Copyright*

38

In the opinion of the Court of Appeal, s. 37 of the *Copyright Act* prevented the arbitrator from ruling on the question of copyright, since that provision assigns exclusive jurisdiction to the Federal Court, concurrently with the provincial courts, to hear and determine all proceedings relating to the Act (para. 41). With respect, in my view the Court of Appeal has substantially and incorrectly limited the powers of arbitrators in relation to copyright. Its approach is inconsistent with the trend in the case law and legislation, which has been, for several decades, to accept and even encourage the use of civil and commercial arbitration, particularly in modern western legal systems, both common law and civil law.

39

The purpose and context of s. 37 of the *Copyright Act* demonstrate that it has two objectives. First, its intention is to affirm the jurisdiction that the provincial courts, as a rule, have in respect of private law matters concerning copyright. Second, it is intended to avoid fragmentation of trials concerning copyright that might result from the division of jurisdiction *ratione materiae* between the federal and provincial courts in this field.

40

The respondent's argument is that s. 37 of the *Copyright Act* does not permit questions of

à l'interprétation et à l'application des ententes que l'arbitre devait étudier. Puisque l'arbitre était effectivement saisi de cette question, il faut maintenant examiner si la législation applicable interdisait de lui en confier l'étude, comme le plaide l'intimée. À cette fin, M^{me} Desputeaux présente son moyen en deux volets. Le premier repose sur la législation fédérale concernant le droit d'auteur qui, à son avis, interdirait de renvoyer la question de la propriété intellectuelle d'une œuvre à l'arbitrage. Le second invoque les dispositions du *Code civil* et du *Code de procédure civile* qui feraient obstacle au renvoi à l'arbitrage de questions relevant des droits de la personnalité. Comme on le sait, l'arrêt d'appel a retenu les deux branches de ce moyen.

C. *L'article 37 de la Loi sur le droit d'auteur et l'arbitrage des différends relatifs au droit d'auteur*

Selon la Cour d'appel, l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* empêchait l'arbitre de statuer sur la question des droits d'auteur puisque cette disposition attribuerait une compétence exclusive à la Cour fédérale, concurrentement avec les tribunaux provinciaux, pour connaître de toute procédure liée à la Loi (par. 41). Avec égards, à mon avis, la Cour d'appel restreint considérablement et erronément les pouvoirs des arbitres en matière de droits d'auteur. Son approche contredit le mouvement jurisprudentiel et législatif qui, depuis quelques décennies, accepte et même favorise le recours à l'arbitrage civil et commercial, notamment dans les droits occidentaux modernes, en common law comme en droit civil.

L'objet et le contexte de l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* démontrent que cette disposition vise deux objectifs. Premièrement, elle entend affirmer la compétence de principe des tribunaux provinciaux dans les litiges de droit privé concernant les droits d'auteur. Elle vise ensuite à éviter la fragmentation des procès concernant les droits d'auteur en raison du partage des compétences matérielles entre les tribunaux fédéraux et provinciaux dans ce domaine.

Selon l'argumentation de l'intimée, l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne permettrait le renvoi des

copyright to be referred anywhere other than to the public judicial system. Both Parliament and the provincial legislature, however, have themselves recognized the existence and legitimacy of the private justice system, often consensual, parallel to the state's judicial system. In Quebec, for example, recognition of arbitration is reflected in art. 2638 *C.C.Q.*, which defines an arbitration agreement as "a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts". The *Civil Code* excludes from arbitration only "[d]isputes over the status and capacity of persons, family members or other matters of public order" (art. 2639 *C.C.Q.*). In like manner, the Parliament of Canada has recognized the legitimacy and importance of arbitration, for example by enacting the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.). That Act makes the *Commercial Arbitration Code*, which is based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, applicable to disputes involving the Canadian government, a departmental corporation or a Crown corporation or in relation to maritime or admiralty matters. Article 5 of the Code in fact makes arbitration the preferred method of resolving disputes in matters to which it applies.

However, an arbitrator's powers normally derive from the arbitration agreement. In general, arbitration is not part of the state's judicial system, although the state sometimes assigns powers or functions directly to arbitrators. Nonetheless, arbitration is still, in a broader sense, a part of the dispute resolution system the legitimacy of which is fully recognized by the legislative authorities.

The purpose of enacting a provision like s. 37 of the *Copyright Act* is to define the jurisdiction *ratione materiae* of the courts over a matter. It is not intended to exclude arbitration. It merely identifies the court which, within the judicial system, will have jurisdiction to hear cases involving a particular subject matter. It cannot be assumed to exclude arbitral jurisdiction unless it expressly so states. Arbitral jurisdiction is now part of the justice system of

questions de droits d'auteur qu'à la justice publique. Pourtant, le législateur, fédéral ou provincial, accepte lui-même la légitimité et la présence de cette justice privée, souvent consensuelle, parallèle à celle des tribunaux étatiques. Ainsi, au Québec, cette reconnaissance de l'arbitrage se reflète à l'art. 2638 *C.c.Q.* qui définit la convention d'arbitrage comme étant « le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux ». Le *Code civil* n'exclut de l'arbitrage que « le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public » (art. 2639 *C.c.Q.*). De manière analogue, le Parlement du Canada a reconnu la légitimité et l'importance de la justice arbitrale, notamment en adoptant la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.). Cette loi rend le *Codé d'arbitrage commercial*, fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, applicable aux litiges impliquant le gouvernement canadien, un établissement public, ou une société d'État, ou qui soulèvent une question de droit maritime. L'article 5 de ce code fait d'ailleurs de l'arbitrage le moyen privilégié de règlement des différends dans les domaines où il s'applique.

Toutefois, les compétences de l'arbitre découlent habituellement de la convention d'arbitrage. En général, l'arbitrage ne fait pas partie de la structure judiciaire étatique, bien que l'État attribue parfois directement des compétences ou des fonctions aux arbitres. L'institution arbitrale demeure cependant, en un sens plus large, une partie du système de règlement des litiges, dont le législateur reconnaît pleinement la légitimité.

L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière. On ne saurait présumer qu'elle exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner

41

42

Quebec, and subject to the arrangements made by Quebec pursuant to its constitutional powers.

expressément. Celle-ci fait maintenant partie du système de justice du Québec, tel que celui-ci peut l'aménager en vertu de ses compétences constitutionnelles.

43

Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* gives the provinces the power to constitute courts that will have jurisdiction over both provincial and federal matters. Section 101 of that Act allows the Parliament of Canada to constitute courts to administer federal laws. Unless Parliament assigns exclusive jurisdiction over a matter governed by federal law to a specific court, the courts constituted by the province pursuant to its general power to legislate in relation to the administration of justice will have jurisdiction over any matter, regardless of legislative jurisdiction (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 777). As this Court stated in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 28:

Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confie aux provinces le pouvoir de créer des tribunaux qui auront juridiction sur des matières aussi bien provinciales que fédérales. L'article 101 de cette même loi permet au Parlement du Canada de créer des tribunaux qui assureront l'application des lois fédérales. À moins que le législateur fédéral ne confie à un tribunal spécifique une juridiction exclusive sur une matière relevant du droit fédéral, les tribunaux créés par la province en vertu de sa compétence générale sur l'administration de la justice auront compétence sur toute matière, juridictions confondues (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 777). Comme l'affirmait notre Cour dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 28 :

Thus, even when squarely within the realm of valid federal law, the Federal Court of Canada is not presumed to have jurisdiction in the absence of an express federal enactment. On the other hand, by virtue of their general jurisdiction over all civil and criminal, provincial, federal, and constitutional matters, provincial superior courts do enjoy such a presumption.

Ainsi, même lorsqu'il s'agit d'une question relevant nettement d'une règle de droit fédérale valide, la Cour fédérale du Canada n'est pas présumée avoir compétence en l'absence d'un texte de loi fédéral exprès. En revanche, en raison de leur compétence générale sur toute question en matière civile, criminelle, provinciale, fédérale et constitutionnelle, les cours supérieures des provinces jouissent de cette présomption.

44

In *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, this Court had to determine whether a province had the power to grant jurisdiction to a small claims court to hear admiralty law cases. La Forest J. found that grant of jurisdiction to be constitutionally valid, as follows, at p. 228:

Dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, notre Cour devait déterminer si une province a le pouvoir d'accorder à une cour des petites créances la compétence pour trancher des litiges en droit maritime. Le juge La Forest a alors reconnu la validité constitutionnelle de cette attribution de compétence dans ces termes, à la p. 228 :

I conclude that a provincial legislature has the power by virtue of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* to grant jurisdiction to an inferior court to hear a matter falling within federal legislative jurisdiction. This power is limited, however, by s. 96 of that Act and the federal government's power to expressly grant exclusive jurisdiction to a court established by it under s. 101 of the Act. Since neither of these exceptions applies in the present case, the grant of jurisdiction in s. 55 of the *Small Claims Courts Act* authorizes the

Je conclus qu'une législature provinciale a, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de conférer à un tribunal d'instance inférieure compétence pour entendre un litige qui relève de la compétence législative fédérale. Cependant, ce pouvoir est restreint par l'art. 96 de la Loi et par le pouvoir du gouvernement fédéral d'accorder expressément compétence exclusive à un tribunal que lui permet d'établir l'art. 101 de la Loi. Puisque aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce, la compétence qui est attribuée à l'art. 55 de

Small Claims Court to hear the action in the present appeal.

A province has the power to create an arbitration system to deal with cases involving federal laws, unless the Parliament of Canada assigns exclusive jurisdiction over the matter to a court constituted pursuant to its constitutional powers or the case falls within the exclusive jurisdiction of the superior courts under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The Parliament of Canada could also grant concurrent jurisdiction to specific provincial courts. For example, it could enact a provision stipulating that “the Federal Court shall have concurrent jurisdiction with provincial superior courts to hear all proceedings in relation to the administration of the Act”. However, this is not what it did in this case.

Section 37 of the *Copyright Act* gives the Federal Court concurrent jurisdiction in respect of the enforcement of the Act, by assigning shared jurisdiction *ratione materiae* in respect of copyright to the Federal Court and “provincial courts”. That provision is sufficiently general, in my view, to include arbitration procedures created by a provincial statute. If Parliament had intended to exclude arbitration in copyright matters, it would have clearly done so (for a similar approach, see *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 449 (Ont. C.A.), at pp. 457-58; J. E. C. Brierley, “La convention d’arbitrage en droit québécois interne”, [1987] *C.P. du N. 507*, at para. 62). Section 37 is therefore not a bar to referring this case to arbitration. We must now consider whether doing so is prohibited by the civil law and rules of procedure of Quebec.

D. *Copyright, Public Order and Arbitration*

At this point, this case is governed by the statutory arrangements for arbitration in Quebec. The legal nature of the arbitration proceeding in question, however, requires further comment. The matter was referred to arbitration under s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists*. That provision establishes arbitral jurisdiction. It allows

la *Loi sur les cours des petites créances* permet à la cour des petites créances d’entendre l’action dans le présent pourvoi.

Une province détient le pouvoir de créer un système d’arbitrage visant les recours impliquant des lois fédérales, à moins que le Parlement du Canada n’attribue une compétence exclusive sur le sujet à un tribunal qui relève de ses pouvoirs constitutionnels ou que la matière ne relève de la compétence exclusive des cours supérieures en vertu de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement du Canada pourrait tout autant reconnaître une juridiction concurrente à des tribunaux provinciaux particuliers. Par exemple, il lui aurait été possible d’adopter une disposition portant que « la Cour fédérale, concurremment avec les cours supérieures des provinces, connaît de toute procédure liée à l’application de la loi ». Ce n’est toutefois pas ce qu’il a fait en l’espèce.

L’article 37 de la *Loi sur le droit d’auteur* attribue à la Cour fédérale une compétence concurrente pour l’application de la loi, en partageant la compétence matérielle sur les droits d’auteur entre la Cour fédérale et les « tribunaux provinciaux ». Cette disposition demeure suffisamment générale à mon avis pour inclure les procédures arbitrales créées par une loi provinciale. Si le législateur fédéral avait voulu exclure l’arbitrage en matière de droit d’auteur, il l’aurait fait clairement (pour une approche similaire, voir *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 449 (C.A. Ont.), p. 457-458; J. E. C. Brierley, « La convention d’arbitrage en droit québécois interne », [1987] *C.P. du N. 507*, par. 62). L’article 37 ne fait donc pas obstacle au renvoi du présent litige à la compétence arbitrale. Il faut maintenant examiner si le droit civil et les règles de procédure du Québec l’interdisent.

D. *Le droit d’auteur, l’ordre public et l’arbitrage*

Le débat s’inscrit à cette étape dans le cadre législatif de l’arbitrage au Québec. La nature juridique de la procédure arbitrale en cause appelle toutefois une nuance. Le renvoi à l’arbitrage a eu lieu en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. Cette disposition prévoit l’existence de la compétence arbitrale. Elle permet

45

46

47

one party to require that a matter be referred to an arbitrator. However, it allows the parties to renounce submission of a case to an arbitrator; that means that, unlike, for example, grievance arbitration under Canadian labour relations legislation, the procedure is consensual in nature. (See, for example, *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.)

à une partie d'imposer le renvoi devant l'arbitre. Elle autorise cependant les parties à renoncer à saisir la juridiction arbitrale, ce qui laisse à cette procédure un caractère consensuel, contrairement, par exemple, à l'arbitrage de griefs en vertu des législations canadiennes du travail. (Voir, par exemple, *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.)

48 The legal framework that governs this arbitration procedure is therefore the same as the one established by the relevant provisions of the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*. The *Civil Code* recognizes the existence and validity of arbitration agreements. With the exception of questions of public order, and certain matters such as the status of persons, it gives the parties the freedom to submit any dispute to arbitration and to determine the arbitrator's terms of reference (art. 2639 *C.C.Q.*). The *Code of Civil Procedure* essentially leaves the manner in which evidence will be taken, and the procedure for the arbitration, to the parties and the authority of the arbitrator (arts. 944.1 and 944.10 *C.C.P.*).

Le cadre juridique applicable à cet arbitrage demeure alors celui qu'ont établi les dispositions pertinentes du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. Le *Code civil* reconnaît l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. Sous réserve des questions intéressant l'ordre public et certaines matières comme l'état des personnes, il laisse aux parties la liberté de soumettre tout conflit à l'arbitrage et de déterminer les termes de la saisine de l'arbitre (art. 2639 *C.c.Q.*). Le *Code de procédure civile* laisse, pour l'essentiel, la détermination de la conduite de la preuve et de la procédure arbitrale aux parties et à la compétence de l'arbitre (art. 944.1 et 944.10 *C.p.c.*).

49 Relying on arts. 946.5 *C.C.P.* and 2639 *C.C.Q.*, the Court of Appeal held that cases involving ownership of copyright may not be submitted to arbitration. In the Court's opinion, copyright, like moral rights, attaches to the personality of the author (at para. 40):

La Cour d'appel, s'appuyant sur les art. 946.5 *C.p.c.* et 2639 *C.c.Q.*, a décidé que les litiges concernant la paternité des droits d'auteur ne peuvent être soumis à l'arbitrage. À son avis, le droit d'auteur, comme droit moral, se rattache à la personnalité de l'auteur (au par. 40) :

[TRANSLATION] The right to fair recognition as the creator of a work, like the right to respect for one's name, carries a purely moral connotation that derives from the dignity and honour of the creator of the work. From that standpoint, the question of ownership of copyright cannot be arbitrable.

Le droit de se voir justement attribuer la paternité d'une œuvre tout comme le droit au respect du nom revêtent une connotation purement morale tenant à la dignité et à l'honneur du créateur de l'œuvre. Sous ces aspects, la question de la paternité du droit d'auteur ne serait pas arbitrable.

50 In addition, the Court of Appeal took the view that cases relating to ownership of copyright, as well as cases concerning the scope and validity of copyright, must be assigned exclusively to the courts because the decisions made in such cases may, as a rule, be set up against the entire world. The fact that they may be set up against third parties would therefore mean that they could not be left to arbitrators to decide, and rather must be disposed of by the public judicial system (para. 42).

De plus, selon la Cour d'appel, les litiges relatifs à la paternité des droits d'auteur, ainsi que ceux portant sur l'étendue et la validité du droit, doivent être confiés exclusivement aux tribunaux judiciaires puisque les décisions rendues dans ces affaires deviennent en principe opposables à tous. Ce caractère d'opposabilité ne permettrait pas de les déférer aux arbitres, mais exigerait l'intervention de la justice publique (par. 42).

Article 2639 *C.C.Q.* expressly provides that the parties may not submit a dispute over a matter of public order or the status of persons, which is, in any event, a matter of public order, to arbitration. Logically, art. 946.5 *C.C.P.* provides that a court can refuse homologation of an award where the matter in dispute cannot be settled by arbitration or is contrary to public order. Thus the law establishes a mechanism for overseeing arbitral activity that is intended to preserve certain values that are considered to be fundamental in a legal system, despite the freedom that the parties are given in determining the methods of resolution of their disputes. However, we must analyse the relationship between the application of rules that are regarded as matters of public order and arbitral jurisdiction in greater depth. Ultimately, that question deals with the limitations placed on the autonomy of the arbitration system and the nature of, and restraints on, intervention by the courts in consensual arbitration, which is governed by the civil law and civil procedure of Quebec.

In order to determine whether questions relating to ownership of copyright fall outside arbitral jurisdiction, as the Court of Appeal concluded, we must more clearly define the concept of public order in the context of arbitration, where it may arise in a number of forms, as it does here, for instance, in respect of circumscribing the jurisdiction *ratione materiae* of the arbitration (Thuilleaux, *supra*, at p. 36). Thus a matter may be excluded from the field covered by arbitration because it is by nature a “matter of public order”. The concept also applies in order to define and, on occasion, restrict the scope of legal action that may be undertaken by individuals, or of contractual liberty. The variable, shifting or developing nature of the concept of public order sometimes makes it extremely difficult to arrive at a precise or exhaustive definition of what it covers. (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at pp. 151-52; *Auerbach v. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302 (C.A.), at p. 304; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 719, 2002 SCC 21, at paras. 43-46) The development and application of the concept of public order allows for a considerable amount of judicial discretion in defining the fundamental values and principles of a legal system. In

L'article 2639 *C.c.Q.* prévoit explicitement que les parties ne peuvent soumettre à l'arbitrage un différend relatif à l'ordre public ou à l'état des personnes, qui, de toute manière, s'y rattache. Logiquement, l'art. 946.5 *C.p.c.* dispose que le tribunal peut refuser d'homologuer une sentence lorsque son objet ne peut être réglé par arbitrage ou lorsqu'elle viole l'ordre public. La loi établit ainsi un mécanisme de contrôle de l'activité arbitrale qui entend préserver certaines valeurs jugées fondamentales au sein d'un ordre juridique, en dépit de la liberté laissée aux parties dans la détermination des modes de règlement de leurs conflits. Il faut toutefois analyser plus en profondeur les relations entre la mise en œuvre des normes considérées comme relevant de l'ordre public et la compétence arbitrale. Cette question concerne ultimement les limites de l'autonomie de l'institution arbitrale et la nature et les bornes des interventions des tribunaux judiciaires à l'égard de l'arbitrage consensuel, que régissent le droit civil et la procédure civile du Québec.

Afin de déterminer si les questions relatives à la paternité des droits d'auteur échappent à la compétence arbitrale comme l'a conclu la Cour d'appel, il est nécessaire de cerner davantage la notion d'ordre public dans le contexte de l'arbitrage, où elle peut intervenir de diverses façons, notamment, comme ici, pour circonscrire le domaine matériel de l'arbitrage (Thuilleaux, *op. cit.*, p. 36). Ainsi, une matière peut être exclue du champ de l'arbitrage en raison de sa nature, en tant que « question qui intéresse l'ordre public ». Le concept intervient aussi pour définir et, parfois, pour restreindre le champ des initiatives juridiques individuelles ou celui de la liberté contractuelle. Le caractère variable, protéiforme et évolutif de ce concept d'ordre public rend toutefois fort difficile toute tentative de définition précise ou exhaustive de son contenu. (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), p. 151-152; *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302 (C.A.), p. 304; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 719, 2002 CSC 21, par. 43-46) L'élaboration et la mise en œuvre du concept d'ordre public laissent place à une grande part de discrétion judiciaire dans l'appréciation des valeurs et des principes fondamentaux d'un système juridique. L'interprétation et l'application

interpreting and applying this concept in the realm of consensual arbitration, we must therefore have regard to the legislative policy that accepts this form of dispute resolution and even seeks to promote its expansion. For that reason, in order to preserve decision-making autonomy within the arbitration system, it is important that we avoid extensive application of the concept by the courts. Such wide reliance on public order in the realm of arbitration would jeopardize that autonomy, contrary to the clear legislative approach and the judicial policy based on it. (*Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), at p. 1712; *Mousseau v. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (Sup. Ct.), at p. 2009, citing J. E. C. Brierley, "Chapitre XVIII de la convention d'arbitrage, art. 2638-2643", in Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil: obligations, contrats nommés* (1993), vol. 2, at pp. 1067, 1081-82; J. E. C. Brierley, "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 *R. du B.* 259, at p. 267; L. Y. Fortier, "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143)

de cette notion dans le domaine de l'arbitrage conventionnel doivent alors prendre en compte la politique législative qui accepte cette forme de règlement des différends et qui entend même en favoriser le développement. Pour cette raison, afin de préserver l'autonomie décisionnelle de l'institution arbitrale, il importe d'éviter un emploi extensif de ce concept par les tribunaux judiciaires. Un tel recours étendu à l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage mettrait en danger cette autonomie, contrairement à des orientations législatives claires et à la politique juridique qui s'en dégage. (*Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), p. 1712; *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.), p. 2009, citant J. E. C. Brierley, « Chapitre XVIII de la convention d'arbitrage, art. 2638-2643 », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés* (1993), t. 2, p. 1067, 1081-1082; J. E. C. Brierley, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259, p. 267; L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143)

53

A broad interpretation of the concept of public order in art. 2639, para. 1 *C.c.Q.* has been expressly rejected by the legislature, which has specified that the fact that the rules applied by an arbitrator are in the nature of rules of public order is not a ground for opposing an arbitration agreement (art. 2639, para. 2 *C.c.Q.*). The purpose of enacting art. 2639, para. 2 *C.c.Q.* was clearly to put an end to an earlier tendency by the courts to exclude any matter relating to public order from arbitral jurisdiction. (See *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, at p. 2789, in which the Quebec Court of Appeal in fact stated its disagreement with the earlier decision in *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; see also *Mousseau, supra*, at p. 2009.) Except in certain fundamental matters, relating, for example, strictly to the status of persons, as was found by the Quebec Superior Court to be the case in *Mousseau, supra*, an arbitrator may dispose of questions relating to rules of public order,

L'interprétation extensive du concept d'ordre public de l'art. 2639, al. 1 *C.c.Q.* a été expressément écartée par le législateur. Celui-ci a ainsi précisé que le fait que les règles appliquées par l'arbitre présentent un caractère d'ordre public n'empêche pas la convention d'arbitrage (art. 2639, al. 2 *C.c.Q.*). L'adoption de l'art. 2639, al. 2 *C.c.Q.* visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public. (Voir *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, p. 2789, où la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs exprimé son désaccord avec l'arrêt antérieur rendu dans *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; voir aussi *Mousseau*, précité, p. 2009.) Sauf dans quelques matières fondamentales, tenant par exemple strictement à l'état des personnes, comme l'a conclu par exemple la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Mousseau*, précitée, l'arbitre peut statuer sur des règles d'ordre public, puisqu'elles peuvent faire

since they may be the subject matter of the arbitration agreement. The arbitrator is not compelled to stay his or her proceedings the moment a matter that might be characterized as a rule or principle of public order arises in the course of the arbitration.

Public order arises primarily when the validity of an arbitration award must be determined. The limits of that concept's role must be defined correctly, however. First, as we have seen, arbitrators are frequently required to consider questions and statutory provisions that relate to public order in order to resolve the dispute that is before them. Mere consideration of those matters does not mean that the decision may be annulled. Rather, art. 946.5 *C.C.P.* requires that the award as a whole be examined, to determine the nature of the result. The court must determine whether the decision itself, in its disposition of the case, violates statutory provisions or principles that are matters of public order. In this case, the *Code of Civil Procedure* is more concerned with whether the disposition of a case, or the solution it applies, meets the relevant criteria than with whether the specific reasons offered for the decision do so. An error in interpreting a mandatory statutory provision would not provide a basis for annulling the award as a violation of public order, unless the outcome of the arbitration was in conflict with the relevant fundamental principles of public order. That approach, which is consistent with the language used in art. 946.5 *C.C.P.*, corresponds to the approach taken in the law of a number of states where arbitration is governed by legal rules analogous to those now found in Quebec law. The courts in those countries have limited the consideration of substantive public order to reviewing the outcome of the award as it relates to public order. (See: E. Gaillard and J. Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), at pp. 955-56, No. 1649; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, vol. 309 (1999), at pp. 538-55, in particular at pp. 539 and 543; *Société Seagram France Distribution v. Société GE Massenez*, Cass. civ. 2^e, May 3, 2001, *Rev. arb.* 2001.4.805, note Yves Derains.) And lastly, in considering the validity of the award, the clear rule stated in art. 946.2 *C.C.P.*, which prohibits a court from inquiring into the

l'objet de la convention d'arbitrage. L'arbitre n'est pas condamné à interrompre ses travaux dès qu'une question susceptible d'être qualifiée de règle ou de principe d'ordre public se pose dans le cours de l'arbitrage.

L'ordre public intervient principalement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la sentence arbitrale. Les limites de son rôle doivent cependant être correctement définies. D'abord, comme nous l'avons vu, les arbitres sont fréquemment tenus d'examiner des questions et des dispositions législatives d'ordre public pour régler le différend dont ils ont été saisis. Ce seul examen ne rend pas la décision annulable. L'article 946.5 *C.p.c.* exige plutôt d'examiner la sentence dans son ensemble, afin d'apprécier son résultat. Le tribunal doit rechercher si la décision elle-même, dans son dispositif, contrevient à des dispositions législatives ou à des principes qui relèvent de l'ordre public. Le *Code de procédure civile* s'intéresse davantage ici à la conformité du dispositif de la décision ou de la solution qu'elle retient qu'à celle de l'exactitude des motifs particuliers qui la justifient. Une erreur d'interprétation d'une disposition législative à caractère impératif ne permettrait pas l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public, à moins que le résultat de l'arbitrage se révèle inconciliable avec les principes fondamentaux pertinents de l'ordre public. Cette solution, conforme au langage de l'art. 946.5 *C.p.c.*, correspond à celle que retient le droit de plusieurs États, où l'arbitrage est régi par des règles juridiques analogues à celles que connaît maintenant le droit du Québec. La jurisprudence de ces pays limite l'examen de l'ordre public substantiel à celui du résultat de la sentence par rapport à l'ordre public. (Voir : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 955-956, n° 1649; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, t. 309 (1999), p. 538-555, en particulier p. 539 et 543; *Société Seagram France Distribution c. Société GE Massenez*, Cass. civ. 2^e, 3 mai 2001, *Rev. arb.* 2001.4.805, note Yves Derains.) Enfin, lors de l'examen de la validité de la sentence, s'impose le respect de la règle claire de l'art. 946.2 *C.p.c.*, qui interdit l'examen du fond

merits of the dispute, must be followed. In applying a concept as flexible and changeable as public order, these fundamental principles must be adhered to in determining the validity of an arbitration award.

55

This case raises a number of aspects of the application of the rules and principles that form part of public order. We must first ask whether copyright, as a moral right, is analogous to the matters enumerated in art. 2639, para. 1 *C.C.Q.* and is therefore outside the jurisdiction *ratione materiae* of the arbitration system. Second, we must determine whether that provision prohibits arbitration as to the ownership of copyright based on the *erga omnes* nature of this type of decision. And third, although the question of the validity of the contracts was not before the arbitrator in this case, as we have seen, because of the discussion that took place between the parties, it is nonetheless useful to consider whether the arbitrator might have had the authority to declare the publishing contracts invalid because of the defects of form that were alleged to exist in them, under the rules set out in ss. 31 and 34 of the *Act respecting the professional status of artists*.

(i) Public Order and the Nature of Copyright

56

In my view, the Court of Appeal was in error when it said that the fact that s. 14.1 of the *Copyright Act* provides that moral rights may not be assigned means that problems relating to the ownership of copyright must be treated in the same manner as questions of public order, because they relate to the status of persons and rights of personality, and must therefore be removed from the jurisdiction of arbitrators. The opinion of the Court of Appeal is based on an incorrect understanding of the nature of copyright in Canada and of the way in which the legal mechanisms that govern copyright and provide for it to be exercised and protected operate.

57

Parliament has indeed declared that moral rights may not be assigned, but it permits the holders of those rights to waive the exercise of them. The Canadian legislation therefore recognizes the overlap between economic rights and moral rights in the definition of copyright. This Court has in fact

du différend. L'application de la notion si flexible et évolutive de l'ordre public doit s'effectuer dans le respect de ces principes fondamentaux, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une sentence arbitrale.

Le présent litige soulève plusieurs aspects du recours aux règles et principes appartenant à l'ordre public. Il faut se demander, en premier lieu, si les droits d'auteur, en tant que droits moraux, sont analogues aux matières énumérées à l'art. 2639, al. 1 *C.c.Q.* et donc hors du domaine de compétence de l'arbitrage. Ensuite, on doit déterminer si cette même disposition interdit l'arbitrage portant sur la paternité des droits d'auteur en raison du caractère *erga omnes* de ce type de décision. Enfin, bien que la question de la validité des contrats n'ait pas été portée devant lui, comme nous l'avons vu, en raison du débat survenu entre les parties, il demeure utile d'étudier si l'arbitre aurait pu détenir la compétence de déclarer les contrats d'édition invalides en raison des vices de forme dont ils auraient été affectés selon les prescriptions des art. 31 et 34 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*.

(i) L'ordre public et la nature des droits d'auteur

À mon avis, la Cour d'appel a eu tort d'affirmer que l'incessibilité des droits moraux prévue à l'art. 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* a pour conséquence que les problèmes relatifs à la paternité des droits d'auteur doivent être assimilés à des questions d'ordre public, tenant à l'état des personnes et aux droits de la personnalité et soustraites à ce titre à la compétence arbitrale. Cette opinion de la Cour d'appel repose sur une compréhension inexacte de la nature du droit d'auteur au Canada et du fonctionnement des mécanismes juridiques qui encadrent et assurent son exercice et sa protection.

Ces droits moraux sont certes déclarés incessibles, mais le législateur permet à leurs titulaires de renoncer à leur exercice. La législation canadienne reconnaît ainsi l'imbrication des droits économiques et des droits moraux dans la définition du droit d'auteur. Notre Cour a d'ailleurs souligné

stressed the importance placed on the economic aspects of copyright in Canada: the *Copyright Act* deals with copyright primarily as a system designed to organize the economic management of intellectual property, and regards copyright primarily as a mechanism for protecting and transmitting the economic values associated with this type of property and with the use of it. (See *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at paras. 11-12, *per* Binnie J.)

In the context of Canadian copyright legislation, although the work is a “manifestation of the personality of the author”, this issue is very far removed from questions relating to the status and capacity of persons and to family matters, within the meaning of art. 2639 *C.C.Q.* (M. Goudreau, “Le droit moral de l’auteur au Canada” (1994), 25 *R.G.D.* 403, at p. 404). The Act is primarily concerned with the economic management of copyright, and does not prohibit artists from entering into transactions involving their copyright, or even from earning revenue from the exercise of the moral rights that are part of it. As the intervenors UNEQ and CMA point out, an artist may even charge for waiving the exercise of his or her moral rights (see *Théberge, supra*, at para. 59).

In addition, the Quebec legislation recognizes the legitimacy of transactions involving copyright, and the validity of using arbitration to resolve disputes arising in respect of such transactions: in s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists*, the legislature has expressly provided that in the absence of an express renunciation, every dispute between an artist and a promoter shall be submitted to an arbitrator. Contracts between artists and promoters systematically contain stipulations relating to copyright. It would be paradoxical if the legislature were to regard questions concerning copyright as not subject to arbitration because they were matters of public order, on the one hand, and on the other hand to direct that this method of dispute resolution be used in the event of conflicts relating to the interpretation and application of contracts that govern the exercise of that right as between artists and promoters.

l’importance attachée aux aspects économiques du droit d’auteur au Canada. En effet, la *Loi sur le droit d’auteur* traite d’abord celui-ci comme une institution destinée à organiser la gestion économique de la propriété intellectuelle. Elle y voit avant tout un mécanisme de protection et de transmission des valeurs économiques reliées à ce type de propriété et à son utilisation. (Voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 11-12, le juge Binnie.)

Dans le cadre de la législation canadienne sur le droit d’auteur, bien que l’œuvre constitue une « manifestation de la personnalité de l’auteur », on se trouve fort loin des questions relatives à l’état et la capacité des personnes et aux matières familiales au sens de l’art. 2639 *C.c.Q.* (M. Goudreau, « Le droit moral de l’auteur au Canada » (1994), 25 *R.G.D.* 403, p. 404). Visant d’abord l’aménagement économique du droit d’auteur, la Loi n’interdit pas aux artistes de transiger sur leur droit d’auteur ni même de monnayer l’exercice des droits moraux qui en font partie. Comme les intervenants UNEQ et CMA le rappellent, un artiste peut même monnayer une renonciation à l’exercice de ses droits moraux (voir *Théberge, précité*, par. 59).

Par ailleurs, la législation québécoise reconnaît la légitimité des transactions sur le droit d’auteur et la validité du recours à l’arbitrage pour régler les différends survenus à leur sujet. En effet, à l’art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*, le législateur a expressément prévu que, sauf renonciation expresse, tout litige sur l’interprétation d’un contrat entre un artiste et un diffuseur doit être soumis à un arbitre. Les contrats signés entre les artistes et les diffuseurs contiennent systématiquement des stipulations relatives aux droits d’auteur. Il serait paradoxal que le législateur considère les questions concernant les droits d’auteur comme soustraites à l’arbitrage parce que d’ordre public, d’une part, et que, d’autre part, il privilégie ce mode de règlement des différends dans l’éventualité de conflits relatifs à l’interprétation et à l’application des contrats qui régissent l’exercice de ce droit entre les artistes et les diffuseurs.

58

59

60

Accordingly, the award in issue in this case does not deal with a matter that by its nature falls outside the jurisdiction of the arbitrators. It is therefore not contrary to public order; if it had been, a court would have been justified in annulling it (art. 946.5 C.C.P.). On the contrary, it is a valid disposition of a matter, ownership of copyright, that is one of the primary elements of the dispute between the parties in respect of the interpretation and application of the agreements between them.

(ii) Public Order and the *Erga Omnes* Nature of Decisions Concerning Copyright

61

In the opinion of the Court of Appeal, the fact that a decision in respect of copyright may be set up against the entire world, and accordingly the nature of its effects on third parties, was a bar to the arbitration proceeding. Those characteristics meant that only the courts could hear such cases (Court of Appeal decision, at paras. 42 and 44). That interpretation is based on an error as to the nature of the concept of *res judicata* and the extent to which decisions made in the judicial system may be set up against third parties.

62

First, the *Code of Civil Procedure* does not consider the effect of an arbitration award on third parties to be a ground on which it may be annulled or its homologation refused (art. 946.4 C.C.P.). As the appellants assert, the opinion of the Court of Appeal on this question fails to have regard to the principle of *res judicata*, which holds that a judgment is authoritative only as between the parties to the case (art. 2848 C.C.Q.; see J.-C. Royer, *La preuve civile* (2nd ed. 1995), at pp. 490-91). The arbitration proceeding in this case was between two private parties involved in a dispute as to the proper interpretation of a contract. The arbitrator ruled as to the ownership of the copyright in order to decide as to the rights and obligations of the parties to the contract. The arbitral decision is authority between the parties, but is not binding on third parties who were not involved in the proceeding. To illustrate this point, there would be nothing to prevent someone who was not a party to the arbitration agreement who

Ainsi, la sentence en question ne traite pas d'une matière qui échappe par nature à la compétence des arbitres en l'espèce. En ce sens, elle n'est pas contraire à l'ordre public; si elle l'avait été, un tribunal judiciaire aurait été justifié de l'annuler (art. 946.5 C.p.c.). Au contraire, elle se prononce valablement sur une matière, la titularité des droits d'auteur, qui constitue l'un des éléments principaux du litige opposant les parties à propos de l'interprétation et de l'application des ententes intervenues entre elles.

(ii) L'ordre public et le caractère *erga omnes* des décisions concernant la paternité des droits d'auteur

Selon la Cour d'appel, l'opposabilité d'une décision en matière de droit d'auteur à l'égard de tous et, par conséquent, la nature de ses effets sur les tiers feraient obstacle à la procédure arbitrale. Ces caractéristiques réserveraient la connaissance de ces litiges aux seuls tribunaux judiciaires (arrêt de la Cour d'appel, par. 42 et 44). Cette interprétation repose sur une erreur quant à la nature du concept de la chose jugée et quant à l'étendue de l'opposabilité des décisions de justice.

D'abord, le *Code de procédure civile* ne considère pas l'effet d'une sentence arbitrale sur les tiers comme un motif permettant de l'annuler ou d'en refuser l'homologation (art. 946.4 C.p.c.). Comme l'affirment les appelantes, l'opinion de la Cour d'appel sur cette question ne tient pas compte du principe de la chose jugée, selon lequel un jugement ne fait autorité qu'entre les parties au litige (art. 2848 C.c.Q.; voir J.-C. Royer, *La preuve civile* (2^e éd. 1995), p. 490-491). La procédure arbitrale opposait en l'espèce deux parties privées qui s'affrontaient sur la juste interprétation d'un contrat. L'arbitre s'est prononcé sur la titularité des droits d'auteur afin de départager les droits et obligations des parties au contrat. Cette décision arbitrale fait autorité entre les parties mais ne lie pas les tiers absents du débat judiciaire. À titre d'illustration, rien n'empêcherait une tierce partie à la convention d'arbitrage qui aurait, elle aussi, participé à la rédaction de textes pour les livres de Caillou, de présenter une

had also been involved in writing the texts for the Caillou books from applying to a court to have his or her copyright recognized.

(iii) Sections 31 and 34 of the *Act respecting the professional status of artists*

In the alternative, the Court of Appeal held that the arbitrator had a duty to ensure that the mandatory formalities imposed by ss. 31 and 34 of the *Act respecting the professional status of artists* had been complied with in the formation of the contracts, and that he had failed to perform that duty (Court of Appeal decision, at paras. 48-49). Our examination of the conduct of the arbitration disposed of that criticism, because the problem of contract validity was excluded from the arbitrator's mandate by the decision of Bisailon J. of the Superior Court.

At this stage in the consideration of the appeal, it is worth recalling certain features of the mechanism for submitting disputes to an arbitrator under s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists*. Either of the two parties may decide to refer a dispute arising from the interpretation and application of the provisions of a contract subject to the Act to the arbitrator. However, if both parties agree to limit the arbitrator's terms of reference, he may not expand his mandate on his own initiative. Nonetheless, to the extent that his terms of reference included an examination of the validity of the contracts and in particular of the formalities and rules characterized as mandatory that are found in ss. 31 and 34 of the Act, such as those relating to the term for which the parties were bound by their agreement, the arbitrator should have decided whether the contracts were valid. The contrary solution would result in a multiplicity of proceedings in cases where a dispute related to both the interpretation of the clauses of the contract and the validity of the contract. That solution would offend one of the fundamental principles of arbitration, which is designed to provide parties to a contract with an effective and efficient forum for resolving their disputes (*Compagnie nationale Air France v. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717 (Sup. Ct.), at p. 724). And lastly, it would indeed be surprising if an arbitrator could rule as to the ownership of copyright, having regard

demande à un tribunal judiciaire afin de faire reconnaître son droit d'auteur.

(iii) Les articles 31 et 34 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*

À titre subsidiaire, la Cour d'appel a affirmé que l'arbitre avait l'obligation de s'assurer que les formalités impératives imposées par les art. 31 et 34 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes* ont été respectées lors de la formation des contrats et qu'il n'avait pas rempli sa mission à cet égard (arrêt de la Cour d'appel, par. 48-49). L'étude de la conduite de l'arbitrage a permis de disposer de ce grief, parce que ce problème de validité des contrats avait été exclu du mandat de l'arbitre par la décision du juge Bisailon de la Cour supérieure.

À cette étape de l'examen de ce pourvoi, il paraît utile de rappeler certaines particularités du mécanisme de saisine de l'arbitre en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*. Une seule des deux parties peut décider de renvoyer à l'arbitre un différend sur l'interprétation et l'application des dispositions d'un contrat sujet à la Loi. Cependant, si les deux parties s'entendent pour limiter la mission de l'arbitre, celui-ci ne peut élargir son mandat de son propre chef. Dans la mesure, toutefois, où sa mission aurait comporté l'examen de la validité des contrats et notamment des formalités et règles qualifiées d'impératives que l'on retrouve aux art. 31 et 34 de la Loi, comme celles relatives à la durée des engagements des parties, l'arbitre aurait dû décider si les ententes étaient valides. La solution contraire multiplierait les procédures dans les cas où un différend concernerait autant l'interprétation des clauses du contrat que sa validité. Cette solution ferait violence à l'un des principes fondamentaux de l'arbitrage, qui veut offrir aux contractants un forum efficace pour régler leurs litiges (*Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717 (C.S.), p. 724). On s'étonnerait enfin que l'arbitre puisse se prononcer sur la titularité de droits d'auteur à la lumière des prescriptions de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais non sur les dispositions impératives de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*,

63

64

to the provisions of the *Copyright Act*, but not as to the mandatory provisions of the *Act respecting the professional status of artists*, which, after all, deals only with the terms and conditions for the exercise of copyright itself.

(iv) Limits on Review of the Validity of Arbitration Decisions

65 The Court of Appeal stated at para. 49:

[TRANSLATION] Where an arbitrator, in performing his or her mandate, is required to apply the rules of public order, he or she must apply them correctly, that is, in the same manner as do the courts.

66 That statement runs counter to the fundamental principle of the autonomy of arbitration (*Compagnie nationale Air France, supra*, at p. 724). What it necessarily leads to is review of the merits of the dispute by the court. In addition, it perpetuates a concept of arbitration that makes it a form of justice that is inferior to the justice offered by the courts (*Condominiums Mont St-Sauveur, supra*, at p. 2785).

67 The legislature has affirmed the autonomy of arbitration by stating, in art. 946.2 *C.C.P.*, that “[t]he court examining a motion for homologation cannot enquire into the merits of the dispute”. (That provision is applicable to annulment of an arbitration award by the reference to it in art. 947.2 *C.C.P.*) In addition, the reasons for which a court may refuse to homologate or annul an arbitration award are exhaustively set out in arts. 946.4 and 946.5 *C.C.P.*

68 Despite the specificity of these provisions of the *Code of Civil Procedure* and the clarity of the legislative intention apparent in them, there have been conflicting lines of authority in the Quebec case law regarding the limits of judicial intervention in cases involving applications for homologation or annulment of arbitration awards governed by the *Code of Civil Procedure*. Some judgments have taken a broad view of that power, or sometimes tended to confuse it with the power of judicial review provided for in arts. 33 and 846 *C.C.P.* (On this point, see the commentary by F. Bachand, “Arbitrage commercial: Assujettissement d’un tribunal

qui, après tout, ne portent que sur des modalités d’exercice du droit d’auteur lui-même.

(iv) Les limites du contrôle de la validité des décisions arbitrales

La Cour d’appel a affirmé au par. 49 que :

Lorsqu’un arbitre est appelé, dans le cadre de son mandat, à appliquer les règles d’ordre public, il doit les appliquer correctement, c’est-à-dire de la même façon que les tribunaux.

Cette affirmation porte atteinte au principe fondamental de l’autonomie de l’arbitrage (*Compagnie nationale Air France, précité*, p. 724). En effet, elle conduit nécessairement à l’examen du fond du différend par le tribunal judiciaire. De plus, elle perpétue une conception de l’arbitrage qui en faisait une justice inférieure à celle offerte par les tribunaux judiciaires (*Condominiums Mont St-Sauveur, précité*, p. 2785).

Le législateur a consacré l’autonomie de l’arbitrage en affirmant à l’art. 946.2 *C.p.c.* que « [l]e tribunal saisi d’une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend ». (Cette disposition est applicable à l’annulation d’une sentence arbitrale par le renvoi prévu à l’art. 947.2 *C.p.c.*) De plus, les motifs permettant à un tribunal de refuser d’homologuer ou d’annuler une sentence arbitrale sont exhaustivement prévus aux art. 946.4 et 946.5 *C.p.c.*

Malgré la précision de ces dispositions du *Code de procédure civile* et la clarté de l’intention législative qui s’en dégage, des courants contradictoires ont traversé la jurisprudence québécoise quant aux limites des interventions judiciaires à l’occasion des demandes d’homologation ou d’annulation de sentences arbitrales régies par le *Code de procédure civile*. Certains jugements ont adopté une vue large de ce pouvoir ou tendent parfois à le confondre avec le pouvoir de contrôle judiciaire en vertu des art. 33 et 846 *C.p.c.* (Voir à ce propos les commentaires de F. Bachand, « Arbitrage commercial : Assujettissement d’un tribunal arbitral

arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres" (2001), 35 R.J.T. 465.) The judgment in issue here illustrates this tendency when it adopts a standard of review based on simple review of any error of law made in considering a matter of public order. That approach extends judicial intervention at the point of homologation or an application for annulment of the arbitration award well beyond the cases intended by the legislature. It ignores the fact that the legislature has voluntarily placed limits on such review, to preserve the autonomy of the arbitration system. Public order will of course always be relevant, but solely in terms of the determination of the overall outcome of the arbitration proceeding, as we have seen.

This latter approach has been adopted by a significant line of authority. It recognizes that the remedies that may be sought against arbitration awards are limited to the cases set out in arts. 946 *et seq.* C.C.P. and that judicial review may not be used to challenge an arbitration decision or, most importantly, to review its merits (*Compagnie nationale Air France*, *supra*, at pp. 724-25; *International Civil Aviation Organization v. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (Sup. Ct.), at p. 2564; *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch v. Constructions Méridien inc.*, [1996] R.J.Q. 1236 (Sup. Ct.), at p. 1238; *Régie de l'assurance-maladie du Québec v. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A.), at p. 559, *per* Vallerand J.A.; *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. v. Savard*, [1985] R.D.J. 556 (C.A.)). Review of the correctness of arbitration decisions jeopardizes the autonomy intended by the legislature, which cannot accommodate judicial review of a type that is equivalent in practice to a virtually full appeal on the law. Thibault J.A. identified this problem when she said:

[TRANSLATION] In my view, the argument that an interpretation of the regulation that is different from, and in fact contrary to, the interpretation adopted by the ordinary courts means that the arbitration award exceeds the terms of the arbitration agreement stems from a profound misunderstanding of the system of consensual

conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres » (2001), 35 R.J.T. 465.) Le jugement visé illustre cette tendance en adoptant une norme de révision fondée sur le contrôle pur et simple de toute erreur de droit commise à l'examen d'une question d'ordre public. Cette approche étend l'intervention judiciaire au moment de l'homologation ou de la demande d'annulation de la sentence arbitrale bien au-delà des cas prévus par le législateur. On oublie que le législateur a volontairement restreint ce contrôle pour préserver l'autonomie de l'institution arbitrale. L'ordre public reste certes pertinent, mais uniquement au niveau de l'appréciation du résultat global de la procédure arbitrale, comme nous l'avons vu.

Cette dernière orientation a d'ailleurs été adoptée par un courant jurisprudentiel important. On reconnaît ainsi que les recours à l'encontre des sentences arbitrales sont limités aux cas prévus par les art. 946 *et* suiv. C.p.c. et que les recours en révision judiciaire ne peuvent être utilisés pour contester une décision arbitrale ni, surtout, pour en examiner le fond (*Compagnie nationale Air France*, précité, p. 724-725; *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S.), p. 2564; *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch c. Constructions Méridien inc.*, [1996] R.J.Q. 1236 (C.S.), p. 1238; *Régie de l'assurance-maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A.), p. 559, *le* juge Vallerand; *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, [1985] R.D.J. 556 (C.A.)). Le contrôle de la justesse des décisions arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur, qui ne peut s'accommoder d'un contrôle judiciaire équivalant pratiquement à un appel presque complet sur le droit. La juge Thibault de la Cour d'appel soulignait ce problème lorsqu'elle affirmait :

À mon avis, l'argument voulant qu'une interprétation du règlement différente, voire même contraire de celle retenue par les tribunaux de droit commun, fasse en sorte que la sentence arbitrale dépasse les termes de la convention d'arbitrage résulte d'une méconnaissance profonde du système d'arbitrage conventionnel. L'argument

arbitration. The argument makes that separate system of justice subject to review of the correctness of its decisions, and thereby substantially reduces the latitude that the legislature and the parties intended to grant to the arbitration board.

(*Laurentienne-vie, compagnie d'assurance, supra*, at para. 43)

(v) The Conduct of the Arbitration and Natural Justice

70

Desputeaux alleged that the arbitrator failed to hear testimony or consider evidence relating to ownership of the copyright. In her submission, that error justified annulling the award. Articles 2643 *C.C.Q.* and 944.1 *C.C.P.*, as we know, affirm the principle of procedural flexibility in arbitration proceedings, by leaving it to the parties to determine the arbitration procedure or, failing that, leaving it up to the arbitrator to determine the applicable rules of procedure (*Entreprises H.L.P. inc. v. Logisco inc.*, J.E. 93-1707 (C.A.); *Moscow Institute of Biotechnology v. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591 (Sup. Ct.), at pp. 12-14 of the full text). The rules in the *Code of Civil Procedure* governing an arbitration proceeding do not require that the arbitrator hear testimonial evidence. The methods by which evidence may be heard are flexible and are controlled by the arbitrator, subject to any agreements between the parties. It is therefore open to the parties, for example, to decide that a question will be decided having regard only to the contract, without testimony being heard or other evidence considered. A decision made on the record, without witnesses being heard in the presence of the arbitrator, does not violate any principle of procedure or natural justice, and may not be annulled on that ground alone.

71

Nonetheless, the arbitrator clearly does not have total freedom in respect of procedure. Under arts. 947.2 and 946.4, para. 3 *C.C.P.*, an arbitration award may be annulled where “the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case”. The record considered here, however, does not support a complaint of that sort. Its content does

assujettit ce système distinct de justice à un contrôle de la justesse de ses décisions et il réduit ainsi, de façon significative, la latitude que le législateur et les parties entendaient conférer au conseil d'arbitrage.

(*Laurentienne-vie, compagnie d'assurance, précité*, par. 43)

(v) La conduite de l'arbitrage et la justice naturelle

Madame Desputeaux a reproché à l'arbitre de n'avoir pas entendu la preuve testimoniale ou documentaire relative à la titularité des droits d'auteur. À son avis, cette erreur justifierait l'annulation de la sentence. Les articles 2643 *C.c.Q.* et 944.1 *C.p.c.* consacrent, comme on le sait, le principe de la souplesse de la procédure en matière arbitrale, en confiant aux parties le soin de déterminer la procédure arbitrale ou, à défaut, en laissant à l'arbitre le soin de déterminer les règles de procédure applicables (*Entreprises H.L.P. inc. c. Logisco inc.*, J.E. 93-1707 (C.A.); *Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591 (C.S.), p. 12-14 du texte intégral). Les règles du *Code de procédure civile* encadrant l'arbitrage n'obligent pas l'arbitre à entendre une preuve par témoins. Les modes de preuve demeurent souples et sous le contrôle de l'arbitre, sous réserve des ententes entre les parties. Il est ainsi loisible aux parties, par exemple, de décider qu'une question sera tranchée à la seule lumière du contrat, sans témoignages ou autres preuves. Une décision rendue sur dossier, sans audition de témoins en présence de l'arbitre, ne viole aucun principe de procédure ou de justice naturelle et ne saurait être annulée pour ce seul motif.

Certes, toutefois, la liberté de l'arbitre à l'égard de la procédure n'est pas totale. En effet, en vertu des art. 947.2 et 946.4, par. 3 *C.p.c.*, une sentence arbitrale pourra être annulée lorsque « la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens ». Le dossier en question n'établit cependant pas un

not show that the facts that are needed in order for it to be reviewed exist, and therefore does not justify this Court's intervention in that regard.

VI. Conclusion

The arbitrator acted in accordance with his terms of reference. He made no error such as would permit annulment of the arbitration award. For these reasons, the appeal must be allowed, the decision of the Court of Appeal set aside and the application for annulment of the award dismissed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Tamaro, Goyette, Montréal.

Solicitors for the intervener the Quebec National and International Commercial Arbitration Centre: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the interveners the Union des écrivaines et écrivains québécois and the Conseil des métiers d'art du Québec: Boivin Payette, Montréal.

Solicitors for the intervener the Regroupement des artistes en arts visuels du Québec: Laurin Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.

grief de cette nature. Son contenu ne démontre pas l'existence de faits permettant de l'examiner et ne justifierait donc pas une intervention de notre Cour à propos de cette question.

VI. Conclusion

L'arbitre a agi conformément à sa mission. Il n'a commis aucune erreur qui donne ouverture à l'annulation de la sentence arbitrale. Pour ces motifs, l'appel doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et la requête en annulation de la sentence rejetée avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Tamaro, Goyette, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Union des écrivaines et écrivains québécois et le Conseil des métiers d'art du Québec: Boivin Payette, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec: Laurin Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2003 Vol. 1

2^e cahier, 2003 Vol. 1

Cited as [2003] 1 S.C.R. 223-432

Renvoi [2003] 1 R.C.S. 223-432

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

Deputy Registrar / Registrataire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET GINETTE MIGNEAULT PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Law Society of New Brunswick v. Ryan.....247

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Barristers and solicitors — Professional misconduct — Discipline Committee of Law Society finding lawyer's conduct to be serious breach of professional standards warranting disbarment — Court of Appeal substituting own sanction of indefinite suspension with conditions for reinstatement — Whether level of deference involved in standard of reasonableness simpliciter varies according to particular circumstances — Whether Court of Appeal erred in setting aside disbarment — Whether Court of Appeal properly applied reasonableness simpliciter standard.

Miglin v. Miglin303

Family law — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Separation agreement — Spousal support release clause — Spouses executing final separation agreement containing release of any future claims for spousal support — Wife subsequently applying for spousal support under s. 15 of Divorce Act — Appropriate threshold for judicial intervention in separation agreement on application for spousal support — Weight to be attributed to spousal support release clause in separation agreement — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

Trial — Fairness — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Whether trial judge's comments and interventions raised reasonable apprehension of bias.

R. v. Allen223

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused charged with second degree murder — Crown cross-examining accused on his prior testimony given at trials of other person involved in murder — Trial judge erring in permitting cross-examination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Criminal law — Parties to offence — Second degree murder — Charge to jury — Trial judge not adequately instructing jury on s. 21(1) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. Arradi280

Criminal law — Contempt of court — Summary procedure — Accused refusing to answer certain questions during his testimony — Whether trial judge erred in convicting accused of contempt of court and sentencing him *instanter* and in presence of jury — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), 686(1)(a)(iii), 686(1)(b)(iii).

Continued on next page

SOMMAIRE

Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan247

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Avocats — Faute professionnelle — Conduite d'un avocat jugée par un comité de discipline du barreau comme étant une violation grave des normes professionnelles justifiant la radiation — Cour d'appel substituant à cette radiation une suspension pour une durée indéterminée assortie de conditions de réintégration — Le degré de déférence requis par la norme de la décision raisonnable simpliciter varie-t-il en fonction des circonstances? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en annulant la radiation? — La Cour d'appel a-t-elle bien appliqué la norme de la décision raisonnable simpliciter?

Miglin c. Miglin303

Droit de la famille — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Accord de séparation — Clause de renonciation aux aliments entre époux — Accord définitif de séparation contenant une clause de renonciation à toute créance alimentaire future entre époux — L'épouse demande par la suite des aliments à son profit en vertu de l'art. 15 de la Loi sur le divorce — Critère préliminaire d'intervention judiciaire dans un accord de séparation sur requête en aliments entre époux — Poids à donner à la clause de renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

Procès — Équité — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Les commentaires et interventions du juge suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

R. c. Allen223

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Contre-interrogatoire de l'accusé par le ministère public au sujet d'un témoignage antérieur donné aux procès d'une autre personne impliquée dans le meurtre — Erreur du juge du procès de permettre le contre-interrogatoire — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Droit criminel — Parties à l'infraction — Meurtre au deuxième degré — Exposé au jury — Directives incorrectes du juge du procès au jury au sujet de l'art. 21(1) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. c. Arradi280

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Refus de l'accusé de répondre à certaines questions lors de son témoignage — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en condamnant l'accusé pour outrage au tribunal et en lui infligeant une peine séance tenante et en présence du jury? — Dans l'affirmative, la disposition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Larue.....277

Criminal law — Sexual assault — Accused charged with aggravated sexual assault but convicted of included offence of aggravated assault — Trial judge not properly applying test for sexual assault to facts of case — Accused's acquittal on charge of aggravated sexual assault set aside and guilty verdict entered.

R. v. P.A.275

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Accused charged with aggravated assault and failure to provide necessities of life to her 3-month-old child — Delay of 21 months between accused's arrest and trial date — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Delay not infringing accused's right to be tried within reasonable time.

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....226

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Physicians and surgeons — Inquiry Committee of College of Physicians and Surgeons finding that physician had sexual relationship with patient and was guilty of infamous conduct — Reviewing judge disagreeing with Committee's findings on credibility and setting aside decision — Court of Appeal dismissing College's appeal as it could not conclude that reviewing judge was "clearly wrong" — Whether reviewing judge exceeded limits of judicial review by engaging in reconsideration of Committee's findings — Whether Court of Appeal applied an inappropriate test in assessing decision of reviewing judge.

SOMMAIRE (Fin)

réparatrice de l'art. 686(1)b(iii) du Code criminel est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a(ii), 686(1)a(iii), 686(1)b(iii).

R. c. Larue277

Droit criminel — Agression sexuelle — Accusé inculpé d'agression sexuelle grave mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves — Juge du procès ayant appliqué incorrectement le critère d'existence d'une agression sexuelle aux faits de la cause — Annulation de l'acquittement de l'accusé relativement à l'agression sexuelle grave et inscription d'un verdict de culpabilité.

R. c. P.A.275

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations de voies de fait graves et de défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence à un enfant de trois mois — Délai de 21 mois écoulé entre le moment de l'arrestation de l'accusée et la date du procès — Erreur du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures — Délai n'ayant pas porté atteinte au droit de l'accusée d'être jugée dans un délai raisonnable.

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....226

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Médecins et chirurgiens — Un comité d'enquête du Collège des médecins et chirurgiens conclut qu'un médecin a eu des relations sexuelles avec une patiente et est coupable de conduite indigne — Le juge en révision est en désaccord avec les conclusions du comité sur la crédibilité et annule la décision — La Cour d'appel rejette l'appel du Collège parce qu'elle ne peut conclure que le juge en révision a commis une « erreur manifeste » — Le juge en révision a-t-il excédé les limites du contrôle judiciaire en entreprenant le réexamen des conclusions du comité? — La Cour d'appel a-t-elle appliqué un critère inapproprié dans son évaluation de la décision du juge en révision?

Derrick Gordon Allen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALLEN

Neutral citation: 2003 SCC 18.

File No.: 29034.

2003: March 21.

Present: Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused charged with second degree murder — Crown cross-examining accused on his prior testimony given at trials of other person involved in murder — Trial judge erring in permitting cross-examination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Criminal law — Parties to offence — Second degree murder — Charge to jury — Trial judge not adequately instructing jury on s. 21(1) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Cases Cited

Applied: *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 624 A.P.R. 250, 93 C.R.R. (2d) 55, [2002] N.J. No. 11 (QL), 2002 NFCA 2, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Derek Hogan, for the appellant.

Pamela Goulding, for the respondent.

Derrick Gordon Allen *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ALLEN

Référence neutre : 2003 CSC 18.

N° du greffe : 29034.

2003 : 21 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Contre-interrogatoire de l'accusé par le ministère public au sujet d'un témoignage antérieur donné aux procès d'une autre personne impliquée dans le meurtre — Erreur du juge du procès de permettre le contre-interrogatoire — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Droit criminel — Parties à l'infraction — Meurtre au deuxième degré — Exposé au jury — Directives incorrectes du juge du procès au jury au sujet de l'art. 21(1) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1).

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 624 A.P.R. 250, 93 C.R.R. (2d) 55, [2002] N.J. No. 11 (QL), 2002 NFCA 2, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

Derek Hogan, pour l'appellant.

Pamela Goulding, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — Mr. Hogan, it is not necessary to hear from you. The Court is ready to pronounce judgment. Before doing so, the Court wishes to thank Ms. Goulding for her helpful submissions. Ms. Goulding, you could not have done more. The Court looks forward to your next appearance.

2 The appeal raises two issues: (1) whether the trial judge correctly instructed the jury in respect of s. 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and (2) whether the trial judge erred in law in permitting the Crown to cross-examine the appellant in respect to his prior testimony in the trials of Mr. Cousins.

3 Although the trial judge's initial directions to the jury on s. 21(1) when taken as a whole were adequate, we conclude, substantially for the reasons of O'Neill J.A., dissenting in the Newfoundland and Labrador Court of Appeal ((2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2), that the trial judge did not answer the jury's question with the clarity and comprehensiveness required by the applicable jurisprudence, thus giving rise to the possibility that the appellant was convicted by a jury that did not have an adequate understanding of the law on parties.

4 With respect to the second issue, our Court's recent decision in *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67 (which the trial judge and the Court of Appeal did not have the benefit of), dealt with cross-examination of an accused in respect of prior testimony in the light of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. *Noël* held that s. 13 of the *Charter* provides that, when an accused testifies at trial, he or she cannot be cross-examined on prior testimony unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that the prior testimony could be used to incriminate the accused. Applying that test to this appeal, we are of the view that the trial judge erred in permitting cross-examination of the appellant by the Crown with respect to the appellant's prior testimony, some of which included that

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Hogan. La Cour est prête à rendre jugement. Toutefois, elle tient préalablement à remercier M^e Goulding de son argumentation utile. M^e Goulding, vous ne pouviez pas faire davantage. La Cour espère avoir l'occasion de vous revoir plaider devant elle.

Deux questions sont soulevées en l'espèce : (1) le juge du procès a-t-il donné au jury des directives correctes au sujet du par. 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et (2) le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en permettant au ministère public de contre-interroger l'appelant au sujet du témoignage qu'il avait fait antérieurement au cours des procès de M. Cousins.

Bien que les directives initiales du juge du procès au sujet du par. 21(1) soient suffisantes dans l'ensemble, nous concluons, essentiellement pour les mêmes raisons que celles du juge O'Neill, dissident en Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ((2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2), que le juge du procès n'a pas répondu à la question du jury de la manière claire et complète requise par la jurisprudence applicable, de sorte qu'il se peut que l'appelant ait été déclaré coupable par un jury qui n'avait pas une compréhension suffisante du droit relatif aux parties.

Quant à la deuxième question, l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67 (dont ne disposaient ni le juge du procès ni la Cour d'appel), concernait la validité, au regard de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du contre-interrogatoire d'un accusé sur un témoignage qu'il avait fait antérieurement. Dans l'arrêt *Noël*, la Cour a statué que l'art. 13 de la *Charte* prévoit que l'accusé qui témoigne à son procès ne peut pas être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a fait antérieurement, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur serve à l'incriminer. Après avoir appliqué ce critère au présent appel, nous sommes d'avis que le juge du procès a commis une erreur en permettant au

he stated that he killed or thought he killed the victim, and that he stated that he held the murder weapon to his throat shortly after the murder. The Crown properly conceded that some of the questions were incriminating. In that connection, we see no basis to distinguish this case from that of *Noël*.

Accordingly, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal, and set aside the conviction and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Derek Hogan, St. John's.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, St. John's.

ministère public de contre-interroger l'appelant au sujet de son témoignage antérieur, dans lequel il avait notamment affirmé avoir tué ou cru tuer la victime, et avoir tenu l'arme du crime à sa gorge peu après le meurtre. Le ministère public a reconnu, à juste titre, que certaines questions étaient incriminantes. À cet égard, nous considérons qu'il n'y a aucune raison de distinguer la présente affaire de l'affaire *Noël*.

En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ainsi que la déclaration de culpabilité, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Derek Hogan, St. John's.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, St. John's.

College of Physicians and Surgeons of British Columbia *Appellant*

v.

Dr. Q *Respondent*

INDEXED AS: DR. Q v. COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2003 SCC 19.

File No.: 28553.

2002: October 2; 2003: April 3.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Physicians and surgeons — Inquiry Committee of College of Physicians and Surgeons finding that physician had sexual relationship with patient and was guilty of infamous conduct — Reviewing judge disagreeing with Committee's findings on credibility and setting aside decision — Court of Appeal dismissing College's appeal as it could not conclude that reviewing judge was "clearly wrong" — Whether reviewing judge exceeded limits of judicial review by engaging in reconsideration of Committee's findings — Whether Court of Appeal applied an inappropriate test in assessing decision of reviewing judge.

In 1998, an Inquiry Committee of the appellant College found that the respondent physician had taken physical and emotional advantage of one of his female patients and was guilty of infamous conduct. The relationship began in early 1994 as a therapeutic one, after the patient sought help in treating her depression. She alleged that, at some point in the spring of 1995, the relationship became sexual and that this sexual relationship lasted for approximately 16 months. The respondent denied the allegations. In reaching its conclusion that sexual acts had occurred, the Committee stated that it accepted the patient's evidence and disbelieved that of the respondent. The Council of the College suspended the respondent from the practice of medicine for 18 months,

College of Physicians and Surgeons of British Columbia *Appellant*

c.

Dr Q *Intimé*

RÉPERTORIÉ : DR Q c. COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF BRITISH COLUMBIA

Référence neutre : 2003 CSC 19.

N^o du greffe : 28553.

2002 : 2 octobre; 2003 : 3 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Médecins et chirurgiens — Un comité d'enquête du Collège des médecins et chirurgiens conclut qu'un médecin a eu des relations sexuelles avec une patiente et est coupable de conduite indigne — Le juge en révision est en désaccord avec les conclusions du comité sur la crédibilité et annule la décision — La Cour d'appel rejette l'appel du Collège parce qu'elle ne peut conclure que le juge en révision a commis une « erreur manifeste » — Le juge en révision a-t-il excédé les limites du contrôle judiciaire en entreprenant le réexamen des conclusions du comité? — La Cour d'appel a-t-elle appliqué un critère inapproprié dans son évaluation de la décision du juge en révision?

En 1998, un comité d'enquête du Collège appellant conclut que le médecin intimé a abusé physiquement et psychologiquement de l'une de ses patientes et qu'il s'est rendu coupable de conduite indigne. La relation qui s'établit au début de 1994 est d'abord thérapeutique, quand la patiente consulte pour soigner sa dépression. Elle allègue qu'au printemps 1995 la relation prend une tournure sexuelle et que la liaison dure près de 16 mois. L'intimé nie les allégations. Concluant qu'il y a eu des actes sexuels, le comité déclare qu'il accepte le témoignage de la patiente et qu'il ne croit pas celui de l'intimé. Le Conseil du Collège suspend l'intimé de l'exercice de la profession médicale pour 18 mois, avec des conditions rigoureuses de réintégration. Dans l'appel en vertu de la

with stringent conditions for his return to the profession. On an appeal under the *Medical Practitioners Act*, the reviewing judge set aside the Inquiry Committee's decision, disagreeing with its findings as to credibility. The Court of Appeal dismissed the College's appeal because it could not conclude that the reviewing judge was "clearly wrong".

Held: The appeal should be allowed and the order of the College restored.

The reviewing judge erred by applying too exacting a standard of review and substituting her own view of the evidence for that of the Committee. The standard of "clear and cogent evidence" does not permit the reviewing judge to enter into a re-evaluation of the evidence. Moreover, the fact that the Act grants a right of appeal does not mean that the matter could be dealt with without recourse to the usual administrative law principles pertaining to standard of review. In a case of judicial review such as this, the Court applies the pragmatic and functional approach, which calls upon a reviewing court to weigh a series of factors in an effort to discern whether a particular issue before the administrative body should receive exacting review, undergo significant searching or testing, or be left to the near exclusive determination of the decision-maker. These various postures of deference correspond, respectively, to the standards of correctness, reasonableness *simpliciter*, and patent unreasonableness. In this case, a consideration of the four factors leads to a standard of reasonableness *simpliciter*. The reviewing judge did not adopt this analysis. Indeed, she made no reference at all to the pragmatic and functional approach. The effect of the reviewing judge's failure to conduct the usual administrative law analysis was to review the Committee's findings of fact on what amounted to a correctness standard. While one of the factors under the pragmatic and functional approach is whether the statute grants a right of appeal, the reviewing judge considered only this factor and failed to address the need for deference in view of the purpose of the Act and the nature of the problem, credibility.

The Court of Appeal erred in failing to set aside the reviewing judge's order. The Court of Appeal determined that the standard to be applied in assessing the judgment of the reviewing judge was whether in her re-weighing of the evidence she was clearly wrong. This is not the appropriate test at the secondary appellate level. The role of the Court of Appeal was to determine whether the reviewing judge had chosen and applied the correct standard of review, and in the event she had not, to assess the administrative body's decision in light of the correct standard of review, reasonableness. At this stage in the

Medical Practitioners Act, la juge en révision infirme la décision du comité d'enquête, se disant en désaccord avec ses conclusions sur la crédibilité. La Cour d'appel rejette l'appel du Collège, estimant ne pas pouvoir conclure que le juge en révision a commis une « erreur manifeste ».

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance du Collège est rétablie.

La juge de révision a commis une erreur en appliquant une norme de contrôle trop exigeante et en substituant sa propre appréciation de la preuve à celle du comité. La norme de la "preuve claire et convaincante" n'autorise pas le juge de révision à réévaluer la preuve. De plus, le fait que la loi confère un droit d'appel ne signifie pas que la question peut être réglée sans recours aux principes usuels du droit administratif en matière de norme de contrôle. Dans le cas d'un contrôle judiciaire comme en l'espèce, il faut appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle qui exige de la cour de révision de soupeser une série de facteurs afin de déterminer si une question précise dont l'organisme administratif était saisi devrait être soumise à un contrôle exigeant, subir un examen ou une analyse en profondeur, ou être laissée à l'appréciation quasi exclusive du décideur. Ces divers degrés de déférence correspondent respectivement aux normes de la décision correcte, raisonnable *simpliciter* et manifestement déraisonnable. En l'espèce, la prise en compte des quatre facteurs mène à la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. La juge de révision n'a pas adopté cette analyse. En fait, elle n'a nullement mentionné la méthode pragmatique et fonctionnelle. L'effet de ne pas avoir effectué l'analyse usuelle en droit administratif est que la juge en révision a considéré les conclusions de fait du comité selon une norme équivalant à la norme de la décision correcte. Bien que l'existence d'un droit d'appel en vertu de la loi soit un des facteurs à considérer dans l'analyse fonctionnelle et pragmatique, la juge en révision n'a tenu compte que de ce seul facteur et a omis de traiter de la déférence requise en raison de l'objet de la loi et de la nature du problème, la crédibilité.

La Cour d'appel a fait une erreur en n'annulant pas l'ordonnance de la juge de révision. La Cour d'appel a jugé que la norme à appliquer pour l'examen du jugement de la juge de révision consistait à déterminer si sa réévaluation de la preuve était manifestement erronée. Ce n'est pas le critère approprié au deuxième niveau d'appel. Le rôle de la Cour d'appel était de décider si la juge de révision avait choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée et, si cela n'était pas le cas, d'examiner la décision de l'organisme administratif à la lumière de la norme de contrôle appropriée, soit celle de la décision raisonnable.

analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. The question of the right standard to select and apply is one of law and, therefore, must be answered correctly by a reviewing judge. The Court of Appeal erred by affording deference where none was due. The Court of Appeal should have corrected the reviewing judge's error, substituted the appropriate standard of administrative review, and assessed the Committee's decision on this basis. Judged on the proper standard of reasonableness, there was ample evidence to support the Committee's conclusions.

Cases Cited

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to** *Jory v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1985] B.C.J. No. 320 (QL); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.

Statutes and Regulations Cited

Medical Practitioners Act, R.S.B.C. 1996, c. 285, ss. 3, 53, 60, 73.

Authors Cited

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

À cette étape de l'analyse, la Cour d'appel effectue le contrôle en appel d'une décision judiciaire, et non pas le contrôle judiciaire d'une décision administrative. La question du choix et de l'application de la norme appropriée est une question de droit et le juge de révision doit donc y avoir répondu correctement. La Cour d'appel a commis une erreur en accordant une déférence qui n'était pas requise. La Cour d'appel aurait dû corriger l'erreur de la juge de révision, appliquer la norme appropriée de contrôle administratif et examiner la décision du comité sur ce fondement. Au regard de la norme appropriée de la décision raisonnable, la preuve étayait amplement les conclusions du comité.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *Jory c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1985] B.C.J. No. 320 (QL); *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.

Lois et règlements cités

Medical Practitioners Act, R.S.B.C. 1996, ch. 285, art. 3, 53, 60, 73.

Doctrine citée

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 198 D.L.R. (4th) 250, 154 B.C.A.C. 12, [2001] B.C.J. No. 887 (QL), 2001 BCCA 241, upholding a judgment of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 2408 (QL), setting aside a decision of the College of Physicians and Surgeons, Inquiry Committee. Appeal allowed.

David Martin and Karen Weslowski, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *Nigel L. Trevethan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

On January 5, 1998, an Inquiry Committee of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia found that Dr. Q had taken physical and emotional advantage of one of his patients, Ms. T, and was guilty of infamous conduct. As a consequence, the Council of the College of Physicians and Surgeons suspended Dr. Q from the practice of medicine for 18 months, with stringent conditions for his return to the profession.

Dr. Q appealed this decision to the British Columbia Supreme Court, as provided by the *Medical Practitioners Act*, R.S.B.C. 1996, c. 285 (the "Act"). The reviewing judge, Koenigsberg J., set aside the Inquiry Committee's decision ([1999] B.C.J. No. 2408 (QL)). The College then appealed to the Court of Appeal of British Columbia, which dismissed the appeal ((2001), 198 D.L.R. (4th) 250, 2001 BCCA 241). The College of Physicians and Surgeons appeals to this Court, arguing that the British Columbia courts erred in setting aside the decision of the Inquiry Committee and Dr. Q's suspension.

This appeal raises a number of questions about the legal relationships between administrative

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 198 D.L.R. (4th) 250, 154 B.C.A.C. 12, [2001] B.C.J. No. 887 (QL), 2001 BCCA 241, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 2408 (QL), qui avait annulé une décision du comité d'enquête du Collège des médecins et chirurgiens. Pourvoi accueilli.

David Martin et Karen Weslowski, pour l'appellant.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *Nigel L. Trevethan*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le 5 janvier 1998, un comité d'enquête du Collège des médecins et chirurgiens de la Colombie-Britannique conclut que le Dr Q a abusé physiquement et psychologiquement de l'une de ses patientes, M^{me} T, et qu'il s'est rendu coupable de conduite indigne. En conséquence, le Conseil du Collège des médecins et chirurgiens suspend le Dr Q de l'exercice de la profession médicale pour une période de 18 mois, et impose des conditions rigoureuses pour sa réintégration.

Le Dr Q interjette appel de cette décision auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, comme le lui permet la *Medical Practitioners Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 285 (la « Loi »). Siégeant en révision, la juge Koenigsberg infirme la décision du comité d'enquête ([1999] B.C.J. No. 2408 (QL)). Le Collège fait appel de la décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui rejette l'appel ((2001), 198 D.L.R. (4th) 250, 2001 BCCA 241). Le Collège des médecins et chirurgiens se pourvoit devant notre Cour en faisant valoir que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en annulant la décision du comité d'enquête et la suspension du Dr Q.

Le pourvoi soulève plusieurs questions sur les liens de droit entre les organismes administratifs,

1

2

3

bodies, reviewing courts, and courts of appeal. The result in this case, therefore, depends upon a clear understanding, and calls for a clear articulation, of the legal principles that guide review at each of these levels.

4 I conclude that the reviewing judge of the British Columbia Supreme Court exceeded the limits of judicial review authorized by the Act by engaging in a reconsideration of the Committee's findings of fact and that the Court of Appeal erred in failing to set aside the order of the reviewing judge. In the result, I would allow the appeal and reinstate the order of the College of Physicians and Surgeons against Dr. Q.

II. The Facts and Decisions

5 The relationship between Dr. Q and Ms. T began in early 1994 as a therapeutic one. Ms. T sought Dr. Q's help in treating her depression. Ms. T alleged that, at some point in the spring of 1995, the relationship became sexual and that this sexual relationship lasted for approximately 16 months. The case ultimately turned on an assessment of credibility. Dr. Q flatly denied Ms. T's allegations that they had been involved sexually. The Committee heard the oral evidence of both parties and considered corroborative evidence. In reaching its conclusion that sexual acts had occurred, the Committee stated that it accepted Ms. T's evidence and disbelieved that of Dr. Q (Report of the Inquiry Committee, January 5, 1998, p. 20).

6 Section 73 of the Act affords an appeal to the courts "on the merits" of the case. Dr. Q appealed to the British Columbia Supreme Court. On appeal, Koenigsberg J., in chambers, accepted that "[t]he task of the Committee was to determine the guilt or innocence of Dr. Q. based almost completely on the credibility of the witnesses" (para. 2). Koenigsberg J. posed the question before her as follows (at para. 4):

The issue is whether the evidence before the Committee objectively assessed meets the standard of clear and cogent evidence to support the finding that Dr. Q. was guilty.

les cours de révision et les cours d'appel. L'issue du pourvoi dépend de la bonne compréhension et d'un énoncé clair des principes juridiques qui guident le contrôle à chaque niveau d'instance.

Je conclus que la juge de révision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a outrepassé les limites du contrôle judiciaire prévu par la Loi en réexaminant les conclusions de fait du comité et que la Cour d'appel a fait une erreur en n'annulant pas l'ordonnance de la juge de révision. En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la mesure prise par le Collège des médecins et chirurgiens contre le Dr Q.

II. Les faits et les décisions

La relation qui s'établit au début de 1994 entre le Dr Q et M^{me} T est d'abord thérapeutique. M^{me} T consulte le Dr Q pour soigner sa dépression. M^{me} T allègue qu'au printemps 1995, la relation prend une tournure sexuelle et que la liaison dure près de 16 mois. L'affaire repose essentiellement sur l'appréciation de la crédibilité. Le Dr Q nie formellement les allégations de M^{me} T selon lesquelles ils entretenaient une liaison intime. Le comité entend les témoignages des deux parties et examine la preuve corroborante. Concluant qu'il y a eu des actes sexuels, le comité déclare qu'il accepte le témoignage de M^{me} T et qu'il ne croit pas celui du Dr Q (rapport du comité d'enquête, 5 janvier 1998, p. 20).

L'article 73 de la Loi permet un appel [TRADUCTION] « sur le fond » devant les tribunaux. Le Dr Q interjette appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La juge Koenigsberg, en chambre, admet que [TRADUCTION] « [l]e comité était chargé de décider de la culpabilité ou de l'innocence du Dr Q en se fondant presque exclusivement sur la crédibilité des témoins » (par. 2). Elle formule en ces termes la question dont elle est saisie (au par. 4) :

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir si, évaluée objectivement, la preuve dont disposait le comité satisfait à la norme de la preuve claire et convaincante et étaye la conclusion que le Dr Q est coupable.

She reviewed the evidence and disagreed with the Committee's findings as to credibility. As a result, Koenigsberg J. held that the evidence was not "sufficiently cogent" (para. 39) to make it safe to uphold the findings of the panel. She allowed the appeal and set aside the finding of infamous conduct.

The College appealed to the British Columbia Court of Appeal. The Court of Appeal reviewed Koenigsberg J.'s decision, felt that it could not reach the conclusion that she was "clearly wrong" (para. 30) and, therefore, dismissed the appeal.

III. Analysis

Since this case turns on the respective roles of an administrative tribunal and the courts, it is necessary to consider in turn the legal principles that guide the Committee, the reviewing judge, and the Court of Appeal.

A. *The Role of the Committee*

The Province of British Columbia has ultimate authority and responsibility for the governance of the medical profession in that province. It has delegated part of this responsibility to the College of Physicians and Surgeons through the mechanism of an Inquiry Committee whose task it is to investigate complaints against members of the profession. The Committee gives its opinion to the College, which imposes a sanction if the complaint is found to have merit.

The Inquiry Committee in this case consisted of two physicians, a public representative, and a member of the Bar of British Columbia. Sections 53 and 60 of the Act empowered it to decide the issues raised by the complaint. The merits of the complaint are to be determined by the Committee on the basis of the evidence and its findings on credibility.

The Committee had three tasks before it in dealing with the allegations levelled against Dr. Q: first, it had to make findings of fact, including assessments of credibility; second, it had to select the appropriate standard of proof; and, third, it had to apply the standard of proof to the facts as found

La juge Koenigsberg examine la preuve et se dit en désaccord avec le comité sur la question de la crédibilité. Elle conclut que la preuve n'est pas [TRADUCTION] « suffisamment convaincante » (par. 39) pour confirmer avec certitude les conclusions du comité. Elle accueille l'appel et annule la conclusion de conduite indigne.

Le Collège fait appel. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique examine la décision de la juge Koenigsberg et, estimant ne pas pouvoir conclure qu'elle [TRADUCTION] « a commis une erreur manifeste » (par. 30), rejette l'appel.

III. Analyse

Étant donné que le pourvoi concerne les rôles respectifs d'un tribunal administratif et des tribunaux judiciaires, il convient d'examiner tour à tour les principes juridiques qui guident le comité, le juge de révision et la Cour d'appel.

A. *Le rôle du comité*

C'est à la province de la Colombie-Britannique que revient en dernier ressort le pouvoir et la responsabilité de régler la profession médicale dans la province. Elle a délégué une partie de cette responsabilité au Collège des médecins et chirurgiens, par le mécanisme d'un comité d'enquête chargé d'examiner les plaintes contre les membres de la profession. Le comité communique ses conclusions au Collège, qui impose une sanction si la plainte est jugée fondée.

Le comité d'enquête se composait en l'occurrence de deux médecins, d'un représentant du public et d'un membre du barreau de la Colombie-Britannique. Les articles 53 et 60 de la Loi l'habilitaient à trancher les questions soulevées par la plainte. Le comité doit juger du bien-fondé de la plainte sur la base de la preuve et de ses propres conclusions sur la crédibilité.

Saisi des allégations portées contre le Dr Q, le comité avait trois fonctions : premièrement, tirer des conclusions de fait, notamment sur la crédibilité; deuxièmement, choisir la norme de preuve appropriée; troisièmement, appliquer la norme de preuve aux faits établis et déterminer si l'allégation

7

8

9

10

11

to determine whether the alleged impropriety had been proven. The Committee applied the standard of “clear and cogent evidence”, enunciated in *Jory v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1985] B.C.J. No. 320 (QL) (S.C.), and all parties accepted that this was appropriate. This standard was not challenged in the courts below nor in this Court, and the case law demonstrates that it is routinely used in professional conduct inquiries in the Province of British Columbia. The determination of whether the allegations had been proven to this standard followed irresistibly from the Committee’s assessment of the witnesses’ evidence, leaving credibility as the main issue before the Committee.

12 The Committee heard the oral evidence of both Dr. Q and Ms. T and made assessments of the manner in which each had delivered their evidence. The Committee found Ms. T to be “forthright and direct” and stated that, even on questions of a very personal nature, she “answered questions directly and responsively” (p. 20). In contrast, the Committee felt that Dr. Q was “initially nervous in giving his evidence” and, even after he settled down, “he was nonetheless somewhat hesitant and evasive when dealing with difficult questions” (p. 20). But the Committee also looked to the internal consistency of both parties’ evidence. In a letter written to the College, Dr. Q had stated that he “did see Ms. [T] for lunch on at least one occasion after she stopped seeing [him] as a patient” (p. 20 (emphasis added)). Yet on cross-examination, Dr. Q admitted to having lunch with Ms. T on between 10 and 15 occasions. The Committee viewed this discrepancy as diminishing Dr. Q’s credibility.

13 The Committee also assessed the substance of both stories in light of potentially corroborative evidence. On a number of important details, the Committee found that the external evidence was corroborative of Ms. T’s testimony. For example, Ms. T was able to describe particular physical features of Dr. Q in a way that the Committee found was more “consistent with her visual observation” (p. 26) of Dr. Q’s body than having heard about them from

de conduite répréhensible était prouvée. Le comité a appliqué la norme de la [TRADUCTION] « preuve claire et convaincante » énoncée dans *Jory c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [1985] B.C.J. No. 320 (QL) (C.S.), ce que toutes les parties ont jugé approprié. Cette norme n’a pas été remise en cause devant les instances inférieures, ni devant notre Cour, et la jurisprudence montre qu’elle est couramment appliquée en Colombie-Britannique dans les enquêtes sur la conduite professionnelle. Comme l’appréciation par le comité de la déposition des témoins déterminait irrésistiblement sa conclusion sur la question de savoir si la preuve des allégations satisfaisait à cette norme, la crédibilité constituait le point central de son examen.

Le comité a entendu les témoignages du Dr Q et de M^{me} T et a évalué la manière dont chacun avait témoigné. Le comité a jugé que M^{me} T a témoigné de façon [TRADUCTION] « franche et directe » et que, même confrontée à des questions de nature très personnelle, elle « a répondu aux questions de manière directe et réceptive » (p. 20). En revanche, le comité a estimé que Dr Q paraissait [TRADUCTION] « tout d’abord nerveux lorsqu’il a témoigné » et que, même après s’être ressaisi, « il est néanmoins resté un peu hésitant et évasif dans ses réponses à des questions difficiles » (p. 20). Le comité a également examiné la cohérence interne des témoignages des deux parties. Dans une lettre adressée au Collège, le Dr Q déclare qu’il [TRADUCTION] « a effectivement pris le lunch avec M^{me} [T] au moins une fois après qu’elle eut cessé d’être [sa] patiente » (p. 20 (je souligne)). En contre-interrogatoire, le Dr Q a pourtant admis avoir pris le lunch avec M^{me} T entre 10 et 15 fois. Le comité estimait que cette contradiction diminuait la crédibilité du Dr Q.

En outre, le comité a examiné les deux versions des faits à la lumière de la preuve potentiellement corroborante. Sur plusieurs détails importants, le comité a conclu que la preuve externe corroborait le témoignage de M^{me} T. Par exemple, M^{me} T a décrit des caractéristiques physiques du Dr Q d’une manière que le comité estimait [TRADUCTION] « correspondre davantage à des observations visuelles » (p. 26) du corps du Dr Q

Dr. Q, as he had suggested. The Committee concluded that Ms. T's ability to provide a vivid description of Dr. Q's new office, which he had moved into after they had ceased their therapeutic relationship, was inconsistent with Dr. Q's assertion that Ms. T had only been in the new office on one occasion, and even then only briefly. Furthermore, contrary to Ms. T's version of events, Dr. Q denied that he had ever dined at a particular restaurant with Ms. T. Yet the owner of the restaurant confirmed that a reservation in Dr. Q's name was made and used at a time consistent with the evidence given by Ms. T. The Committee examined a letter written by Dr. Q to Ms. T and concluded that its contents were "likewise more consistent with a relationship which has gone beyond the platonic" (p. 28). Finally, the Committee considered Ms. T's evidence that, subsequent to the termination of their therapeutic relationship, she and Dr. Q would meet at his office at the end of the day, at which point they would engage in sexual activity. The Committee heard evidence from a witness, Ms. K, which confirmed that Ms. T had, indeed, been in Dr. Q's office at the end of the day, well after their therapeutic relationship had ended. Dr. Q offered no explanation (p. 29).

On the basis of the manner and internal consistency of their testimony, as well as all of the corroborative evidence, the Committee stated that it "accepts the evidence of Ms. [T] as to the occurrence of the sexual acts described in her evidence and disbelieves Dr. [Q] in his evidence where he denies that the sexual encounters occurred" (p. 20). As noted, the conclusion that a sexual relationship had existed and that this constituted infamous and unprofessional conduct flowed inexorably once these findings of credibility had been made. As such, the key question in this case is whether the reviewing judge should have interfered with the findings of credibility made by the Committee.

Having set out the responsibility and tasks of the Committee in this case, and summarized its conclusions, I turn to the duties of the reviewing judge in the Supreme Court of British Columbia.

qu'à ce que le Dr Q lui aurait décrit à cet égard, ainsi qu'il l'a prétendu. Le comité pensait qu'il y avait incompatibilité entre la capacité de M^{me} T de fournir une description d'une clarté saisissante du nouveau bureau du Dr Q, dans lequel il avait emménagé après la fin de leur relation thérapeutique, et la prétention du Dr Q que M^{me} T n'était venue au nouveau bureau qu'une seule fois, et ce, très brièvement. Qui plus est, contrairement à la version des faits de M^{me} T, le Dr Q a nié avoir dîné avec M^{me} T à un certain restaurant. Le propriétaire du restaurant a pourtant confirmé qu'à une époque qui coïncide avec le témoignage de M^{me} T, une réservation avait été faite au nom du Dr Q et qu'on y avait donné suite. Après avoir examiné une lettre du Dr Q adressée à M^{me} T, le comité a conclu que son contenu [TRADUCTION] « cadrait davantage avec une relation qui a dépassé le stade platonique » (p. 28). Quant à l'affirmation de M^{me} T selon laquelle, après la fin de leur relation thérapeutique, elle et le Dr Q se donnaient rendez-vous à son bureau en fin de journée et se livraient à des activités sexuelles, le comité a entendu un témoin, M^{me} K, qui a confirmé que M^{me} T était effectivement venue au bureau du Dr Q en fin de journée, bien après la fin de leur relation thérapeutique. Le Dr Q n'a fourni aucune explication (p. 29).

Se fondant sur leur façon de témoigner et la cohérence interne des témoignages ainsi que sur l'ensemble de la preuve corroborante, le comité déclare qu'il [TRADUCTION] « accepte le témoignage de M^{me} [T] quant à la réalité des actes sexuels qu'elle a décrits et ne croit pas le témoignage du Dr [Q] dans lequel il nie avoir eu des rapports sexuels » (p. 20). On a vu que ces conclusions sur la crédibilité menaient inexorablement à la conclusion qu'il y avait eu des relations sexuelles et que cela constituait une conduite indigne et non professionnelle. Par conséquent, la question essentielle en l'espèce, est de savoir si la juge de révision a eu raison de modifier les conclusions du comité sur la crédibilité.

Ayant énoncé les responsabilités incombant au comité en l'espèce et résumé ses conclusions, j'examine maintenant les obligations du juge de révision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

B. *The Role of the Reviewing Judge*

16 The Act permits an appeal to the Supreme Court of British Columbia. As Koenigsberg J. noted, the reviewing judge's task is not to substitute his or her views of the evidence for those of the tribunal, but to review the decision with the appropriate degree of curial deference. However, having said this, Koenigsberg J. engaged in a wide-ranging review of the evidence and in effect substituted her views on the credibility of the witnesses for those of the Committee.

17 This approach appears to have been connected to two assumptions. The first was the apparent assumption that since the standard of proof was the intermediate standard of clear and cogent evidence, the reviewing judge was required to review the evidence and make her own evaluation of whether it reached this standard. The second was the assumption that because the Act expressly confers a right of appeal, the review was not to be treated like the usual review of the decision of an administrative tribunal, which requires the reviewing judge to first determine the appropriate standard of review and then apply that standard to the decision. In my view, both of these assumptions are mistaken. As a result of their application, the reviewing judge applied the wrong standard of review and interfered unduly in the Committee's findings of credibility and fact.

(1) The Distinction between Standard of Proof at First Instance and Standard of Judicial Review

18 The first erroneous assumption was that because the standard was that of clear and cogent evidence, the reviewing judge was required to revisit the Committee's findings of credibility and fact. The reviewing judge took the requirement for clear and cogent evidence as an entree into a reconsideration of the facts. She stated at para. 4:

Thus guided it remains to consider the findings of the Committee in this case in relation to credibility. The issue is whether the evidence before the Committee objectively assessed meets the standard of clear and cogent evidence to support the finding that Dr. Q. was guilty.

B. *Le rôle du juge de révision*

La Loi autorise l'appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Comme le note la juge Koenigsberg, le rôle du juge de révision n'est pas de substituer son appréciation de la preuve à celle du tribunal, mais d'examiner la décision avec le degré requis de déférence. Cependant, après avoir dit cela, la juge Koenigsberg a entrepris un examen général de la preuve et a en réalité substitué son appréciation de la crédibilité des témoins à celle du comité.

Cette façon de procéder paraît résulter de deux postulats. Le premier était apparemment que, puisque la norme de preuve était la norme intermédiaire de la preuve claire et convaincante, la juge de révision devait examiner la preuve et juger elle-même si la preuve satisfaisait à cette norme. Le deuxième postulat était que, puisque la Loi confère expressément un droit d'appel, le contrôle ne devait pas être abordé comme le contrôle habituel de la décision d'un tribunal administratif, où le juge de révision doit d'abord déterminer la norme de contrôle appropriée et ensuite l'appliquer à la décision. J'estime que ces deux postulats sont erronés. Ils ont amené la juge de révision à appliquer la mauvaise norme de contrôle et à intervenir indûment dans les conclusions du comité sur la crédibilité et les faits.

(1) La distinction entre la norme de preuve en première instance et la norme de contrôle judiciaire

Le premier postulat erroné est que, la norme étant la norme de la preuve claire et convaincante, la juge de révision doit réexaminer les conclusions du comité sur la crédibilité et les faits. La juge de révision interprète l'exigence de la preuve claire et convaincante comme donnant ouverture à un réexamen des faits. Elle affirme au par. 4 :

[TRADUCTION] Suivant cette démarche, il reste à examiner en l'espèce les conclusions du comité sur la crédibilité. Il s'agit de savoir si, évaluée objectivement, la preuve dont disposait le comité satisfait à la norme de la preuve claire et convaincante et étaye la conclusion que le Dr Q est coupable.

The standard of clear and cogent evidence does not permit the reviewing judge to enter into a re-evaluation of the evidence. Indeed, *Jory, supra*, upon which the reviewing judge relied, emphasized that findings of fact or credibility are generally due considerable deference (paras. 12-13). The requirement for “clear and cogent evidence” is a matter relating to the standard of proof employed at the Committee level, ensuring that the Committee is alive to the gravity of the consequences of their decision. It is a legal standard that the administrative decision-maker must apply to the evidence in order to determine the outcome of the case. It does not instruct a reviewing court on how to scrutinize the decision of the administrative decision-maker. This is solely a question of standard of review, to be resolved by applying the pragmatic and functional approach.

(2) The Primacy of the Pragmatic and Functional Approach

This brings us to the second erroneous assumption — that because the Act grants a right of appeal, the matter could be dealt with without recourse to the usual administrative law principles pertaining to standard of review.

In a case of judicial review such as this, the Court applies the pragmatic and functional approach that was established by this Court in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and gained ascendancy in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. The term “judicial review” embraces review of administrative decisions by way of both application for judicial review and statutory rights of appeal. In every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach. In *Pushpanathan*, this Court unequivocally accepted the primacy of the pragmatic and functional approach to determining the standard of judicial review of administrative decisions. Bastarache J. affirmed that “[t]he central inquiry in determining the standard of review

La norme de la preuve claire et convaincante n’autorise pas le juge de révision à réévaluer la preuve. En fait, la décision *Jory*, précitée, sur laquelle la juge de révision se fonde, souligne que les conclusions sur les faits ou la crédibilité doivent en général bénéficier d’un haut degré de déférence (par. 12-13). L’exigence de la « preuve claire et convaincante » se rapporte à la norme de preuve applicable au niveau du comité et sert à garantir qu’il reste conscient de la gravité des conséquences de sa décision. C’est une norme juridique que l’instance administrative doit appliquer à la preuve pour décider de l’issue du litige. Ce n’est pas une directive donnée à la cour de révision sur la façon d’examiner la décision de l’instance administrative. Il s’agit uniquement d’une question de norme de contrôle, qu’il faut résoudre par la méthode pragmatique et fonctionnelle.

(2) La primauté de la méthode pragmatique et fonctionnelle

Cela nous amène au second postulat erroné : puisque la Loi confère un droit d’appel, la question peut être réglée sans recours aux principes usuels du droit administratif en matière de norme de contrôle.

Dans le cas d’un contrôle judiciaire, comme en l’espèce, la cour applique la méthode pragmatique et fonctionnelle établie dans l’arrêt de notre Cour *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et consacrée dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Le terme « contrôle judiciaire » comprend le contrôle des décisions administratives autant par voie de demande de contrôle judiciaire que d’un droit d’appel prévu par la loi. Chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Dans *Pushpanathan*, la Cour a accepté sans équivoque la primauté de la méthode pragmatique et fonctionnelle dans la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions administratives.

19

20

21

exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed” (para. 26). However, this approach also gives due regard to “the consequences that flow from a grant of powers” (*Bibeault*, at p. 1089) and, while safeguarding “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law” (p. 1090), reinforces that this reviewing power should not be employed unnecessarily. In this way, the pragmatic and functional approach inquires into legislative intent, but does so against the backdrop of the courts’ constitutional duty to protect the rule of law.

22

To determine standard of review on the pragmatic and functional approach, it is not enough for a reviewing court to interpret an isolated statutory provision relating to judicial review. Nor is it sufficient merely to identify a categorical or nominate error, such as bad faith, error on collateral or preliminary matters, ulterior or improper purpose, no evidence, or the consideration of an irrelevant factor. Rather, the pragmatic and functional approach calls upon the court to weigh a series of factors in an effort to discern whether a particular issue before the administrative body should receive exacting review by a court, undergo “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57), or be left to the near exclusive determination of the decision-maker. These various postures of deference correspond, respectively, to the standards of correctness, reasonableness *simpliciter*, and patent unreasonableness.

23

Much as the principled approach to hearsay articulated in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, eclipsed the traditional categorical exceptions to the hearsay rule (*R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40), the pragmatic and functional approach represents a principled conceptual model which the Court has used consistently in judicial review.

Le juge Bastarache affirme que « [l]a détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause » (par. 26). Cependant, cette méthode tient aussi dûment compte des « conséquences qui découlent d’un octroi de pouvoir » (*Bibeault*, p. 1089) et, tout en sauvegardant « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité » (p. 1090), renforce le principe selon lequel il ne faut pas recourir sans nécessité à ce pouvoir de surveillance. La méthode pragmatique et fonctionnelle implique ainsi l’examen de l’intention du législateur, mais sur l’arrière-plan de l’obligation constitutionnelle des tribunaux de protéger la légalité.

Pour définir la norme de contrôle applicable selon la méthode pragmatique et fonctionnelle, la cour de révision ne peut se contenter d’interpréter une disposition législative isolée concernant le contrôle judiciaire. Il ne suffit pas non plus d’identifier simplement une erreur catégorisée ou désignée telle que la mauvaise foi, l’erreur sur des conditions accessoires ou préalables, le motif inavoué ou illégitime, l’absence de preuve ou la prise en compte d’un facteur sans pertinence. La méthode pragmatique et fonctionnelle exige plutôt de la cour de soupeser une série de facteurs afin de déterminer si une question précise dont l’organisme administratif était saisi devrait être soumise à un contrôle judiciaire exigeant, subir un « examen ou [...] une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57) ou être laissée à l’appréciation quasi exclusive du décideur. Ces divers degrés de déférence correspondent respectivement aux normes de la décision correcte, raisonnable *simpliciter* et manifestement déraisonnable.

Tout comme la méthode d’application de principes en matière de ouï-dire, énoncée dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, a éclipsé les catégories traditionnelles d’exceptions à la règle du ouï-dire (*R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40), la méthode pragmatique et fonctionnelle représente un modèle conceptuel d’application de principes que la Cour a utilisé de façon constante en matière de contrôle judiciaire.

Just as the categorical exceptions to the hearsay rule may converge with the result reached by the *Smith* analysis, the categorical and nominate approaches to judicial review may conform to the result of a pragmatic and functional analysis. For this reason, the wisdom of past administrative law jurisprudence need not be wholly discarded. For example, in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, L'Heureux-Dubé J. invoked the old *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.), categorical approach to discretionary decisions as a reflection that ministerial decisions have classically been afforded a high degree of deference (see also *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at paras. 29-30), but acknowledged that the principled approach must now prevail. Similarly, as Binnie J. recognized in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at para. 54, under the pragmatic and functional approach, even "the review for abuse of discretion may in principle range from correctness through unreasonableness to patent unreasonableness". The nominate grounds, language of jurisdiction, and ossified interpretations of statutory formulae, while still useful as familiar landmarks, no longer dictate the journey.

For this reason, it is no longer sufficient to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker. Nor is a reviewing court's interpretation of a privative clause or mechanism of review solely dispositive of a particular standard of review: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27. The pragmatic and functional approach demands a more nuanced analysis based on consideration of a number of factors. This approach applies whenever a court reviews the

Tout comme les catégories d'exceptions à la règle du oui-dire peuvent converger et mener au résultat de l'analyse de l'arrêt *Smith*, la méthode de contrôle judiciaire fondée sur les catégories d'erreurs ou sur les erreurs nommées peut donner le même résultat que l'analyse pragmatique et fonctionnelle. C'est pour cette raison qu'il n'y a pas lieu d'écarter entièrement l'apport de la jurisprudence antérieure en droit administratif. Par exemple, dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la juge L'Heureux-Dubé invoque l'ancienne analyse par catégories des décisions discrétionnaires dans l'arrêt *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.), pour illustrer le haut degré de déférence traditionnellement donné aux décisions ministérielles (voir aussi *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 29-30), mais reconnaît que cette approche doit maintenant céder le pas devant l'analyse fondée sur des principes. De même, le juge Binnie reconnaît dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 54, que suivant la méthode pragmatique et fonctionnelle, même « la norme de contrôle en matière d'abus de pouvoir discrétionnaire peut en principe aller de la norme de la décision correcte, en passant par celle du caractère déraisonnable, jusqu'à la norme du caractère manifestement déraisonnable ». Si les motifs nommés, le libellé de la disposition habilitante et les interprétations sclérosées des formulations législatives demeurent utiles comme repères familiers, ils ne dictent plus le cheminement.

C'est pour cette raison que, dorénavant, il ne suffit plus de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et d'exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte. De même, l'interprétation donnée par une cour de révision à une clause privative ou à un mécanisme de contrôle ne suffit plus à elle seule pour déterminer la norme de contrôle applicable : *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27. La méthode pragmatique et fonctionnelle appelle une analyse plus nuancée fondée sur

decision of an administrative body. As Professor D. J. Mullan states in *Administrative Law* (2001), at p. 108, with the pragmatic and functional approach, “the Court has provided an overarching or unifying theory for review of the substantive decisions of all manner of statutory and prerogative decision makers”. Review of the conclusions of an administrative decision-maker must begin by applying the pragmatic and functional approach.

(3) A Review of the Pragmatic and Functional Factors

26

In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors — the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question — law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law. I find the approach taken in the courts below problematic. As a result, I believe it will be helpful to re-articulate the focus of the factors involved and update the considerations relevant to each. Before doing this, I must emphasize that consideration of the four factors should enable the reviewing judge to address the core issues in determining the degree of deference. It should not be viewed as an empty ritual, or applied mechanically. The virtue of the pragmatic and functional approach lies in its capacity to draw out the information that may be relevant to the issue of curial deference.

27

The first factor focuses generally on the statutory mechanism of review. A statute may afford a broad right of appeal to a superior court or provide for a certified question to be posed to the reviewing court, suggesting a more searching standard of review: see *Southam, supra*, at para. 46; *Baker, supra*, at

l’examen de plusieurs facteurs. Cette méthode s’applique chaque fois qu’une cour entreprend le contrôle d’une décision d’un organisme administratif. Comme le professeur D. J. Mullan le signale dans *Administrative Law* (2001), p. 108, avec la méthode pragmatique et fonctionnelle, [TRADUCTION] « la Cour a établi une théorie générale ou unificatrice du contrôle des décisions de fond prises par tout décideur qui exerce une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi ». Le contrôle des conclusions d’une instance administrative doit commencer par l’application de la méthode pragmatique et fonctionnelle.

(3) L’analyse des facteurs pragmatiques et fonctionnels

Selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels — la présence ou l’absence dans la loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel; l’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l’objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L’objectif global est de cerner l’intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité. Je considère que la méthode adoptée par les cours d’instance inférieure pose problème. Il est utile, à mon avis, de reformuler clairement le rôle de ces facteurs et de mettre à jour les considérations pertinentes à chacun d’eux. Avant de le faire, je tiens à souligner que l’examen des quatre facteurs devrait permettre au juge de révision de régler les questions centrales à la détermination du degré de déférence requis. Il ne faut pas y voir un rite vide de sens ou machinal. Le mérite de l’approche pragmatique et fonctionnelle tient à sa capacité de faire ressortir les éléments d’information pertinents sur la question de la déférence judiciaire.

Le premier facteur concerne généralement le mécanisme de contrôle prévu par la loi. La loi peut conférer un large droit d’appel à une cour supérieure ou prévoir la présentation d’une question certifiée à la cour de révision, ce qui indique une norme de contrôle plus exigeante : voir *Southam, précité*,

para. 58. A statute may be silent on the question of review; silence is neutral, and “does not imply a high standard of scrutiny”: *Pushpanathan, supra*, at para. 30. Finally, a statute may contain a privative clause, militating in favour of a more deferential posture. The stronger a privative clause, the more deference is generally due.

The second factor, relative expertise, recognizes that legislatures will sometimes remit an issue to a decision-making body that has particular topical expertise or is adept in the determination of particular issues. Where this is so, courts will seek to respect this legislative choice when conducting judicial review. Yet expertise is a relative concept, not an absolute one. Greater deference will be called for only where the decision-making body is, in some way, more expert than the courts and the question under consideration is one that falls within the scope of this greater expertise: see *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at para. 50. Thus, the analysis under this heading “has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise”: *Pushpanathan, supra*, at para. 33.

Relative expertise can arise from a number of sources and can relate to questions of pure law, mixed fact and law, or fact alone. The composition of an administrative body might endow it with knowledge uniquely suited to the questions put before it and deference might, therefore, be called for under this factor: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 591-92. For example, a statute may call for decision-makers to have expert qualifications, to have accumulated experience in a particular area, or to play a particular role in policy development: *Mattel, supra*, at paras. 28-31. Similarly, an administrative body might be so habitually called upon to make findings of fact in a distinctive legislative context that it can be said to have gained a measure of relative institutional expertise: e.g., *Canada*

par. 46; *Baker*, précité, par. 58. La loi peut être muette sur la question du contrôle; le silence est neutre et « n’implique pas une norme élevée de contrôle » : *Pushpanathan*, précité, par. 30. Enfin, la loi peut contenir une clause privative qui invite à une plus grande déférence. Plus la clause privative est rigoureuse, plus grande doit être la déférence généralement.

Le deuxième facteur, l’expertise relative, reconnaît que les législatures confient parfois une question à un organisme décisionnel possédant une expertise spécialisée ou apte à trancher des questions particulières. Lorsque c’est le cas, les cours s’efforcent de respecter ce choix législatif dans le cadre du contrôle judiciaire. L’expertise est cependant un concept relatif, et non absolu. Un plus haut degré de déférence est dû uniquement lorsque l’organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise que les cours et que la question visée relève de cette plus grande expertise :: voir *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 50. Ainsi, l’analyse à ce chapitre « comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l’expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise » : *Pushpanathan*, précité, par. 33.

L’expertise relative peut venir de plusieurs sources et se rapporter à des questions de droit pur, des questions mixtes de droit et de fait, ou des questions de fait uniquement. Un organisme administratif peut, par sa composition, posséder un savoir particulièrement adapté aux questions dont il est saisi et cela peut donc jouer en faveur de la déférence : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591-592. Par exemple, la loi peut prévoir que les décideurs doivent avoir des compétences spécialisées, avoir une solide expérience dans un domaine précis ou jouer un rôle particulier dans l’élaboration de politiques : *Mattel*, précité, par. 28-31. De même, un organisme administratif peut être appelé si fréquemment à trancher sur les faits dans un contexte législatif spécifique qu’on peut considérer qu’il a acquis un certain

28

29

(*Attorney General*) v. *Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. Simply put, “whether because of the specialized knowledge of its decision-makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act”, an administrative body called upon to answer a question that falls within its area of relative expertise will generally be entitled to greater curial deference: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 32.

30

The third factor is the purpose of the statute. Since the conceptual focus of the pragmatic and functional approach is upon discerning the intent of the legislature, it is fitting that reviewing courts are called upon to consider the general purpose of the statutory scheme within which the administrative decision is taking place. If the question before the administrative body is one of law or engages a particular aspect of the legislation, the analysis under this factor must also consider the specific legislative purpose of the provision(s) implicated in the review. As a general principle, increased deference is called for where legislation is intended to resolve and balance competing policy objectives or the interests of various constituencies: see *Pushpanathan*, *supra*, at para. 36, where Bastarache J. used the term “polycentric” to describe these legislative characteristics.

31

A statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court: see *Pezim*, *supra*, and *Southam*, *supra*. In *Mount Sinai*, *supra*, at para. 57, Binnie J. recognized that the express language of a statute may help to identify such a purpose. For example, provisions that require the decision-maker to “have regard to all such circumstances as it considers relevant” or confer a broad discretionary power upon a decision-maker will generally suggest policy-laden purposes and, consequently, a less searching standard of review (see also *Baker*, *supra*, at para. 56). Reviewing courts should also consider the breadth, specialization, and technical or scientific nature of

degré d’expertise institutionnelle : p. ex., *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. En bref, « que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses membres, de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d’appliquer la loi », un organisme administratif appelé à répondre à une question qui relève de son champ d’expertise relative a généralement droit à un plus haut degré de déférence de la part des tribunaux : *Pushpanathan*, précité, par. 32.

L’objet de la loi est le troisième facteur. Étant donné que la méthode pragmatique et fonctionnelle est conçue conceptuellement axée sur l’intention du législateur, il est logique que les cours de révision examinent l’objet général du régime législatif dans lequel s’inscrit la décision administrative. Si la question soumise à l’organisme administratif est une question de droit ou si elle met en cause un aspect précis de la loi, l’analyse relative à ce facteur doit également tenir compte de l’objet spécifiquement visé par le législateur dans les dispositions touchées par le contrôle. En règle générale, il y a lieu à plus de déférence lorsque la loi vise à résoudre et à pondérer des objectifs de politique contradictoires ou les intérêts de groupes différents : voir *Pushpanathan*, précité, par. 36, où le juge Bastarache emploie le terme « polycentrique » pour décrire ces caractéristiques législatives.

Une loi dont l’objet exige qu’un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d’intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision : voir *Pezim* et *Southam*, précités. Dans l’arrêt *Mont-Sinai*, précité, le juge Binnie reconnaît au par. 57 que le libellé d’une loi peut aider à définir un tel objet. Par exemple, les dispositions qui exigent que le décideur « [tienne] compte de toutes les circonstances qu’[il] considère pertinentes » ou qui lui confèrent un large pouvoir discrétionnaire indiquent généralement la présence de questions de politiques et, par conséquent, une norme de contrôle moins exigeante (voir aussi *Baker*, précité, par. 56). Les cours de révision devraient aussi prendre en considération l’ampleur,

the issues that the legislation asks the administrative tribunal to consider. In this respect, the principles animating the factors of relative expertise and legislative purpose tend to overlap. A legislative purpose that deviates substantially from the normal role of the courts suggests that the legislature intended to leave the issue to the discretion of the administrative decision-maker and, therefore, militates in favour of greater deference.

In contrast, a piece of legislation or a statutory provision that essentially seeks to resolve disputes or determine rights between two parties will demand less deference. The more the legislation approximates a conventional judicial paradigm involving a pure *lis inter partes* determined largely by the facts before the tribunal, the less deference the reviewing court will tend to show.

The final factor is the nature of the problem. In appellate review of judicial decisions, the nature of the question is almost entirely determinative of standard of review: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. For example, as the *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, line of cases has made clear, judicial decisions of first instance on factual issues will only be interfered with where the appellate court can identify a "palpable and overriding error" or where the finding was "clearly wrong": *Kathy K*, at pp. 806 and 808. But the conceptual foundation of review of administrative decisions is fundamentally different than that of appeals from judicial decisions. Consequently, in the context of judicial review of administrative action, the nature of the question is just one of four factors to consider when determining standard of review.

When the finding being reviewed is one of pure fact, this factor will militate in favour of showing more deference towards the tribunal's decision. Conversely, an issue of pure law counsels in favour of a more searching review. This is particularly so where the decision will be one of general

le caractère spécialisé et la nature technique ou scientifique des questions que la loi charge le tribunal administratif d'examiner. À cet égard, les principes sous-jacents aux facteurs de l'expertise relative et de l'objet de la loi tendent à se chevaucher. Un objet législatif qui s'écarte considérablement du rôle usuel des tribunaux indique que le législateur voulait laisser la question à l'appréciation du décideur administratif et milite donc en faveur d'une plus grande déférence.

À l'opposé, une disposition ou une loi qui vise essentiellement à résoudre des différends ou à statuer sur les droits de deux parties appelle moins de déférence. Plus la loi se rapproche d'un paradigme judiciaire conventionnel mettant en cause un pur *lis inter partes* dont l'issue est largement tranchée par les faits présentés devant le tribunal, moins la cour de révision est tenue à la déférence.

Le dernier facteur concerne la nature du problème. Dans un examen en appel de décisions judiciaires, la nature de la question détermine presque totalement la norme de contrôle : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Par exemple, comme l'établit clairement la série d'arrêts tels *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, et *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, une cour d'appel n'intervient dans les décisions judiciaires de première instance sur des questions factuelles que si elle peut relever une « erreur manifeste et dominante » ou si la conclusion est « manifestement erronée » : *Kathy K*, p. 806 et 808. Cependant, le fondement conceptuel du contrôle des décisions administratives diffère fondamentalement de celui des appels de décisions judiciaires. Par conséquent, dans le contexte du contrôle judiciaire d'une décision administrative, la nature de la question n'est qu'un des quatre facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle.

Lorsque la conclusion qui fait l'objet du contrôle est de nature purement factuelle, il y a lieu à plus grande déférence à l'égard de la décision du tribunal. Inversement, une question de droit pur invite à un contrôle plus rigoureux. C'est particulièrement le cas lorsque la décision est d'importance

32

33

34

importance or great precedential value: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 23. Finally, with respect to questions of mixed fact and law, this factor will call for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive.

35 Having considered each of these factors, a reviewing court must settle upon one of three currently recognized standards of review: see *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, released concurrently. Where the balancing of the four factors above suggests considerable deference, the patent unreasonableness standard will be appropriate. Where little or no deference is called for, a correctness standard will suffice. If the balancing of factors suggests a standard of deference somewhere in the middle, the reasonableness *simpliciter* standard will apply.

(4) Application to the Case at Bar

36 Applying the pragmatic and functional approach in this case, the four factors lead to a standard of reasonableness *simpliciter*. The fact that the statute provides a broad right of appeal and that the Committee is no more expert than the courts on the issue in question suggests a low degree of deference.

37 An assessment of the purpose of the statute and the provision in particular yields an ambivalent result. On one hand, the legislature's intent for the legislation as a whole was to assign to the College the role of balancing competing interests and multiple policy objectives, like the protection of the public, education and qualification of members, the setting of standards of ethics and practice, and the administration of privacy regimes: the Act, s. 3. This purpose suggests considerable deference. However, the discrete issue of adjudicating a claim of professional misconduct — the particular issue that the statute puts before the Committee — is quasi-judicial in nature, and therefore militates against deference. In the result, the purpose

générale ou revêt une grande valeur de précédent : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 23. Enfin, sur les questions mixtes de fait et de droit, ce facteur appelle une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit.

Après avoir examiné chacun des facteurs, la cour de révision doit choisir une des trois normes de contrôle reconnues à l'heure actuelle : voir l'arrêt connexe *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, rendu simultanément. Lorsque la pondération des quatre facteurs susmentionnés indique la nécessité d'une grande déférence, la norme de la décision manifestement déraisonnable est appropriée. S'il y a lieu à peu ou pas de déférence, la norme de la décision correcte suffit. Si la pondération des facteurs semble indiquer un degré de déférence se situant quelque part au milieu, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique.

(4) Application au pourvoi

Si nous appliquons la méthode fonctionnelle et pragmatique en l'espèce, les quatre facteurs mènent à la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Le fait que la loi prévoit un large droit d'appel et que le comité n'a pas d'expertise plus grande que les tribunaux sur la question en cause indique un faible degré de déférence.

L'examen de l'objet de la loi et de la disposition en cause donne un résultat ambivalent. D'une part, l'intention du législateur dans l'ensemble de la loi est de confier au Collège la pondération d'intérêts opposés et d'objectifs de politique multiples comme la protection du public, la formation et la compétence des membres, l'établissement de normes de déontologie et de pratique, et l'administration de normes de confidentialité (art. 3). Cet objet indique qu'un degré élevé de déférence s'impose. Cependant, lorsqu'il s'agit spécifiquement de se prononcer sur une allégation d'inconduite professionnelle — la question précise que la loi confie au comité — la question est de nature quasi judiciaire et milite donc contre la déférence. En définitive, l'analyse fondée sur l'objet

analysis counsels neither for great deference, nor for exacting scrutiny.

Finally, however, the need for deference is greatly heightened by the nature of the problem — a finding of credibility. Assessments of credibility are quintessentially questions of fact. The relative advantage enjoyed by the Committee, who heard the *viva voce* evidence, must be respected.

Balancing these factors, I am satisfied that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*. The reviewing judge should have asked herself whether the Committee's assessment of credibility and application of the standard of proof to the evidence was unreasonable, in the sense of not being supported by any reasons that can bear somewhat probing examination (see *Ryan, supra*, at para. 46).

The reviewing judge did not adopt this analysis. Indeed, she made no reference at all to the pragmatic and functional approach. The effect of the reviewing judge's failure to conduct the usual administrative law analysis was essentially to proceed on what amounted to a correctness standard. One of the factors under the pragmatic and functional approach is whether the statute grants a right of appeal. But it is only one. The reviewing judge considered only this factor and, as a result, she applied too strict a standard. Specifically, she failed to address the need for deference in view of the purpose of the Act and the nature of the problem, credibility. A proper consideration of all the factors required by the pragmatic and functional approach would have yielded a standard of reasonableness *simpliciter*, not correctness. In effect, the reviewing judge erroneously instructed herself to review the Committee's findings of fact on a correctness basis.

The reviewing judge's analysis of the corroborative evidence confirms that she assessed the Committee's findings of credibility from the perspective of correctness, rather than reasonableness. For example, when addressing the Committee's

ne va ni dans le sens d'une grande déférence, ni dans le sens d'un examen exigeant.

Cependant, et en dernier lieu, le degré de déférence requis est considérablement renforcé par la nature du problème — une conclusion sur la crédibilité. L'appréciation de la crédibilité est essentiellement de nature factuelle. Il faut reconnaître l'avantage relatif dont jouissait le comité, qui a entendu les témoignages de vive voix.

Après avoir soupesé ces facteurs, je suis convaincue que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. La juge de révision aurait dû se demander si l'appréciation de la crédibilité par le comité et son application de la norme de preuve étaient déraisonnables, en ce sens qu'elles n'étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé (voir l'arrêt connexe *Ryan*, précité, par. 46).

La juge de révision n'a pas adopté cette analyse. En fait, elle n'a nullement mentionné la méthode pragmatique et fonctionnelle. Le fait que la juge de révision n'ait pas effectué l'analyse usuelle en droit administratif a eu essentiellement pour conséquence qu'elle a appliqué une norme équivalant à la norme de la décision correcte. La question de savoir si la loi prévoit un droit d'appel est un des facteurs à considérer dans l'analyse fonctionnelle et pragmatique. Mais c'est seulement un facteur parmi d'autres. En ne tenant compte que de ce seul facteur, la juge de révision a appliqué une norme trop rigoureuse. Plus précisément, elle a omis de traiter de la déférence requise en raison de l'objet de la Loi et de la nature du problème, c'est-à-dire la crédibilité. Un examen approprié de tous les facteurs à considérer dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle aurait mené à la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, et non pas à celle de la décision correcte. En fait, la juge de révision a déduit à tort qu'elle devait examiner les conclusions de fait du comité au regard de la norme de la décision correcte.

L'analyse de la preuve corroborante effectuée par la juge de révision confirme qu'elle a apprécié les conclusions du comité sur la crédibilité du point de vue de la décision correcte, plutôt que de la décision raisonnable. Par exemple, sur le fait que

38

39

40

41

reliance upon the discrepancy between Dr. Q's letter to the College and the number of times he had actually had lunch with Ms. T, the reviewing judge argued that "one explanation for Dr. Q's less than forthright description of his lunch relationship with Ms. T. is that the letter was written without dealing with specific allegations pursuant to legal advice" (para. 13). Yet when the standard of review is reasonableness, the reviewing judge's role is not to posit alternate interpretations of the evidence; rather, it is to determine whether the Committee's interpretation is unreasonable. When considering the Committee's conclusion that Ms. T's ability to describe distinct bodily markings suggested an intimate relationship between Ms. T and Dr. Q, the reviewing judge noted that Ms. T had some experience as a surgical nurse and asserted that, "[i]n my view, her description is no more vivid than one might expect from someone who has experience with surgical scars if such a scar had been described to her as Dr. Q testified he had done" (para. 20). With respect, when applying a standard of reasonableness *simpliciter*, the reviewing judge's view of the evidence is beside the point; rather, the reviewing judge should have asked whether the Committee's conclusion on this point had some basis in the evidence (see *Ryan, supra*). Finally, when assessing the Committee's finding that a letter sent by Dr. Q to Ms. T supported the conclusion that a sexual relationship existed, the reviewing judge stated the following (at para. 25):

While there is no doubt that for many the wording of the letter is such as to raise a suspicion or question as to the nature of the relationship; nevertheless it is, in my view, not clear and cogent evidence corroborative of a sexual relationship as testified to by Ms. T.

If there is "no doubt" that the letter could be interpreted as evidence of a sexual relationship, such an interpretation cannot be unreasonable and, therefore, the reviewing judge's preferred view is irrelevant.

I conclude that the reviewing judge erred by applying too exacting a standard of review and

le comité s'est appuyé sur la contradiction entre la lettre du Dr Q adressée au Collège et la fréquence de ses lunchs avec M^{me} T, la juge de révision explique que [TRADUCTION] « la description pour le moins vague qu'a donnée le Dr Q de ses lunchs avec M^{me} T pourrait s'expliquer par le fait que, sur les conseils de son avocat, il n'avait donné dans sa lettre aucune réponse précise aux allégations » (par. 13). Cependant, lorsque la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, il n'appartient pas au juge de révision d'énoncer d'autres interprétations de la preuve; il lui appartient de décider si l'interprétation du comité est déraisonnable. Examinant la conclusion du comité que la capacité de M^{me} T de décrire des caractéristiques physiques spécifiques laissait croire à un lien intime entre M^{me} T et le Dr Q, la juge de révision note que M^{me} T avait une certaine expérience comme infirmière en chirurgie et déclare qu'[TRADUCTION] « [à son] avis sa description n'est pas plus saisissante que ce qu'on peut attendre de quelqu'un qui connaît bien les cicatrices causées par la chirurgie, si une cicatrice lui est décrite, comme le Dr Q prétend l'avoir fait » (par. 20). Avec égards, lorsqu'un juge de révision applique la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, son avis sur la preuve est sans pertinence; la juge de révision aurait dû se demander si la conclusion du comité sur ce point avait un fondement quelconque dans la preuve (voir *Ryan, précité*). Enfin, examinant l'affirmation du comité que la lettre du Dr Q à M^{me} T étayait la conclusion que les deux entretenaient une liaison, la juge de révision tient les propos suivants au par. 25 :

[TRADUCTION] Quoiqu'il ne fasse aucun doute que le contenu de la lettre pouvait susciter des questions ou des soupçons sur la nature de la relation, il ne s'agit néanmoins pas, à mon avis, d'une preuve claire et convaincante qui corrobore l'existence d'une liaison, comme en a témoigné M^{me} T.

S'il ne fait « aucun doute » que la lettre peut être interprétée comme indiquant l'existence d'une liaison, il ne peut s'agir d'une interprétation déraisonnable et, par conséquent, l'interprétation privilégiée par la juge de révision est sans pertinence.

Je conclus que la juge de révision a commis une erreur en appliquant une norme de contrôle trop

substituting her own view of the evidence for that of the Committee.

C. *The Role of the Court of Appeal*

The Court of Appeal stated that “[t]he standard that we must apply in assessing the judgment of Madam Justice Koenigsberg is whether in her reweighing of the evidence she was clearly wrong” (para. 25). This is not the appropriate test at the secondary appellate level. The role of the Court of Appeal was to determine whether the reviewing judge had chosen and applied the correct standard of review, and in the event she had not, to assess the administrative body’s decision in light of the correct standard of review, reasonableness. At this stage in the analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. As such, the normal rules of appellate review of lower courts as articulated in *Housen, supra*, apply. The question of the right standard to select and apply is one of law and, therefore, must be answered correctly by a reviewing judge. The Court of Appeal erred by affording deference where none was due.

The Court of Appeal should have corrected the reviewing judge’s error, substituted the appropriate standard of administrative review, and assessed the Committee’s decision on this basis. Judged on the proper standard of reasonableness, there was ample evidence to support the Committee’s conclusions on credibility, burden of proof and application of the burden of proof to the factual findings. It follows that the decisions of the reviewing judge and the Court of Appeal should be set aside and the order of the College restored.

IV. The Publication Ban and Sealed File

In its final judgment on the merits, the British Columbia Court of Appeal confirmed a publication ban, ordered that the materials in this case not be searched, and that the parties continue to be known as Dr. Q and Ms. T. On May 8, 2001, on consent of

exigeante et en substituant sa propre appréciation de la preuve à celle du comité.

C. *Le rôle de la Cour d’appel*

La Cour d’appel affirme que [TRADUCTION] « [l]a norme que nous devons appliquer pour l’examen du jugement rendu par Madame la juge Koenigsberg consiste à savoir si sa réévaluation de la preuve était manifestement erronée » (par. 25). Ce n’est pas le critère approprié au deuxième niveau d’appel. Le rôle de la Cour d’appel était de décider si la juge de révision avait choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée et, si cela n’était pas le cas, d’examiner la décision de l’organisme administratif à la lumière de la norme de contrôle appropriée, soit celle de la décision raisonnable. À cette étape de l’analyse, la Cour d’appel effectue le contrôle en appel d’une décision judiciaire, et non pas le contrôle judiciaire d’une décision administrative. Par conséquent, les règles usuelles applicables au contrôle en appel d’une décision judiciaire énoncées dans *Housen*, précité, s’appliquent. La question du choix et de l’application de la norme appropriée est une question de droit et le juge de révision doit donc y avoir répondu correctement. La Cour d’appel a commis une erreur en accordant une déférence qui n’était pas requise.

La Cour d’appel aurait dû corriger l’erreur de la juge de révision, appliquer la norme appropriée de contrôle administratif et examiner la décision du comité sur ce fondement. Au regard de la norme appropriée de la décision raisonnable, la preuve étayait amplement les conclusions du comité sur la crédibilité, sur le fardeau de preuve et sur l’application du fardeau de preuve aux conclusions factuelles. Il y a donc lieu d’infirmes les décisions rendues par la juge de révision et par la Cour d’appel, et de rétablir l’ordonnance du Collège.

IV. L’ordonnance de non-publication et le dossier scellé

Dans son jugement final sur le fond, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé l’ordonnance de non-publication, interdit la consultation des documents au dossier et ordonné que les parties continuent d’être nommées Dr Q et M^{me} T.

43

44

45

the parties, Arbour J. granted a motion to seal the file in this Court. The scope of a general order from this Court sealing a file is extremely broad, preventing publication of even the nature of the case. Owing to the importance of openness in the administration of justice, sealing files and ordering publication bans are unusual steps. Now that this Court has rendered judgment, such sweeping orders are no longer necessary and the orders can be refined.

V. Disposition

46

The appeal is allowed with costs to the appellant throughout. The record, including any personal documents and therapeutic records, will remain sealed at this Court and in the courts below. While the judgment of the Court and the courts below will remain public, publication of the name of the complainant and of any facts or other names that would reveal her identity are banned. Disclosure of the name of a doctor who has been disciplined by the College is a matter normally determined by the Council of the College of Physicians and Surgeons. Now that a decision has been rendered in this case, the issue of whether Dr. Q's name should be disclosed is to be decided by the Council in accordance with its normal practices.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Le 8 mai 2001, sur consentement des parties, la juge Arbour a fait droit à la requête de sceller le dossier dans l'instance devant notre Cour. La portée d'une ordonnance générale de la Cour de sceller un dossier est extrêmement large; elle empêche même la publication de la nature du litige. Compte tenu de l'importance de la transparence dans l'administration de la justice, l'imposition de scellés sur des dossiers et les ordonnances de non-publication sont inhabituelles. Maintenant que la Cour a rendu jugement, il n'est plus nécessaire de maintenir la large portée de ces ordonnances.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours. Le dossier, y compris tout document personnel et tout dossier thérapeutique, demeurera scellé dans notre Cour et dans les cours d'instance inférieure. Même si les jugements émanant de notre Cour et des cours d'instance inférieure demeureront publics, il est interdit de publier le nom de la plaignante ainsi que tout fait ou autre nom susceptible de révéler son identité. La décision de divulguer l'identité d'un médecin qui a fait l'objet d'une mesure disciplinaire imposée par le Collège appartient normalement au Conseil du Collège des médecins et chirurgiens. Maintenant qu'une décision a été rendue dans le présent dossier, c'est au Conseil de décider, suivant sa pratique usuelle, si l'identité du Dr Q devrait être divulguée.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Miller Thomson, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Harper Grey Easton, Vancouver.

Law Society of New Brunswick *Appellant*

v.

Michael A. A. Ryan *Respondent*

and

**Federation of Law Societies of
Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: LAW SOCIETY OF NEW BRUNSWICK v.
RYAN**

Neutral citation: 2003 SCC 20.

File No.: 28639.

2002: October 1; 2003: April 3.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie,
Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Barristers and solicitors — Professional misconduct — Discipline Committee of Law Society finding lawyer's conduct to be serious breach of professional standards warranting disbarment — Court of Appeal substituting own sanction of indefinite suspension with conditions for reinstatement — Whether level of deference involved in standard of reasonableness simpliciter varies according to particular circumstances — Whether Court of Appeal erred in setting aside disbarment — Whether Court of Appeal properly applied reasonableness simpliciter standard.

The respondent lawyer was admitted to the New Brunswick Bar in 1984 and carried on a private law practice. In 1999, a complaint was filed against him by two of his clients. In 1993, the clients had sought the respondent's legal advice with respect to their dismissal by their employer and gave him a small cash retainer to represent them for wrongful dismissal. For five and a half years, the respondent did nothing to advance the claims. To disguise his inattention to his clients' interests, the respondent spun an elaborate web of deceit. He lied to his clients making it seem as if he was taking action on their behalf and placing the blame for delays on others. In response

Barreau du Nouveau-Brunswick *Appelant*

c.

Michael A. A. Ryan *Intimé*

et

**Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK
c. RYAN**

Référence neutre : 2003 CSC 20.

N^o du greffe : 28639.

2002 : 1^{er} octobre; 2003 : 3 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Avocats — Faute professionnelle — Conduite d'un avocat jugée par un comité de discipline du barreau comme étant une violation grave des normes professionnelles justifiant la radiation — Cour d'appel substituant à cette radiation une suspension pour une durée indéterminée assortie de conditions de réintégration — Le degré de déférence requis par la norme de la décision raisonnable simpliciter varie-t-il en fonction des circonstances? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en annulant la radiation? — La Cour d'appel a-t-elle bien appliqué la norme de la décision raisonnable simpliciter?

L'avocat intimé est admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1984 et exerce en cabinet privé. En 1999, une plainte est portée contre lui par deux de ses clients. En 1993, les clients avaient consulté l'intimé au sujet de leur congédiement par leur employeur et lui avaient versé une petite avance sur honoraires pour les représenter dans des poursuites pour congédiement injustifié. Pendant cinq ans et demi, l'intimé ne fait rien dans leur cause. Pour dissimuler son manque de diligence envers les intérêts de ses clients, l'intimé invente tout un tissu de mensonges. Il fait croire à ses clients qu'il agit pour leur compte et blâme d'autres personnes pour

to persistent requests for information, the respondent gave his clients a forged decision of the New Brunswick Court of Appeal dealing with their case. Moreover, the respondent falsely told his clients that a contempt motion against the defendants was granted and that they had been awarded \$19,000 and \$18,000 respectively. He then invented significant delays and appeal periods that prevented his clients from collecting these sums. Finally, he admitted to his clients that the "whole thing was a lie", at which time the clients filed a complaint with the Law Society. The complaint was referred to the Law Society's Discipline Committee, which decided that the respondent should be disbarred. The respondent appealed this decision and made a motion to adduce medical evidence to show that he was under a mental disability contributing to his misconduct. The Court of Appeal ordered that the case be reopened before the Discipline Committee for the purpose of hearing and deciding on this medical evidence. After considering the medical and psychiatric evidence, the Discipline Committee confirmed its earlier decision that disbarment was the appropriate sanction. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal and substituted its own sanction of indefinite suspension with conditions for reinstatement.

Held: The appeal should be allowed and the order of the Discipline Committee restored.

There are only three standards for judicial review of administrative decisions: correctness, reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness. Additional standards should not be developed unless there are questions of judicial review to which the three existing standards are obviously unsuited. The pragmatic and functional approach will determine, in each case, which of these three standards is appropriate. Although there is a statutory appeal from decisions of the Discipline Committee, the expertise of the Committee, the purpose of its enabling statute, and the nature of the question in dispute all suggest a more deferential standard of review than correctness. A consideration of these four contextual factors leads to the conclusion that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*.

The reasonableness standard does not float along a spectrum of deference such that it is sometimes quite close to correctness and sometimes quite close to patent unreasonableness. The question that must be asked every time the pragmatic and functional approach directs reasonableness as the standard is whether the reasons, taken as a whole, are tenable as support for the decision. The

les retards. En réponse à des demandes de renseignements répétées, l'intimé remet à ses clients un faux document qu'il présente comme un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick sur leur cause. L'intimé annonce faussement à ses clients qu'une requête pour outrage contre les défendeurs a été accordée et qu'il leur a été adjugé respectivement 19 000 \$ et 18 000 \$. Il invente des retards et des délais d'appel importants qui empêchent ses clients de recouvrer ces montants. Enfin, il avoue à ses clients que « toute l'affaire était une supercherie » et les clients déposent une plainte au Barreau. La plainte est renvoyée devant le comité de discipline du Barreau qui décide que l'intimé doit être radié. L'intimé interjette appel et demande par requête l'autorisation de produire une preuve médicale pour démontrer qu'il souffre d'une déficience mentale qui a contribué à sa faute professionnelle. La Cour d'appel ordonne que la cause soit réentendue par le comité de discipline dans le but d'examiner cette preuve médicale et de se prononcer sur celle-ci. Après avoir examiné la preuve médicale et psychiatrique, le comité de discipline confirme sa décision antérieure selon laquelle la radiation est la sanction appropriée. La Cour d'appel accueille l'appel de l'intimé et substitue à la radiation sa propre sanction, la suspension indéfinie assortie de conditions de réintégration.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du comité de discipline est rétablie.

Il n'existe que trois normes de contrôle judiciaire des décisions administratives : la décision correcte, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable. On ne devrait pas créer de normes supplémentaires à moins d'être confronté à des problèmes de contrôle judiciaire auxquels les trois normes existantes ne peuvent manifestement pas répondre. La méthode pragmatique et fonctionnelle permet de déterminer, dans chaque cas, laquelle de ces trois normes s'applique. Bien que la loi prévoit un droit d'appel des décisions du comité de discipline, l'expertise du comité, l'objet de sa loi habilitante et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. L'étude des quatre facteurs contextuels permet de conclure que la norme applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

La norme de la décision raisonnable ne varie pas en degré de déférence de façon à se rapprocher parfois de la décision correcte et parfois de la décision manifestement déraisonnable. La question qu'il faut se poser chaque fois que l'analyse pragmatique et fonctionnelle dicte l'application de la norme de la décision raisonnable est celle de savoir si les motifs donnés, pris dans leur

suggestion that reasonableness allows for more or less deferential articulations would require that the court ask different questions of the decision depending on the circumstances. This would be incompatible with the idea of a meaningful standard which imposes deferential self-discipline on reviewing courts. Where the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*, a court must not interfere unless the party seeking review has positively shown that the decision, taken as a whole, was unreasonable.

A decision will be unreasonable only if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived. If any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere. This means that a decision may satisfy the standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling. It also means that a reviewing court should not seize on one or more mistakes which do not affect the decision as a whole. It is important to remember that there will not often be only one "right answer" to an issue reviewed against the reasonableness standard.

There is nothing unreasonable about the Discipline Committee's decision to ban a member from practising law when his repeated conduct involved an egregious departure from the rules of professional ethics and had the effect of undermining public confidence in basic legal institutions. The Discipline Committee considered and weighed conflicting medical evidence and then concluded that the reasons that it originally gave for disbarring the respondent suggested disbarment even in light of this fresh evidence. Since the Discipline Committee provided reasons in support of its choice of sanction that were tenable and grounded in the evidence, its decision was not unreasonable and the Court of Appeal should not have interfered.

Cases Cited

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *Law Society of the Northwest Territories v. Jakubowski*, [1995] L.S.D.D. No. 48 (QL); *Markus v. Nova Scotia Barristers' Society* (1989), 90 N.S.R. (2d) 156; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4

ensemble, sont défendables comme assise de la décision. L'idée que la décision raisonnable permet des variations dans la déférence requise obligerait la cour à se poser des questions différentes sur la décision selon les circonstances. Ce serait incompatible avec l'idée d'une norme efficace exigeant de l'autodiscipline de la part des cours de révision. Lorsque la norme applicable est la décision raisonnable *simpliciter*, la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision, considérée dans son ensemble, est déraisonnable.

La décision n'est déraisonnable que si aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pourrait raisonnablement amener le tribunal à conclure comme il l'a fait sur la base de la preuve soumise. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est soutenable en ce sens qu'il est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir. Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision. Cela signifie aussi que la cour de révision ne devrait pas s'arrêter à une ou plusieurs erreurs qui n'affectent pas la décision dans son ensemble. Il est important de se rappeler qu'il n'y a pas souvent une seule bonne réponse dans le cas d'une question examinée selon la norme de la décision raisonnable.

Il n'y a rien de déraisonnable à ce que le comité de discipline ait choisi de radier un avocat dont la conduite constituait une dérogation inacceptable aux règles de déontologie et avait pour effet de saper la confiance du public dans les institutions juridiques fondamentales. Le comité de discipline a considéré et soupesé les preuves médicales contradictoires, et a conclu ensuite que les motifs initialement donnés pour radier l'intimé justifiaient la radiation même après examen de la nouvelle preuve. Puisque le comité de discipline a fourni, à l'appui de son choix de sanction, des motifs qui sont soutenables et qui ont un fondement dans la preuve, sa décision n'est pas déraisonnable et la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *Law Society of the Northwest Territories c. Jakubowski*, [1995] L.S.D.D. No. 48 (QL); *Markus c. Nova Scotia Barristers' Society* (1989), 90 N.S.R. (2d) 156; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4

S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Re Law Society of Manitoba and Savino (1983)*, 1 D.L.R. (4th) 285; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84.

Statutes and Regulations Cited

Law Society Act, 1996, S.N.B. 1996, c. 89, preamble, ss. 5, 55(1), 55(4), 60(1), 66(1), 68.

Authors Cited

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

Stager, David A. A., and Harry W. Arthurs. *Lawyers in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1990.

APPEAL from a judgment of New Brunswick Court of Appeal (2001), 236 N.B.R. (2d) 243, [2001] N.B.J. No. 117 (QL), 2001 NBCA 37, allowing the respondent's appeal from a decision of the Law Society of New Brunswick Discipline Committee. Appeal allowed.

J. C. Marc Richard and Chantal A. Thibodeau, for the appellants.

D. Leslie Smith, Q.C., for the respondent.

Gavin MacKenzie and Adam M. Dodek, for the interveners.

R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Re Law Society of Manitoba and Savino (1983)*, 1 D.L.R. (4th) 285; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84.

Lois et règlements cités

Loi de 1996 sur le Barreau, L.N.-B. 1996, ch. 89, préambule, art. 5, 55(1), 55(4), 60(1), 66(1), 68.

Doctrine citée

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.

Stager, David A. A., and Harry W. Arthurs. *Lawyers in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2001), 236 R.N.-B. (2^e) 243, [2001] A.N.-B. n^o 117 (QL), 2001 NBCA 37, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre une décision du Comité de discipline du Barreau du Nouveau-Brunswick. Pourvoi accueilli.

J. C. Marc Richard et Chantal A. Thibodeau, pour l'appelant.

D. Leslie Smith, c.r., pour l'intimé.

Gavin MacKenzie et Adam M. Dodek, pour l'intervenante.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

According to the governing jurisprudence, a court reviewing the decision of an administrative tribunal should employ the pragmatic and functional approach to determine the level of deference to be accorded to the decision in question. The appropriate level of deference will, in turn, determine which of the three standards of review the court should apply to the decision: correctness, reasonableness *simpliciter*, or patent unreasonableness.

The controversy in this case concerns a statutory appeal from the decision of a professional disciplinary body to disbar a lawyer whose conduct, all parties admit, amounted to an egregious departure from professional standards of practice. As will be discussed in these reasons, the appropriate standard of review is reasonableness. Viewed as a whole, the decision of the disciplinary body is supported by tenable reasons which are grounded in the evidentiary record; therefore, it was not an unreasonable decision. Accordingly, I would allow the appeal.

II. Facts

Michael A. A. Ryan was admitted to what is now the New Brunswick Law Society in 1984. He carried on a private law practice. In 1999, a complaint was filed against him by Grant Trider and Ronald Stewart. Six years earlier, Trider and Stewart had approached Mr. Ryan, seeking his legal advice with respect to their dismissal by their employer Unipress. After receiving a copy of the collective agreement that governed their employment relationships, Mr. Ryan told Stewart and Trider that they had a “strong civil case”. Stewart and Trider gave Ryan a small cash retainer and instructed him to represent them for wrongful dismissal.

For five and a half years, Mr. Ryan did nothing to advance the claims of his clients. However, it

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

1
Selon la jurisprudence applicable, une cour saisie en révision d’une décision rendue par un tribunal administratif doit déterminer par l’analyse pragmatique et fonctionnelle le degré de déférence requis à l’égard de cette décision. Le degré de déférence approprié lui permet ensuite de déterminer parmi les trois normes de contrôle celle qu’il doit appliquer à la décision : la décision correcte, la décision raisonnable *simpliciter* ou la décision manifestement déraisonnable.

2
Le litige en l’espèce a trait à un appel formé en vertu de la loi contre la décision d’un comité de discipline de radier un avocat dont la conduite, de l’avis de toutes les parties, constituait un manquement flagrant à la déontologie professionnelle. Nous verrons dans les présents motifs que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Considérée globalement, la décision du comité de discipline est fondée sur des motifs soutenables et étayés par la preuve; par conséquent, sa décision n’est pas déraisonnable. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Les faits

3
Michael A. A. Ryan est admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1984. Il exerce en cabinet privé. En 1999, une plainte est portée contre lui par Grant Trider et Ronald Stewart. Six ans auparavant, MM. Trider et Stewart ont demandé à M. Ryan un avis juridique sur leur congédiement par Unipress, leur employeur. Après avoir reçu copie de la convention collective qui régissait leur relation d’emploi, M. Ryan dit à MM. Stewart et Trider qu’ils ont une [TRADUCTION] « solide cause civile ». MM. Stewart et Trider versent à M. Ryan une petite avance sur ses honoraires, en argent comptant, et le mandatent de les représenter pour congédiement injustifié.

4
Pendant cinq ans et demi, M. Ryan ne fait rien pour les réclamations de ses clients. Toutefois, il

would be false to say that this was a period of total inactivity. To disguise his inattention to his clients' interests, Mr. Ryan spun an elaborate web of deceit. He lied to Stewart and Trider, making it seem as if he was taking action on their behalf and placing the blame for delays on others, including other members of the New Brunswick Bar. Mr. Ryan told his clients that discoveries were taking place when none had been scheduled. On one occasion, he called his clients to a hotel for the purpose of discovery. At the meeting, he falsely told them that the discovery was cancelled because the other side had failed to attend. Mr. Ryan told his clients that another lawyer was representing the defendant when in fact no other lawyer was involved. Mr. Ryan told his clients that he had succeeded in having the defence struck which was untrue. He told them that the defendant appealed this decision; this was also a lie. Some 16 to 18 months later, Mr. Ryan told his clients that, as a result of a decision of the Court of Appeal, he would have to "start the case from scratch"; again, this was untrue. Then Mr. Ryan did something even worse.

5 In response to their persistent requests for information, Mr. Ryan gave his clients what appeared to be a decision of the New Brunswick Court of Appeal dealing with their case. The seven-page judgment was in fact forged by Mr. Ryan.

6 Mr. Ryan falsely told his clients that he had filed a contempt motion against the defendants for failing to appear for discovery. He later falsely told them that the motion was granted and that they had been awarded \$19,000 and \$18,000 respectively at a subsequent "damages hearing". Mr. Ryan invented significant delays and appeal periods that prevented his clients from collecting these sums. Finally, on March 24, 1999, Mr. Ryan admitted to his clients over the telephone that the "whole thing was a lie". The clients filed the complaint that initiated this action.

7 The complaint was referred to the Discipline Committee of the Law Society of New Brunswick pursuant to the *Law Society Act, 1996*, S.N.B. 1996,

serait faux de dire qu'il ne se passe rien. Afin de dissimuler son manque de diligence envers les intérêts de ses clients, M. Ryan invente tout un tissu de mensonges. Il fait croire à MM. Stewart et Trider qu'il agit pour leur compte et blâme d'autres personnes pour les retards, notamment d'autres membres du Barreau du Nouveau-Brunswick. M. Ryan dit à ses clients que des interrogatoires préalables ont lieu alors qu'aucun n'est prévu. À une occasion, il demande à ses clients de venir à un hôtel, pour un interrogatoire préalable. Lors de la rencontre, il leur dit faussement que l'interrogatoire préalable a été annulé parce que l'autre partie ne s'est pas présentée. M. Ryan dit à ses clients qu'un autre avocat représente la défenderesse alors qu'en réalité il n'en est rien. M. Ryan dit à ses clients qu'il a réussi à faire radier la défense, ce qui est faux. Il leur dit que la défenderesse a interjeté appel de cette décision; cela aussi est faux. De 16 à 18 mois plus tard, M. Ryan dit à ses clients que, par suite d'une décision de la Cour d'appel, il va devoir [TRADUCTION] « recommencer à zéro »; une fois de plus, il s'agit d'un mensonge. M. Ryan fait pire encore.

En réponse à leurs demandes de renseignements répétées, M. Ryan remet à ses clients un faux document de sept pages qu'il a contrefait et qu'il présente comme une décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick se rapportant à leur cause.

M. Ryan affirme faussement à ses clients qu'il a déposé une requête pour outrage contre les défendeurs pour défaut de se présenter à un interrogatoire préalable. Plus tard, il leur annonce, faussement, que la requête a été accordée et qu'ils ont obtenu les montants respectifs de 19 000 \$ et 18 000 \$ en dommages-intérêts, à une audience ultérieure. M. Ryan invente des retards et des délais d'appel importants qui empêchent ses clients de recouvrer ces montants. Finalement, le 24 mars 1999, M. Ryan avoue à ses clients, au téléphone, que [TRADUCTION] « toute l'affaire était une supercherie ». Les clients déposent la plainte qui est à l'origine de la présente action.

La plainte est renvoyée devant le comité de discipline du Barreau du Nouveau-Brunswick conformément à la *Loi de 1996 sur le Barreau*, L.N.-B.

c. 89 (the "Act"). Mr. Ryan testified before the Discipline Committee. He was apologetic and contrite and admitted his fault. Mr. Ryan had been disciplined by the Law Society twice before. On both previous occasions, Mr. Ryan had been reprimanded for failing to carry out services for his clients. The only issue before the Discipline Committee on this third occasion was the sanction that should be applied to Mr. Ryan.

Mr. Ryan testified that he had suffered emotional and physical health problems following a separation from his wife in 1992. He told the Committee that he abused alcohol during this period and had panic attacks for which he took medication. He said that he began to feel better but then had a bout of mononucleosis in 1994. When he finally recovered from that illness, he believed that the limitation period for his clients' action had expired. Instead of confronting his clients, he "buried the file". Mr. Ryan testified that he had plans to commit suicide in 1997. He also planned to admit himself into a psychiatric ward, but Mr. Ryan said that he changed his mind because there were too many people at the hospital who might have recognized him.

Mr. Ryan met once with a psychiatrist who gave him a prescription for a pharmaceutical product. Mr. Ryan never filled the prescription. Except for this one meeting and the continuing treatment for his anxiety attacks, Mr. Ryan did not seek any medical or therapeutic intervention during the relevant period.

The Discipline Committee decided that Mr. Ryan should be disbarred. Mr. Ryan appealed this decision and at the same time made a motion to adduce medical evidence to show that he was under a mental disability contributing to his misconduct. The Court of Appeal ordered that the case be reopened before the Discipline Committee for the limited purpose of hearing and deciding on this medical evidence. The Law Society was allowed to adduce contrary medical evidence. After considering this medical and psychiatric evidence at a second hearing, the Discipline Committee confirmed its earlier decision that disbarment was the appropriate sanction in the circumstances.

1996, ch. 89 (la « Loi »). M. Ryan témoigne devant le comité de discipline. Il présente des excuses, exprime des regrets et admet sa faute. Le Barreau a déjà pris des mesures disciplinaires contre M. Ryan à deux reprises. Dans les deux cas, M. Ryan a reçu une réprimande pour n'avoir pas fourni certains services à ses clients. En cette troisième fois, la seule question soumise au comité de discipline concerne la sanction à imposer à M. Ryan.

M. Ryan témoigne que sa santé physique et psychologique a été affectée par sa séparation de son épouse en 1992. Il dit au comité qu'il a abusé de l'alcool au cours de cette période et qu'il a eu des crises de panique contre lesquelles il prenait des médicaments. Il dit qu'en 1994, alors qu'il commençait à se rétablir, il a été atteint de mononucléose. Après s'être finalement remis de cette maladie, il pensait que le délai de prescription applicable à l'action de ses clients était expiré. Au lieu d'affronter ses clients, il a [TRADUCTION] « enterré le dossier ». M. Ryan témoigne qu'il a songé à se suicider en 1997. Il dit aussi avoir pensé se faire soigner dans une clinique psychiatrique, mais avoir changé d'avis parce que trop de gens pourraient le reconnaître à l'hôpital.

M. Ryan a consulté une fois un psychiatre qui lui a prescrit un médicament. M. Ryan n'a jamais utilisé l'ordonnance. Au cours de la période en cause, à l'exception de cette rencontre et de la poursuite du traitement de ses crises d'anxiété, M. Ryan n'a cherché à obtenir aucun traitement médical ou thérapeutique.

Le comité de discipline décide que M. Ryan doit être radié. M. Ryan interjette appel et demande en même temps par requête l'autorisation de produire une preuve médicale pour démontrer qu'il souffre d'une déficience mentale qui a contribué à sa faute professionnelle. La Cour d'appel ordonne que la cause soit réentendue par le comité de discipline dans le seul but d'examiner cette preuve médicale et de se prononcer sur celle-ci. Le Barreau est autorisé à présenter une preuve médicale contraire. Après avoir examiné la preuve médicale et psychiatrique à la seconde audience, le comité de discipline confirme sa décision antérieure selon laquelle la radiation est la sanction appropriée dans les circonstances.

8

9

10

11

The Court of Appeal allowed Mr. Ryan's appeal from the second decision of the Discipline Committee and substituted its own sanction of indefinite suspension with conditions for reinstatement. The Law Society is now appealing to this Court to set aside the decision of the Court of Appeal and to restore the decision of the Discipline Committee.

III. Judgments in Appeal

A. *Discipline Committee of the Law Society of New Brunswick*

(1) First Decision of the Discipline Committee (November 26, 1999)

12

The only issue before the Discipline Committee was the appropriate sanction given Mr. Ryan's admitted misconduct. After reviewing the evidence, the Committee concluded that the circumstances warranted Mr. Ryan's disbarment. In reaching this conclusion, the Committee considered the facts of the case, as well as the holdings in two decisions where, in the face of similar misconduct, disciplinary committees outside New Brunswick decided to disbar lawyers: *Law Society of the Northwest Territories v. Jakubowski*, [1995] L.S.D.D. No. 48 (QL), and *Markus v. Nova Scotia Barristers' Society* (1989), 90 N.S.R. (2d) 156 (S.C., App. Div.). The Discipline Committee noted that the regime of professional self-government obliged it to consider each case on its own facts in light of prevailing professional standards, the reasonable expectations of the public, and the public interest in the administration of justice. The respondent's conduct was an egregious breach of professional standards. In the circumstances, only significant and compelling factors could mitigate the seriousness of the breach. The mitigating factors did not meet this standard. Against the backdrop of Mr. Ryan's previous disciplinary record, the nature and duration of his misconduct irreparably undermined his honesty, trustworthiness and fitness as a lawyer. The Committee ordered that the respondent be disbarred.

La Cour d'appel accueille l'appel de M. Ryan contre la seconde décision du comité de discipline et y substitue sa propre sanction, la suspension indéfinie assortie de conditions de réintégration. Le Barreau se pourvoit maintenant devant la Cour pour faire annuler la décision de la Cour d'appel et faire rétablir la décision du comité de discipline.

III. Les décisions portées en appel

A. *Le comité de discipline du Barreau du Nouveau-Brunswick*

(1) La première décision du comité de discipline (26 novembre 1999)

La seule question dont était saisi le comité de discipline était la détermination de la sanction après l'aveu par M. Ryan de sa faute professionnelle. Après avoir examiné la preuve, le comité a conclu que les circonstances justifiaient la radiation de M. Ryan. Pour tirer cette conclusion, le comité a examiné les faits de la cause ainsi que deux décisions sur des cas de fautes professionnelles semblables dans lesquelles des comités de discipline dans d'autres ressorts que le Nouveau-Brunswick avaient prononcé la radiation des avocats en cause : *Law Society of the Northwest Territories c. Jakubowski*, [1995] L.S.D.D. No. 48 (QL), et *Markus c. Nova Scotia Barristers' Society* (1989), 90 N.S.R. (2d) 156 (C.S., Div. app.). Le comité de discipline a souligné que le régime d'autonomie professionnelle l'obligeait à étudier les faits propres à chaque cas, en fonction des normes professionnelles courantes, des attentes raisonnables du public et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice. La conduite de l'intimé constituait un manquement grave à la déontologie professionnelle. Dans les circonstances, seuls des facteurs importants et déterminants pouvaient atténuer la gravité de ce manquement. Les facteurs atténuants ne satisfaisaient pas à cette exigence. Compte tenu du dossier disciplinaire antérieur de M. Ryan, la nature et la durée de son inconduite compromettaient irréparablement son honnêteté, sa fiabilité et sa capacité à exercer le droit. Le comité a ordonné sa radiation.

(2) Second Decision of the Discipline Committee (November 9, 2000)

The medical evidence introduced at the second hearing of the Discipline Committee established that Mr. Ryan had suffered from a long-term substance abuse problem. On the basis of expert testimony, the Discipline Committee found that Mr. Ryan did not suffer from any other psychiatric illness that could be diagnosed as long as he continued to use alcohol. The Committee found that Mr. Ryan had not dedicated himself to the course of treatment recommended by his doctor despite what Mr. Ryan knew to be the extremely serious consequences of misconduct that he claimed was connected to his alcohol abuse. In the Committee's view, Mr. Ryan's "tentative and sporadic pursuit of any course of action designed to treat his illness and the consequences of his illness highlighted . . . the futility of attempting to prescribe meaningful conditions to any period of suspension". The Committee did not say that suspension would have been the appropriate sanction but for Mr. Ryan's failure to dedicate himself to treatment. The Discipline Committee confirmed that disbarment was the appropriate sanction in the circumstances.

B. *New Brunswick Court of Appeal, Second Decision* (2001), 236 N.B.R. (2d) 243, 2001 NBCA 37

(1) Selection of the Standard of Review

To determine the standard against which it should review the decision of the Discipline Committee, the New Brunswick Court of Appeal relied on some of its earlier decisions and the decisions of other appellate courts concerning professional discipline bodies. On the basis of these cases, the New Brunswick Court of Appeal concluded that "[i]t would appear that the more recent decisions have moved the standard, on the spectrum between correctness and patently unreasonable, closer to correctness" (para. 18).

Although the Court of Appeal settled on the standard of "reasonableness", it said this about the meaning of that standard: "on the spectrum this

(2) La seconde décision du comité de discipline (9 novembre 2000)

La preuve médicale présentée à la seconde audience du comité de discipline établissait que M. Ryan avait longtemps souffert d'un problème d'abus d'alcool. Sur la foi de témoignages d'experts, le comité de discipline a conclu que M. Ryan ne souffrait d'aucun autre problème psychiatrique pouvant être diagnostiqué tant qu'il continuerait à consommer de l'alcool. Le comité a conclu que M. Ryan n'avait pas suivi le traitement recommandé par son médecin bien qu'il fût conscient des conséquences très graves de la faute professionnelle qui, selon lui, était liée à son abus d'alcool. Selon le comité, [TRADUCTION] « [I]e fait que M. Ryan a participé sans conviction et de façon sporadique à toute mesure visant à traiter sa maladie et les conséquences de celle-ci a fait comprendre [. . .] qu'il était futile d'assortir une période de suspension de conditions valables ». Le comité n'a pas dit que la suspension aurait été la sanction appropriée n'eût été le défaut de M. Ryan de suivre le traitement. Le comité de discipline a confirmé que la radiation était la sanction appropriée dans les circonstances.

B. *Le second arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (2001), 236 R.N.-B. (2^e) 243, 2001 NBCA 37

(1) Le choix de la norme de contrôle

Pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du comité de discipline, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick se fonde sur plusieurs de ses arrêts antérieurs et quelques décisions d'autres cours d'appel relatives à des organismes professionnels disciplinaires. Sur la base de cette jurisprudence, la Cour d'appel conclut qu'[TRADUCTION] « [i]l semblerait que, sur une échelle allant de la décision correcte à la décision manifestement déraisonnable, les plus récentes décisions ont modifié la norme, qui va davantage dans le sens de la décision correcte » (par. 18).

Bien qu'elle ait choisi la norme de la « décision raisonnable », la Cour d'appel fait cette observation : [TRADUCTION] « cette norme se rapproche

13

14

15

standard is closer to correctness than patently unreasonable. This is particularly so, as here, when you have the most serious of sanctions being considered” (para. 21).

(2) Application of the Reasonableness Standard

16

The Court of Appeal noted that a comparison of penalties assessed in similar cases is an essential component in selecting a penalty in a professional discipline matter (para. 22). While acknowledging that the Discipline Committee’s initial decision relied heavily on comparisons with two discipline decisions taken outside the province of New Brunswick (paras. 25-27), the Court of Appeal set out a series of New Brunswick discipline decisions that Mr. Ryan referred to the court as being more analogous (para. 29). It appears that the Court of Appeal accepted his submissions on this matter, concluding that “the sanction imposed in this case was not similar to sanctions imposed by the Respondent for similar offenses committed in similar circumstances” (para. 33). It appears that the Court of Appeal was not prepared to accept that professional discipline decisions from outside New Brunswick could be appropriate sources of comparison (para. 30). The Court of Appeal suggested that the penalty of disbarment was so anomalous, when compared to penalties assessed in similar cases, that the Discipline Committee was under an obligation to explain the disparity (para. 33).

17

The substance of this analysis can be found in para. 33 of the Court of Appeal’s judgment:

In addition, it is well accepted that disbarment carries with it a stigma far greater than that of suspension. Consequently, it is a more severe penalty than an indefinite suspension with conditions for reinstatement. In our view, it is incumbent upon the Discipline Committee to make comparisons with other cases and to indicate why this case is such an anomalous case as to warrant such a clear disparity in sanction. We are of the opinion that the sanction imposed in this case was not similar to sanctions imposed by the Respondent for similar offenses committed in similar circumstances. We are also of the view that insufficient weight was given to the Appellant’s medical

davantage de celle de la décision correcte que de celle de la décision manifestement déraisonnable. Cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, il est question de la plus grave des sanctions » (par. 21).

(2) L’application de la norme de la décision raisonnable

La Cour d’appel note que la comparaison des sanctions imposées dans des cas semblables est une étape essentielle du choix de la sanction en matière de discipline professionnelle (par. 22). Bien qu’elle mentionne que la décision initiale du comité de discipline s’appuyait fortement sur une comparaison avec deux décisions disciplinaires rendues à l’extérieur du Nouveau-Brunswick (par. 25-27), la Cour d’appel cite une série de décisions disciplinaires du Nouveau-Brunswick que M. Ryan lui a signalées comme étant des affaires analogues plus pertinentes (par. 29). Il semble que la Cour d’appel accepte ses arguments sur ce point quand elle conclut que [TRADUCTION] « la sanction infligée en l’espèce n’est pas semblable à celles que l’intimé a infligées pour des infractions analogues commises dans des circonstances semblables » (par. 33). Il semble que la Cour d’appel n’était pas prête à accepter que des décisions disciplinaires rendues ailleurs qu’au Nouveau-Brunswick puissent constituer des sources de comparaison valables (par. 30). La Cour d’appel donne à entendre que la sanction de radiation est si inusitée, en comparaison des sanctions imposées dans des affaires semblables, que le comité de discipline devait expliquer cette disparité (par. 33).

Le cœur de cette analyse se trouve au par. 33 de l’arrêt de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] De plus, il est reconnu qu’une radiation est beaucoup plus infamante qu’une suspension. C’est donc une peine beaucoup plus lourde qu’une suspension de durée indéfinie assortie de conditions de réintégration. À notre avis, il incombe au comité de discipline de faire des comparaisons avec d’autres affaires et d’indiquer pourquoi l’affaire examinée est anormale au point de justifier une sanction si différente. Nous sommes d’avis que la sanction infligée en l’espèce n’est pas semblable à celles que l’intimé a infligées pour des infractions analogues commises dans des circonstances semblables. Nous sommes également

problems. Applying the standard of reasonableness to this case, we are of the opinion that the decision of the Discipline Committee was unreasonable and therefore requiring modification by this Court pursuant to section 68 of the *Law Society Act*, supra.

The Court of Appeal therefore allowed the appeal and ordered that Mr. Ryan be suspended indefinitely from the practice of law and that he could only be reinstated after satisfying the Competence Committee of the Law Society, through approved medical experts, that he was mentally and medically fit to resume practice and then only on such terms and conditions as the Competence Committee determined.

IV. Issues

This appeal raises the following issues:

- (1) What is the appropriate standard of review of the disciplinary sanction imposed by the Committee in this case?
- (2) If reasonableness *simpliciter* is the appropriate standard of review, does the level of deference involved in that standard vary according to the particular circumstances?
- (3) Should the respondent's disbarment have been set aside by the Court of Appeal on a proper application of the appropriate standard of review?

V. Analysis

In these reasons, I first address the question of how many standards exist for judicial review of administrative decisions. I conclude that there are only three standards: correctness, reasonableness, and patent unreasonableness. Applying the pragmatic and functional approach to judicial review of administrative action, I further conclude that the decision at issue in this case must be reviewed against the standard of reasonableness. Next, I set out the content of that standard. The standard of reasonableness *simpliciter* does not "float" according to the circumstances but always basically involves asking the same question about the challenged decision. Finally, I discuss the application of the standard of reasonableness to the decision of the Discipline Committee.

d'avis qu'on n'a pas suffisamment tenu compte des problèmes médicaux de l'appelant. En appliquant à l'espèce le critère de la décision raisonnable, nous sommes d'avis que la décision du comité de discipline était déraisonnable et que notre Cour doit donc la modifier conformément à l'article 68 de la *Loi sur le Barreau*, précitée.

Par conséquent, la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la suspension de M. Ryan pour une période indéfinie, soumettant sa réintégration à la condition de convaincre le comité des compétences du Barreau, par suite d'une expertise médicale, qu'il est mentalement et physiquement capable de reprendre l'exercice de la profession aux conditions déterminées par le comité.

IV. Les questions en litige

Les questions en litige sont les suivantes :

- (1) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer à la sanction disciplinaire imposée par le comité en l'espèce?
- (2) Si la décision raisonnable *simpliciter* est la norme de contrôle appropriée, le degré de déférence requis par cette norme varie-t-il en fonction de circonstances particulières?
- (3) L'application correcte de la norme de contrôle appropriée permettait-elle à la Cour d'appel d'annuler la radiation de l'intimé?

V. Analyse

Dans les présents motifs, je traite d'abord de la question du nombre de normes de contrôle judiciaire des décisions administratives. Je conclus qu'il n'existe que trois normes : la décision correcte, la décision raisonnable et la décision manifestement déraisonnable. Je conclus de plus, selon l'approche pragmatique et fonctionnelle du contrôle judiciaire des mesures administratives, que la décision en litige doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable. Je traite ensuite de la teneur de cette norme. La norme de la décision raisonnable *simpliciter* ne « fluctue » pas selon les circonstances mais consiste toujours essentiellement à se poser la même question sur la décision contestée. Finalement, j'applique la norme de la décision raisonnable à la décision du comité de discipline.

18

19

20

A. *The Pragmatic and Functional Approach*

21

The pragmatic and functional approach to review decisions of administrative tribunals adopted in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, will determine which standard is appropriate in the judicial review of the choice of sanction by the Discipline Committee. As the Chief Justice confirms in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21, the pragmatic and functional approach applies to judicial review, whether that review is by way of application to the court or statutory right of appeal. This means that courts must always select and employ the proper level of deference. There is no shortcut past the components of the pragmatic and functional approach as recently set out in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

22

At the outset, I will address a question that arises from the Court of Appeal's holding that: "on the spectrum this standard [of reasonableness] is closer to correctness than patently unreasonable. This is particularly so, as here, when you have the most serious of sanctions being considered" (para. 21). This statement can be understood in two different ways: (1) that the pragmatic and functional approach involves a choice among more than the three established standards of review; or (2), that the level of deference involved in these standards may shift according to the circumstances.

23

I will first address the suggestion that there are more than three standards of review to which the pragmatic and functional approach may lead. After doing so, I will apply the pragmatic and functional approach to this case. Since I conclude that the reasonableness *simpliciter* standard is appropriate, I will discuss whether the level of deference shifts within this standard. Finally, I will elaborate the content of the reasonableness standard.

A. *La méthode pragmatique et fonctionnelle*

L'approche pragmatique et fonctionnelle du contrôle des décisions des tribunaux administratifs qui a été adoptée dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, permet de déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable à la sanction choisie par le comité de discipline. Comme le confirme la Juge en chef au par. 21 de l'arrêt connexe *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, l'analyse pragmatique et fonctionnelle s'applique au contrôle judiciaire, qu'il résulte d'une demande en justice ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Cela signifie que les cours doivent toujours choisir et appliquer le degré de déférence approprié. Elles ne doivent sauter aucune étape de l'analyse pragmatique et fonctionnelle décrite récemment dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

D'emblée, je traite d'une question soulevée par la conclusion de la Cour d'appel, selon laquelle la norme de la décision raisonnable [TRADUCTION] « se rapproche davantage de celle de la décision correcte que de celle de la décision manifestement déraisonnable. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, il est question de la plus grave des sanctions » (par. 21). Cette déclaration peut signifier deux choses : (1) la méthode pragmatique et fonctionnelle comporte un choix plus large que les trois normes de contrôle établies; ou (2) le degré de déférence qu'impliquent ces normes peut varier selon les circonstances.

Je traite d'abord de l'idée que la méthode pragmatique et fonctionnelle peut mener à plus de trois normes de contrôle. Après cela, j'applique la méthode pragmatique et fonctionnelle à l'espèce. Puisque je conclus que la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique, je traite ensuite de la question de la fluctuation du degré de déférence à l'intérieur de la norme. Enfin, j'analyse la teneur de la norme de la décision raisonnable.

(1) How Many Standards Are Available in Review of Administrative Decisions?

In the Court's jurisprudence, only three standards of review have been defined for judicial review of administrative action (*Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at para. 5, *per* McLachlin C.J.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 55; see also *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 589-90; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 30; *Pushpanathan, supra*, at para. 27). The pragmatic and functional approach set out in *Bibeault, supra*, and more recently in *Pushpanathan*, will determine, in each case, which of these three standards is appropriate. I find it difficult, if not impracticable to conceive more than three standards of review. In any case, additional standards should not be developed unless there are questions of judicial review to which the three existing standards are obviously unsuited.

To elaborate on this point, in *Southam, supra*, the Court held that an unreasonable decision was one that did not stand up to a somewhat probing analysis. It is not clear that there is helpful language to describe a conceptually distinct fourth standard that would be less deferential than reasonableness *simpliciter* but more deferential than correctness. At this point, the multiplication of standards past the three already identified would force reviewing courts and the parties that appear before them into complex and technical debates at the outset. I am not convinced that the increase in complexity generated by adding a fourth standard would lead to greater precision in achieving the objectives of judicial review of administrative action.

A pragmatic and functional approach should not be unworkable or highly technical. Therefore I emphasize that, as presently developed, there are only three standards. Thus a reviewing court must not interfere unless it can explain how the

(1) Combien y a-t-il de normes de contrôle des décisions administratives?

La jurisprudence de la Cour n'a défini que trois normes de contrôle judiciaire des mesures administratives (*Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 5, la juge en chef McLachlin; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 55; voir aussi *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 589-590; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 30; *Pushpanathan*, précité, par. 27). La méthode pragmatique et fonctionnelle décrite dans *Bibeault*, précité, et plus récemment dans *Pushpanathan*, permet de déterminer, dans chaque cas, laquelle de ces trois normes s'applique. J'estime difficile, pour ne pas dire impraticable, de concevoir plus de trois normes de contrôle. Quoi qu'il en soit, on ne devrait pas créer de normes supplémentaires à moins d'être confronté à des problèmes de contrôle judiciaire auxquels les trois normes existantes ne peuvent manifestement pas répondre.

J'ajoute, sur ce point, que la Cour a jugé dans *Southam*, précité, qu'une décision déraisonnable est une décision qui ne peut pas résister à une analyse assez poussée. Il n'est pas certain que l'on puisse énoncer en termes clairs une quatrième norme distincte sur le plan conceptuel qui appellerait un degré moindre de déférence que la décision raisonnable *simpliciter* mais un degré plus élevé que la décision correcte. À ce stade, la multiplication des normes au-delà des trois qui sont déjà définies obligerait les cours et les parties, dans une demande de contrôle judiciaire, à débattre dès le départ de questions techniques complexes. Je ne suis pas convaincu que la complexité accrue résultant de l'ajout d'une quatrième norme mènerait à plus de précision dans la poursuite des objectifs du contrôle judiciaire des mesures administratives.

Une analyse pragmatique et fonctionnelle ne devrait pas être impraticable ou hautement technique. Par conséquent, je souligne qu'il n'existe actuellement que trois normes établies. Une cour siégeant en contrôle judiciaire ne doit donc pas

24

25

26

administrative action is incorrect, unreasonable, or patently unreasonable, depending on the appropriate standard.

(2) The Pragmatic and Functional Approach Applied to the Disputed Decision

27

The pragmatic and functional approach determines the standard of review in relation to four contextual factors: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the question — law, fact, or mixed law and fact (*Pushpanathan, supra*, at paras. 29-38; *Dr. Q, supra*, at para. 26).

(a) *Presence or Absence of a Privative Clause or Statutory Right of Appeal*

28

There is no privative clause in the Act. Rather, there is a broad right of appeal on questions of law or fact pursuant to s. 66(1):

66(1) Any respondent who is affected by a decision, determination or order of the Competence or Discipline Committee may appeal to the Court of Appeal on a question of law or fact.

The Court of Appeal has a broad choice of remedies on appeal:

68 The Court of Appeal may make such order as may be just, including referral to the Competence or Discipline Committee to act in accordance with its directions.

29

The existence of a broad statutory right of appeal indicates that less deference may be due to decisions of the Discipline Committee. However, as Bastarache J. noted in *Pushpanathan, supra*, at para. 30: “The absence of a privative clause does not imply a high standard of scrutiny, where other factors bespeak a low standard.” The specialization of duties intended by the legislature may warrant deference notwithstanding the absence of a privative clause (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television*

intervenir à moins de pouvoir expliquer en quoi la mesure administrative est, selon la norme appropriée, incorrecte, déraisonnable ou manifestement déraisonnable.

(2) L’application de la méthode pragmatique et fonctionnelle à la décision contestée

La méthode pragmatique et fonctionnelle détermine la norme de contrôle en fonction de quatre facteurs contextuels : (1) la présence ou l’absence dans la loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel; (2) l’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur le point en litige; (3) l’objet de la loi et de la disposition particulière; (4) la nature de la question — question de fait, de droit ou mixte de droit et de fait (*Pushpanathan, précité*, par. 29-38; *Dr Q, précité*, par. 26).

(a) *La présence ou l’absence dans la loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel*

La Loi ne comporte pas de clause privative, mais par contre son par. 66(1) confère un vaste droit d’appel sur des questions de droit ou de fait :

66(1) Tout intimé qui est visé par une décision ou une mesure des comités des compétences ou de discipline peut en appeler à la Cour d’appel sur une question de droit ou de fait.

La Cour d’appel dispose d’un vaste choix de réparations :

68 La Cour d’appel peut rendre toute ordonnance juste et équitable, et notamment renvoyer l’affaire, avec directives, aux comités des compétences ou de discipline.

L’existence d’un large droit d’appel dans la loi indique un degré de déférence moins élevé à l’égard des décisions du comité de discipline. Toutefois, comme le souligne le juge Bastarache dans *Pushpanathan, précité*, par. 30 : « L’absence de clause privative n’implique pas une norme élevée de contrôle, si d’autres facteurs commandent une norme peu exigeante. » La spécialisation des fonctions voulue par le législateur peut appeler à la déférence malgré l’absence de clause privative (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27; *Bell Canada c. Canada (Conseil*

and Telecommunications Commission), [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1746-47; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, at para. 49; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335; *Pezim, supra*, at p. 591).

(b) *The Expertise of the Discipline Committee*

As the Chief Justice notes in *Dr. Q, supra*, at para. 28, the question at this stage of the pragmatic and functional analysis is whether the decision-making body has greater expertise than the reviewing court with respect to the question under review. This expertise may be derived from specialized knowledge about a topic or from experience and skill in the determination of particular issues. At first glance, it may appear that the discipline committee of a law society has no relative expertise since it is composed of lawyers and lay appointees. Generally, judges will have been members of a provincial law society and will know about the ethical and other standards of practice to which those societies hold lawyers. That said, there is nevertheless reason to expect that the Discipline Committee has superior expertise relative to courts.

First, the Discipline Committee has greater expertise than courts in the choice of sanction for breaches of professional standards. By s. 55(1)(a) of the Act, the Discipline Committee is composed of a majority of members of the Law Society who are subject to the same standards of professional practice as the lawyers who come before them. Current members of the Law Society may be more intimately acquainted with the ways that these standards play out in the everyday practice of law than judges who no longer take part in the solicitor-client relationship. Practising lawyers are uniquely positioned to identify professional misconduct and to appreciate its severity (see *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 890; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.), at pp. 292-93); on the matter of expertise, see also *Moreau-Bérubé v. New*

de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1746-1747; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, par. 49; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 335; *Pezim, précité*, p. 591).

(b) *L'expertise du comité de discipline*

Comme le note la Juge en chef au par. 28 de l'arrêt connexe, *Dr Q*, précité, il faut se demander à cette étape de l'analyse pragmatique et fonctionnelle si l'organisme décisionnel possède une expertise plus grande que les cours de révision sur la question à l'étude. Cette expertise peut provenir de connaissances spécialisées sur un sujet ou de l'expérience et de qualifications dans un domaine précis. À première vue, le comité de discipline d'un barreau peut paraître ne pas posséder d'expertise relative puisqu'y sont nommés des avocats et des non-juristes. Généralement, les juges ont été membres d'un barreau provincial et connaissent les normes de déontologie et de pratique imposées aux avocats par les barreaux. Ceci dit, il y a néanmoins des raisons de penser que le comité de discipline possède une expertise supérieure à celle des cours.

Premièrement, le comité de discipline a une expertise plus grande que les cours dans le choix des sanctions pour les violations des normes professionnelles. En vertu de l'al. 55(1)a) de la Loi, le comité de discipline est composé d'une majorité de membres du Barreau qui sont soumis aux mêmes normes de pratique professionnelles que les avocats qui comparaissent devant eux. Des membres actuels du Barreau peuvent avoir une connaissance plus intime de la façon dont ces normes s'appliquent dans la pratique quotidienne du droit que les juges qui ne participent plus à la relation avocat-client. Les avocats en exercice sont particulièrement bien placés pour déterminer ce qui constitue un manquement professionnel et pour en évaluer la gravité (voir *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 890; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1

30

31

Brunswick (Judicial Council), [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 43-53.

D.L.R. (4th) 285 (C.A. Man.), p. 292-293). Sur la question de l'expertise, voir aussi *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 43-53.

32 Second, members of the public are appointed to the Discipline Committee pursuant to s. 55(1)(b) of the Act. There will always be one lay person on a panel of the Committee by operation of s. 55(4). Although they will presumably have less knowledge of legal practice than judges or the members of the Law Society, lay persons may be in a better position to understand how particular forms of conduct and choice of sanctions would affect the general public's perception of the profession and confidence in the administration of justice. Since these are central concerns in the Act, the lay member of a Discipline Committee provides an important perspective for the tribunal in carrying out its duties.

Deuxièmement, des membres du public sont nommés au comité de discipline en vertu de l'al. 55(1)b) de la Loi. Le paragraphe 55(4) prévoit que chaque sous-comité doit compter un non-juriste. Bien qu'ils aient vraisemblablement une connaissance moindre de la pratique du droit que les juges ou les membres du Barreau, les non-juristes peuvent être mieux placés pour comprendre en quoi certains comportements et certains choix de sanctions pourraient affecter l'image de la profession dans le public en général et sa confiance dans l'administration de la justice. Comme ce sont des objectifs primordiaux de la Loi, le membre non-juriste du comité de discipline fournit un point de vue important dans le cadre de l'exécution de ses fonctions de tribunal administratif.

33 Third, the Discipline Committee has relative expertise generated by repeated application of the objectives of professional regulation set out in the Act to specific cases in which misconduct is alleged. In each case, the Committee will be called on to interpret those objectives in the factual context. This, we can assume, will tend to generate a relatively superior capacity to draw inferences from facts related to professional practice and also to assess the frequency and level of threat to the public and to the legal profession posed by certain forms of behaviour.

Troisièmement, le comité de discipline a une expertise relative découlant de l'application répétée des objectifs de la réglementation professionnelle énoncés dans la Loi aux cas particuliers d'allégations de faute professionnelle. Dans chaque cas, le comité est appelé à interpréter ces objectifs dans un contexte factuel. Nous pouvons présumer que cela tend à produire une aptitude relativement plus grande à tirer des conclusions sur les faits liés à l'exercice de la profession et aussi à évaluer les probabilités et le niveau de danger que présentent certains comportements pour le public et pour la profession juridique.

34 The Discipline Committee's expertise is not in a specialized area outside the general knowledge of most judges (such as securities regulation in *Pezim*, *supra*, or competition regulation in *Southam*, *supra*). However, owing to its composition and its familiarity with the particular issue of imposing a sanction for professional misconduct in a variety of settings, the Discipline Committee arguably has more expertise than courts on the sanction to apply to the misconduct.

L'expertise relative du comité de discipline ne se situe pas dans un domaine spécialisé sortant des connaissances générales de la plupart des juges (comme la réglementation des valeurs mobilières dans *Pezim*, précité, ou la réglementation de la concurrence dans *Southam*, précité). Toutefois, en raison de sa composition et de son expérience dans le domaine particulier des sanctions pour faute professionnelle dans des contextes divers, il est permis de penser que le comité de discipline possède une expertise plus grande que les cours dans le choix de la sanction à imposer.

(c) *Purpose of the Law Society Act and the Disciplinary Process*

The preamble of the Act suggests its purpose:

AND WHEREAS it is desirable, in the interests of the public and the members of the legal profession, to continue the Law Society of New Brunswick as a body corporate for the purposes of advancing and maintaining the standard of legal practice in the Province, and of governing and regulating the legal profession;

Clearly, a major objective of the Act is to create a self-regulating professional body with the authority to set and maintain professional standards of practice. This, in turn, requires that the Law Society perform its paramount role of protecting the interests of the public. As D. A. A. Stager writes in *Lawyers in Canada* (1990), at p. 31: "The privilege of self-government is granted to professional organizations only in exchange for, and to assist in, protecting the public interest with respect to the services concerned" (see also *Pearlman, supra*, at pp. 887-88).

More specifically, the disciplinary process is meant to advance the duties and objectives set out in s. 5 of the Act.

5 It is the object and duty of the Society

- (a) to uphold and protect the public interest in the administration of justice,
- (b) to preserve and protect the rights and freedoms of all persons,
- (c) to ensure the independence, integrity and honor of its members,
- (d) to establish standards for the education, professional responsibility and competence of its members and applicants for membership,
- (e) to regulate the legal profession, and
- (f) subject to paragraphs (a) to (d), to uphold and protect the interests of its members.

In any particular disciplinary proceeding, the Discipline Committee has a broad discretion in respect of the sanctions it may apply to meet the objectives of the Act:

(c) *L'objet de la Loi sur le Barreau et le processus disciplinaire*

Le préambule de la Loi indique son objet :

ET CONSIDÉRANT qu'il est dans l'intérêt aussi bien du public que de la profession juridique que le Barreau du Nouveau-Brunswick soit prorogé comme personne morale en vue de promouvoir et de maintenir la qualité des services juridiques dans la province ainsi que d'administrer et de réglementer la profession;

De toute évidence, un objectif important de la Loi est de créer un ordre professionnel autoréglementé qui a le mandat d'établir et de maintenir des normes professionnelles d'exercice. En retour, le Barreau doit remplir son rôle primordial qu'est la protection des intérêts du public. D. A. A. Stager écrit dans *Lawyers in Canada* (1990), p. 31 : [TRADUCTION] « Le privilège de l'autonomie administrative est accordé aux organismes professionnels seulement en contrepartie de la protection des intérêts du public relatifs aux services concernés » (voir également *Pearlman*, précité, p. 887-888).

Plus particulièrement, le processus disciplinaire vise à promouvoir la mission énoncée à l'art. 5 de la Loi.

5 Le Barreau a pour mission :

- a) de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice;
- b) de préserver et de protéger les droits et libertés de la personne;
- c) de sauvegarder l'indépendance, l'intégrité et l'honneur de ses membres;
- d) d'établir des normes pour la formation, la responsabilité professionnelle et la compétence de ses membres et des personnes qui demandent l'admission;
- e) de réglementer la profession juridique;
- f) sous réserve des alinéas a) à d), de défendre et de protéger les intérêts de ses membres.

Dans toute procédure disciplinaire, le comité de discipline dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant aux sanctions qu'il peut imposer afin d'atteindre les objectifs de la Loi :

35

36

37

38

60(1) If a panel of the Discipline Committee finds that a respondent, other than a student-at-law, is guilty of conduct deserving sanction, it may do one or a combination of the following:

- (a) reprimand the respondent;
- (b) order that the respondent, within a fixed time, pay to the Society a fine not exceeding an amount set by the rules;
- (c) suspend the respondent from practising law for a fixed period or indefinitely, on such terms as in its opinion are necessary in the circumstances;
- (d) disbar the respondent;
- (e) order that the respondent pay to the Society within a fixed time in an amount decided by the panel, costs of the inquiry, including the costs of an investigation by the Registrar, the Complaints Committee, or of an audit or investigation under Part 11; or
- (f) make such other order as in its opinion is necessary and appropriate in the circumstances, including any order that could be made by the Competence Committee under section 46.

39

In the case of *Dr. Q*, at para. 31, the Chief Justice confirms earlier jurisprudence holding that “[a] statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court”. Sections 5 and 60(1) of the Act set out above clearly direct the Law Society to undertake a balancing exercise and require the Discipline Committee to choose among a range of remedial choices.

40

Taken as a whole, the legislative purpose of the Act suggests a higher degree of deference to decisions of the Discipline Committee. This deference gives effect to the legislature’s intention to protect the public interest by allowing the legal profession to be self-regulating. The Law Society is clearly intended to be the primary body that articulates and enforces professional standards among its members.

60(1) Le sous-comité de discipline qui conclut que l’intimé — autre qu’un stagiaire — a fait preuve d’une conduite répréhensible peut exercer un ou plusieurs des choix suivants :

- a) il le réprimande;
- b) il lui ordonne de payer au Barreau, dans des délais précis, une amende qui ne dépasse pas le plafond prévu par les règles;
- c) il le suspend de l’exercice du droit pour une période déterminée ou indéfinie, aux conditions qu’il juge nécessaires dans les circonstances;
- d) il le radie;
- e) ayant fixé les délais et le montant, il lui ordonne de payer au Barreau les frais de l’enquête, y compris de celle du registraire ou du comité des plaintes, ou ceux d’une vérification ou d’une investigation effectuées en vertu de la partie 11;
- f) il prend toute autre mesure qu’il juge nécessaire et utile dans les circonstances, y compris toute mesure que le comité des compétences a le pouvoir de prendre en vertu de l’article 46.

Dans le cas de *Dr. Q*, par. 31, la Juge en chef confirme la jurisprudence antérieure en concluant qu’« [u]ne loi dont l’objet exige qu’un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d’intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision ». L’article 5 et le par. 60(1) de la Loi obligent clairement le Barreau à se livrer à un exercice de pondération et le comité de discipline à choisir parmi une gamme de sanctions.

Considéré dans son ensemble, l’objet de la Loi invite à un degré élevé de déférence envers les décisions du comité de discipline. Cette déférence donne effet à l’intention du législateur de protéger les intérêts du public en permettant à la profession juridique de s’autoréglementer. Il est clairement entendu que le Barreau est l’organisme chargé au premier titre d’établir les normes professionnelles et de les faire appliquer par ses membres.

(d) *Nature of the Question in Dispute: Law, Fact or Mixed Law and Fact?*

This element of the pragmatic and functional approach is helpfully discussed by the Chief Justice in *Dr. Q, supra*, at paras. 33-34. The question of what sanction Mr. Ryan should face as a result of his misconduct is a question of mixed fact and law since it involves the application of general principles of the Act to specific circumstances. The Court of Appeal impugned the weight that the Committee assigned to particular mitigating evidence and also disapproved of the Committee's selection of factually similar cases. These are fact-intensive elements within the question of mixed fact and law. They do not involve easily extracted and discretely framed questions of law. The Committee's decision on sanction is not one that will determine future cases except insofar as it is a useful case for comparison. The decision is intricately bound to many factual findings and inferences about the misconduct of Mr. Ryan and the interests of the public and the profession. The Committee clearly benefited from the opportunity to hear the testimony and cross-examination of Mr. Ryan and of the expert witnesses. All this suggests that a higher degree of deference should be afforded to the Disciplinary Committee.

(e) *Conclusion on the Pragmatic and Functional Approach*

Although there is a statutory appeal from decisions of the Discipline Committee, the expertise of the Committee, the purpose of its enabling statute, and the nature of the question in dispute all suggest a more deferential standard of review than correctness. These factors suggest that the legislator intended that the Discipline Committee of the self-regulating Law Society should be a specialized body with the primary responsibility to promote the objectives of the Act by overseeing professional discipline and, where necessary, selecting appropriate sanctions. In looking at all the factors as discussed in the foregoing analysis, I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*. Thus, on the question of the appropriate sanction for

(d) *La nature de la question en litige : question de droit, question de fait ou question mixte de droit et de fait?*

Il est utile de se référer à l'analyse que fait la Juge en chef de cet élément de la méthode pragmatique et fonctionnelle, dans l'arrêt connexe *Dr Q*, précité, par. 33-34. La question de la sanction à imposer à M. Ryan pour son manquement professionnel est une question mixte de droit et de fait car elle comporte l'application de principes généraux de la Loi à des circonstances précises. La Cour d'appel critique le poids que le comité a attribué à certaines circonstances atténuantes et désapprouve sa sélection des précédents. Il s'agit là d'éléments fortement factuels dans la question mixte de droit et de fait. Ils ne comportent pas de questions de droit faciles à cerner et à formuler distinctement. La décision du comité sur la sanction n'est pas déterminante pour des causes futures, et son utilité se limitera à fournir un élément de comparaison. La décision est liée étroitement à de nombreuses conclusions de fait et inférences sur le comportement professionnel de M. Ryan, les intérêts du public et la profession. Il est clair que le comité a bénéficié de la possibilité d'entendre le témoignage et le contre-interrogatoire de M. Ryan et des témoins experts. Tout ceci invite à un degré élevé de déférence à l'égard de la décision du comité de discipline.

(e) *La conclusion sur la méthode pragmatique et fonctionnelle*

Bien que la loi prévoit un droit d'appel des décisions du comité de discipline, l'expertise du comité, l'objet de sa loi habilitante et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. Ces facteurs indiquent que le législateur voulait que le comité de discipline du barreau autonome soit un organisme spécialisé ayant comme responsabilité primordiale la promotion des objectifs de la Loi par la surveillance disciplinaire de la profession et, au besoin, le choix de sanctions appropriées. Compte tenu de l'ensemble des facteurs pris en compte dans l'analyse qui précède, je conclus que la norme appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Par conséquent, sur la question de

41

42

professional misconduct, the Court of Appeal should not substitute its own view of the “correct” answer but may intervene only if the decision is shown to be unreasonable.

B. The Standard of Reasonableness Simpliciter

(1) Does the Standard Float Along a Spectrum According to the Case?

43 The respondent asserts that the standard of reasonableness is an “area on the spectrum or continuum” between patent unreasonableness and correctness. This argument is meant to support the low deference that the Court of Appeal afforded to the decision of the Discipline Committee despite having decided that a pragmatic and functional examination led to the conclusion that the standard of reasonableness applied. The thrust of the respondent’s submissions is that it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances. To deny this flexibility, the respondent argues, would signal a return to a formalist approach to judicial review.

44 This argument must be rejected. If it is inappropriate to add a fourth standard to the three already identified, it would be even more problematic to create an infinite number of standards in practice by imagining that reasonableness can float along a spectrum of deference such that it is sometimes quite close to correctness and sometimes quite close to patent unreasonableness. This argument rests on a mistaken extension of the metaphor of a spectrum.

45 It is true that the Court has resorted to the metaphor of a spectrum in order to explain the relative ordering of the three recognized standards of review. The idea is that the standards could be arranged from least deferential to most deferential with reasonableness as the intermediate standard of review. The metaphor suggests standards arranged along a gradient of deference but it was never meant to suggest an infinite number of possible standards. That

la sanction appropriée pour le manquement professionnel, la Cour d’appel ne devrait pas substituer sa propre opinion quant à la réponse « correcte » et ne peut intervenir que s’il est démontré que la décision est déraisonnable.

*B. La norme de la décision raisonnable simpli-
citer*

(1) La norme peut-elle fluctuer en degré selon les circonstances?

L’intimé soutient que la norme de la décision raisonnable occupe [TRADUCTION] « un segment de la gamme ou du continuum » entre la décision déraisonnable et la décision correcte. Il veut justifier par cet argument le faible degré de déférence que la Cour d’appel a accordé à la décision du comité de discipline même après avoir décidé que l’analyse pragmatique et fonctionnelle menait à la conclusion que la norme de la décision raisonnable s’appliquait. L’intimé prétend essentiellement qu’il est parfois approprié d’appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances. L’intimé prétend que ne pas autoriser cette souplesse annoncerait le retour à une approche formaliste du contrôle judiciaire.

Cet argument doit être rejeté. S’il est inopportun d’ajouter une quatrième norme aux trois qui ont déjà été définies, il serait encore plus problématique de créer en pratique un nombre infini de normes en introduisant l’idée que la norme de la décision raisonnable peut varier en degré de déférence de façon à se rapprocher parfois de la décision correcte et parfois de la décision manifestement déraisonnable. Cet argument repose sur un recours abusif à la métaphore de la gamme.

Il est vrai que la Cour a utilisé la métaphore de la gamme pour expliquer l’ordre relatif des trois normes de contrôle reconnues. L’idée est de décrire comment les normes sont disposées dans un ordre allant du plus bas au plus haut degré de déférence exigé, le degré intermédiaire étant norme de la décision raisonnable. La métaphore illustre le placement des normes selon une gradation de déférence mais elle n’a jamais voulu dire qu’il existe un nombre

the metaphor relates to a spectrum of deference and not a spectrum of standards has become increasingly clear since the use of the term “spectrum” in *Pezim, supra*, at p. 590 (see *Baker, supra*, at para. 55, per L’Heureux-Dubé J.; *Pushpanathan, supra*, at para. 27, per Bastarache J.). As Major J. recently wrote: “The various standards of review are properly viewed as points occurring on a spectrum of curial deference. They range from patent unreasonableness at the more deferential end of the spectrum, through reasonableness *simpliciter*, to correctness at the more exacting end of the spectrum” (*Mattel, supra*, at para. 24).

Judicial review of administrative action on a standard of reasonableness involves deferential self-discipline. A court will often be forced to accept that a decision is reasonable even if it is unlikely that the court would have reasoned or decided as the tribunal did (see *Southam, supra*, at paras. 78-80). If the standard of reasonableness could “float” this would remove the discipline involved in judicial review: courts could hold that decisions were unreasonable by adjusting the standard towards correctness instead of explaining why the decision was not supported by any reasons that can bear a somewhat probing examination.

The content of a standard of review is essentially the question that a court must ask when reviewing an administrative decision. The standard of reasonableness basically involves asking “After a somewhat probing examination, can the reasons given, when taken as a whole, support the decision?” This is the question that must be asked every time the pragmatic and functional approach in *Pushpanathan, supra*, directs reasonableness as the standard. Deference is built into the question since it requires that the reviewing court assess whether a decision is basically supported by the reasoning of the tribunal or decision-maker, rather than inviting the court to engage *de novo* in its own reasoning on the matter. Of course, the answer to the question must bear careful relation to the context of the decision, but the

infini de normes possibles. Depuis l’utilisation du terme « gamme » dans *Pezim*, précité, p. 590, il est devenu de plus en plus clair que la métaphore vise les degrés de déférence et non une gamme de normes (voir *Baker*, précité, par. 55, la juge L’Heureux-Dubé; *Pushpanathan*, précité, par. 27, le juge Bastarache). Le juge Major a écrit récemment que « [l]es différentes normes de contrôle sont à juste titre considérées comme autant de points sur l’échelle de la retenue judiciaire. Ces normes vont de la décision manifestement déraisonnable — point où la retenue est la plus grande — à la décision raisonnable — norme la plus exigeante — en passant par la décision raisonnable *simpliciter* » (*Mattel*, précité, par. 24).

Le niveau de déférence requis dans le contrôle judiciaire d’une mesure administrative selon la norme de la décision raisonnable fait appel à l’auto-discipline. Une cour sera souvent obligée d’accepter qu’une décision est raisonnable même s’il est peu probable qu’elle aurait fait le même raisonnement ou tiré la même conclusion que le tribunal (voir *Southam*, précité, par. 78-80). Si la norme de la décision raisonnable pouvait « fluctuer », cela éliminerait la discipline nécessaire au contrôle judiciaire : les cours pourraient décider que des décisions sont déraisonnables en ajustant la norme plus près de la norme de la décision correcte au lieu d’expliquer pourquoi la décision n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé.

La teneur d’une norme de contrôle est essentiellement définie par la question que la cour doit se poser quand elle examine une décision administrative. La norme de la décision raisonnable consiste essentiellement à se demander « si, après un examen assez poussé, les motifs donnés, pris dans leur ensemble, étayent la décision ». C’est la question qu’il faut se poser chaque fois que l’analyse pragmatique et fonctionnelle décrite dans *Pushpanathan*, précité, dicte l’application de la norme de la décision raisonnable. La déférence requise découle de la question puisqu’elle impose à la cour de révision de déterminer si la décision est généralement étayée par le raisonnement du tribunal ou de l’instance décisionnelle, plutôt que de l’inviter à refaire sa propre analyse. Évidemment, la réponse à la question doit être

46

47

question itself remains constant. The suggestion that reasonableness is an “area” allowing for more or less deferential articulations would require that the court ask different questions of the decision depending on the circumstances and would be incompatible with the idea of a meaningful standard. I now turn to a closer examination of what a reviewing court should do when engaging in its somewhat probing examination of an administrative decision.

(2) What Does the Reasonableness Standard Require of a Reviewing Court?

48

Where the pragmatic and functional approach leads to the conclusion that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*, a court must not interfere unless the party seeking review has positively shown that the decision was unreasonable (see *Southam, supra*, at para. 61). In *Southam*, at para. 56, the Court described the standard of reasonableness *simpliciter*:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. [Emphasis added.]

49

This signals that the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and “look to see” whether any of those reasons adequately support the decision. Curial deference involves respectful attention, though not submission, to those reasons (*Baker, supra*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J. citing D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286).

50

At the outset it is helpful to contrast judicial review according to the standard of reasonableness with the fundamentally different process of reviewing a decision for correctness. When undertaking a correctness review, the court may undertake its own reasoning process to arrive at the result it judges

soigneusement adaptée au contexte de la décision, mais la question elle-même demeure inchangée dans les divers contextes. L’idée que la décision raisonnable est un « segment de la gamme », permettant des variations dans la déférence requise, obligerait la cour à se poser des questions différentes sur la décision selon les circonstances et serait incompatible avec l’idée d’une norme efficace. J’analyse maintenant plus en détail ce que la cour de révision doit faire lorsqu’elle entreprend un examen assez poussé de la décision administrative.

(2) Application de la norme de la décision raisonnable dans le contrôle judiciaire

Lorsque l’analyse pragmatique et fonctionnelle mène à la conclusion que la norme appropriée est la décision raisonnable *simpliciter*, la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision est déraisonnable (voir *Southam*, précité, par. 61). Dans *Southam*, par. 56, la Cour décrit de la manière suivante la norme de la décision raisonnable *simpliciter* :

Est déraisonnable la décision qui, dans l’ensemble, n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s’il existe quelque motif étayant cette conclusion. [Je souligne.]

Cela indique que la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et « se demande » si l’un ou l’autre de ces motifs étaye convenablement la décision. La déférence judiciaire demande non pas la soumission mais une attention respectueuse à ces motifs (*Baker*, précité, par. 65, la juge L’Heureux-Dubé citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286).

Il est utile tout d’abord de bien différencier le processus de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et le processus fondamentalement différent du contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans le contrôle selon la norme de la décision correcte, la cour peut faire son propre

correct. In contrast, when deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. Applying the standard of reasonableness gives effect to the legislative intention that a specialized body will have the primary responsibility of deciding the issue according to its own process and for its own reasons. The standard of reasonableness does not imply that a decision-maker is merely afforded a "margin of error" around what the court believes is the correct result.

There is a further reason that courts testing for unreasonableness must avoid asking the question of whether the decision is correct. Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. For example, when a decision must be taken according to a set of objectives that exist in tension with each other, there may be no particular trade-off that is superior to all others. Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable.

The standard of reasonableness *simpliciter* is also very different from the more deferential standard of patent unreasonableness. In *Southam, supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted "in the immediacy or obviousness of the defect". Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as "clearly irrational" or "evidently not in accordance with reason" (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, *per* Cory J.; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at paras. 9-12, *per* Gonthier J.). A decision that is patently unreasonable is so flawed

raisonnement pour arriver au résultat qu'elle juge correct. En revanche, lorsqu'elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte. La norme de la décision raisonnable donne effet à l'intention du législateur de confier à un organisme spécialisé la responsabilité principale de trancher la question selon son propre processus et ses propres raisons. La norme de la décision raisonnable n'implique pas que l'instance décisionnelle dispose simplement d'une « marge d'erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.

Il y a une autre raison pour laquelle les cours cherchant à déterminer si la décision est déraisonnable doivent éviter de se demander si elle est correcte. À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. Par exemple, lorsqu'une décision doit être prise en fonction d'un ensemble d'objectifs divergents, il se peut qu'aucun compromis ne soit supérieur à tous les autres. Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable.

La norme de la décision raisonnable *simpliciter* est aussi très différente de la norme de la décision manifestement déraisonnable qui exige une déférence plus grande. Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, le juge Cory; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*,

51

52

that no amount of curial deference can justify letting it stand.

53 A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

54 How will a reviewing court know whether a decision is reasonable given that it may not first inquire into its correctness? The answer is that a reviewing court must look to the reasons given by the tribunal.

55 A decision will be unreasonable only if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived. If any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere (see *Southam*, at para. 56). This means that a decision may satisfy the reasonableness standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling (see *Southam*, at para. 79).

56 This does not mean that every element of the reasoning given must independently pass a test for reasonableness. The question is rather whether the reasons, taken as a whole, are tenable as support for the decision. At all times, a court applying a standard of reasonableness must assess the basic adequacy of a reasoned decision remembering that the issue under review does not compel one specific result. Moreover, a reviewing court should not seize on one or more mistakes or elements of the decision which do not affect the decision as a whole.

[1996] 3 R.C.S. 84, par. 9-12, le juge Gonthier). Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu’il ne peut être décelé qu’après « un examen ou [. . .] une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L’explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu’aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

Comment la cour siégeant en contrôle judiciaire sait-elle si une décision est raisonnable alors qu’elle ne peut d’abord vérifier si elle est correcte? La réponse est que la cour doit examiner les motifs donnés par le tribunal.

La décision n’est déraisonnable que si aucun mode d’analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l’a fait. Si l’un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n’est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir (*Southam*, par. 56). Cela signifie qu’une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n’est pas convaincante aux yeux de la cour de révision (voir *Southam*, par. 79).

Cela ne signifie pas que chaque élément du raisonnement présenté doit passer individuellement le test du caractère raisonnable. La question est plutôt de savoir si les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenable comme assise de la décision. Une cour qui applique la norme de la décision raisonnable doit toujours évaluer si la décision motivée a une base adéquate, sans oublier que la question examinée n’exige pas un résultat unique précis. De plus, la cour ne devrait pas s’arrêter à une ou plusieurs erreurs ou composantes de la décision qui n’affectent pas la décision dans son ensemble.

(3) Applying the Standard of Reasonableness to the Committee's Decision(a) *What Reasons Did the Committee Give for its Decision?*

Mr. Ryan appealed the second decision of the Discipline Committee. That decision followed hearings to consider new evidence and submissions as ordered by the New Brunswick Court of Appeal. In its second set of reasons, the Committee found that Mr. Ryan did not suffer from any illness other than "alcohol abuse" that could be diagnosed as long as he continued to drink. For the Committee, the "tentative and sporadic" character of Mr. Ryan's dedication to treatment for alcoholism showed that it would be futile to attach conditions to a suspension. However, this does not exhaust the reasoning in the second decision. The Committee wrote:

After considering the new evidence and the submissions made by counsel, the panel has concluded that the sanction previously imposed was the appropriate one in the circumstances. For the reasons expressed in our previous decision of November 26, 1999, we confirm the sanction. [Emphasis added.]

Taken as a whole, the reasoning supporting the second decision is that the evidence adduced at the hearings did not disclose facts which mitigated the violation of professional ethics or change the context to such an extent as to make the original sanction of disbarment inappropriate. The underlined words of the second decision quoted above show that the second decision incorporates the reasons given in the first decision of November 26, 1999. The reasons for confirming the penalty of disbarment therefore included the following findings and premises:

(1) even though the professional self-government regime requires that each case must be decided on its own facts, it is nonetheless relevant that Mr. Ryan's breaches of professional ethics were similar to ones for which professional disciplinary bodies have previously imposed a sanction of disbarment;

(3) Application de la norme de la décision raisonnable à la décision du comité(a) *Les motifs donnés par le comité à l'appui de sa décision*

M. Ryan a interjeté appel de la deuxième décision du comité de discipline. Cette décision a suivi les audiences et les plaidoiries sur les nouvelles preuves qu'avait ordonnées la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Dans les motifs de sa deuxième décision, le comité conclut que, à part « l'alcoolisme », M. Ryan ne souffrait d'aucune autre maladie pouvant être diagnostiquée tant qu'il continuerait à boire. Pour le comité, le fait que M. Ryan ait participé « sans conviction et de façon sporadique » au traitement contre l'alcoolisme montrait qu'il était futile d'assortir de conditions une période de suspension. Toutefois, cela n'épuise pas le raisonnement de la deuxième décision. Le comité écrit :

[TRADUCTION] Après examen de la nouvelle preuve et des plaidoiries des avocats, le sous-comité a conclu que la sanction infligée auparavant était appropriée dans les circonstances. Pour les motifs déjà énoncés dans notre décision du 26 novembre 1999, nous confirmons la sanction. [Je souligne.]

Considéré dans son ensemble, le raisonnement étayant la deuxième décision est que la preuve présentée aux audiences n'a pas révélé de faits qui atténuent le manquement à la déontologie professionnelle ou modifiaient le contexte au point de rendre inappropriée la sanction initiale, c'est-à-dire la radiation. Les mots soulignés ci-dessus dans la deuxième décision montrent que cette décision intègre les motifs donnés dans la première décision rendue le 26 novembre 1999. Les motifs confirmant la sanction de radiation comprenaient par conséquent les conclusions et les prémisses suivantes :

(1) Même si le régime d'autoréglementation professionnelle exige que chaque cas soit traité au vu de ses propres faits, il est néanmoins pertinent que les fautes déontologiques commises par M. Ryan sont semblables à des fautes que des organismes disciplinaires professionnels ont déjà sanctionnées par la radiation;

57

58

(2) Mr. Ryan's conduct amounted to a "serious and egregious breach of his professional conduct and responsibilities";

(3) forging court documents undermines public confidence in the legal system and is so improper that only significant and compelling factors would mitigate the seriousness of such unethical behaviour;

(4) the evidence presented in mitigation was not compelling;

(5) when the duration of Mr. Ryan's deceit was considered against the backdrop of his previous disciplinary record, it was clear that his honesty, trustworthiness, and fitness as a lawyer were irreparably compromised.

(b) *Do These Reasons Support the Decision and Do they Withstand Examination?*

59

Applying a somewhat probing examination of the Discipline Committee's analysis and decision, I find that the reasons given by the Committee, taken as a whole, are tenable, grounded in the evidence, and supporting of disbarment as the choice of sanction. There is nothing unreasonable about the Discipline Committee choosing to ban a member from practising law when his conduct involved an egregious departure from the rules of professional ethics and had the effect of undermining public confidence in basic legal institutions.

60

The Court of Appeal found fault with the Committee's choice of analogous cases on the issue of penalty. The Court of Appeal appears to agree with Mr. Ryan that the cases considered by the Committee involved more serious misconduct with less mitigation. However, the Committee did compare the misconduct with two cases and also noted that it considered other cases that were brought to its attention. The Court of Appeal's objection is essentially that the Committee was mistaken when it decided which cases were factually similar and therefore appropriate for comparison. In particular, the Court of Appeal appears to accept as a mitigating factor that "[n]o one would be acting on the [fictitious] judgment [of the Court of Appeal] to their

(2) La conduite de M. Ryan constituait un [TRADUCTION] « manquement grave et inacceptable à la déontologie professionnelle »;

(3) La contrefaçon de documents judiciaires sape la confiance du public dans le système juridique et elle est tellement grave que seuls des facteurs impérieux pourraient atténuer la gravité d'un tel comportement contraire à l'éthique;

(4) La preuve tendant à atténuer la gravité de la faute n'était pas convaincante;

(5) Lorsqu'est prise en compte la durée de la supercherie au vu des antécédents disciplinaires de M. Ryan, il était clair que son honnêteté, sa fiabilité et sa capacité d'exercer le droit avaient été irréparablement compromises.

(b) *Ces motifs étayent-ils la décision et peuvent-ils résister à un examen?*

Soumettant le raisonnement et la décision du comité de discipline à un examen assez poussé, je conclus que les motifs exposés par le comité, pris globalement, sont soutenable et étayés par la preuve, et qu'ils appuient la radiation comme choix de sanction. Il n'y a rien de déraisonnable à ce que le comité de discipline ait choisi de radier un avocat dont la conduite constituait une dérogation inacceptable aux règles de déontologie et avait pour effet de saper la confiance du public dans les institutions juridiques fondamentales.

La Cour d'appel a critiqué le choix d'affaires analogues qu'a fait le comité sur la question de la sanction. La Cour d'appel semble d'accord avec M. Ryan que les affaires examinées par le comité avaient trait à des fautes plus graves comportant moins de facteurs atténuants. Cependant le comité a comparé aussi le manquement professionnel avec deux affaires et a indiqué qu'il avait aussi examiné d'autres affaires qui avaient été portées à son attention. L'objection de la Cour d'appel est essentiellement que le comité s'est trompé lorsqu'il a décidé quelles affaires reposaient sur des faits semblables et, par conséquent, pouvaient servir de comparaison. En particulier, la Cour d'appel semble accepter comme facteur atténuant que [TRADUCTION]

prejudice” (para. 28). This was not a finding made by the Committee. Instead of showing that the decision was unreasonable, this only shows that the selection of comparable cases was not correct in the view of the Court of Appeal.

The Court of Appeal also held that “insufficient weight was given to the Appellant’s medical problems” (para. 33). This is ambiguous. It may flow from a disagreement with the Committee’s finding of fact that Mr. Ryan had not shown any illnesses independent of his alcohol addiction. Alternatively, the Court of Appeal might have viewed Mr. Ryan’s alcoholism as an illness that should have been assigned enough mitigating weight to make disbarment inappropriate. Since there was evidently no failure of the Committee to consider the evidence of illness, this amounts to a finding that the Committee made an incorrect finding of fact or incorrectly weighed its mitigating effect. If the standard were correctness, the Court of Appeal might have weighed the evidence differently and imposed a different penalty. However, neither the respondent’s arguments nor the reasons of the Court of Appeal show how the Discipline Committee’s weighing of conflicting expert testimony could make the decision unreasonable. The conclusions of the Committee are supported by tenable reasons which are grounded in the evidentiary foundation. Therefore the decision of the Discipline Committee is not unreasonable and the Court of Appeal should not have interfered.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the New Brunswick Court of Appeal, and restore the order of the Discipline Committee of the Law Society of New Brunswick.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Barry Spalding Richard, Saint John.

« [p]ersonne n’aurait donné suite au jugement [fictif de la Cour d’appel] à son détriment » (par. 28). Mais cela n’était pas une conclusion formulée par le comité. Au lieu de démontrer que la décision était déraisonnable, cela indique seulement que la Cour d’appel estimait que les affaires comparables avaient été mal choisies.

La Cour d’appel conclut aussi qu’« on n’a pas suffisamment tenu compte des problèmes médicaux de l’appelant » (par. 33). Cette observation est ambiguë. Elle peut découler d’un désaccord avec le comité sur sa conclusion que M. Ryan n’a pas démontré qu’il souffrait de maladies autres que l’alcoolisme. Il se peut aussi que la Cour d’appel ait considéré l’alcoolisme de M. Ryan comme une maladie constituant une circonstance suffisamment atténuante pour rendre la radiation inappropriée. Comme le comité n’a manifestement pas omis d’examiner la preuve relative à la maladie, cela revient à dire que le comité a tiré une conclusion de fait erronée ou a mal évalué son effet atténuant. Si la norme était celle de la décision correcte, la Cour d’appel aurait pu évaluer la preuve différemment et imposer une sanction différente. Toutefois, ni les arguments de l’intimé ni les motifs de la Cour d’appel ne démontrent en quoi la pondération faite par le comité de discipline des témoignages contradictoires des experts rend sa décision déraisonnable. Les conclusions du comité sont étayées par des motifs soutenables qui ont un fondement dans la preuve. Par conséquent, la décision du comité de discipline n’est pas déraisonnable et la Cour d’appel n’aurait pas dû intervenir.

VI. Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d’annuler l’arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick et de rétablir l’ordonnance du comité de discipline du Barreau du Nouveau-Brunswick.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Barry Spalding Richard, Saint John.

61

62

*Solicitors for the respondent: Allen Dixon Smith
Townsend, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimé : Allen Dixon Smith
Townsend, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener: Heenan Blaikie,
Toronto; Borden, Ladner, Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Heenan Blaikie,
Toronto; Borden, Ladner, Gervais, Toronto.*

P.A. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent**INDEXED AS: R. v. P.A.****Neutral citation: 2003 SCC 21.**

File No.: 29309.

2003: April 14.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Accused charged with aggravated assault and failure to provide necessities of life to her 3-month-old child — Delay of 21 months between accused's arrest and trial date — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Delay not infringing accused's right to be tried within reasonable time.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 161 O.A.C. 128, 95 C.R.R. (2d) 366 (*sub nom. R. v. A. (P.)*), [2002] O.J. No. 2490 (QL), allowing the Crown's appeal and setting aside an order granting the accused a stay of proceedings. Appeal dismissed.

Todd Ducharme and Joseph Di Luca, for the appellant.

Joan Barrett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

GONTHIER J. — This is an appeal as of right. We are all in agreement that we see no reason to interfere with the decision of the majority of the Court of Appeal. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

P.A. Appelante

c.

Sa Majesté la Reine Intimée**RÉPERTORIÉ : R. c. P.A.****Référence neutre : 2003 CSC 21.**

N° du greffe : 29309.

2003 : 14 avril.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations de voies de fait graves et de défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence à un enfant de trois mois — Délai de 21 mois écoulé entre le moment de l'arrestation de l'accusée et la date du procès — Erreur du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures — Délai n'ayant pas porté atteinte au droit de l'accusée d'être jugée dans un délai raisonnable.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 161 O.A.C. 128, 95 C.R.R. (2d) 366 (*sub nom. R. c. A. (P.)*), [2002] O.J. No. 2490 (QL), accueillant l'appel du ministère public et annulant l'ordonnance d'arrêt des procédures prononcée en faveur de l'accusée. Pourvoi rejeté.

Todd Ducharme et Joseph Di Luca, pour l'appelante.

Joan Barrett, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Le présent appel est interjeté de plein droit. Nous sommes tous d'accord pour dire qu'il n'y a aucune raison de modifier la décision majoritaire de la Cour d'appel. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Todd Ducharme and Joseph Di Luca, Toronto.

Procureurs de l'appelante : Todd Ducharme et Joseph Di Luca, Toronto.

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

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Norman Eli Larue *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LARUE

Neutral citation: 2003 SCC 22.

File No.: 29329.

2003: April 14.

Present: Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sexual assault — Accused charged with aggravated sexual assault but convicted of included offence of aggravated assault — Trial judge not properly applying test for sexual assault to facts of case — Accused's acquittal on charge of aggravated sexual assault set aside and guilty verdict entered.

Cases Cited

Applied: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 167 C.C.C. (3d) 513, 172 B.C.A.C. 119, 282 W.A.C. 119, [2002] B.C.J. No. 1903 (QL) (*sub nom. R. v. N.E.L.*), 2002 BCCA 448, dismissing the Crown's appeal from the trial judge's decision acquitting the accused of aggravated sexual assault and convicting him of the lesser included offence of aggravated assault. Appeal allowed.

Jennifer Duncan, for the appellant.

Joseph J. Blazina, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Norman Eli Larue *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. LARUE

Référence neutre : 2003 CSC 22.

N° du greffe : 29329.

2003 : 14 avril.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Accusé inculpé d'agression sexuelle grave mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves — Juge du procès ayant appliqué incorrectement le critère d'existence d'une agression sexuelle aux faits de la cause — Annulation de l'acquittement de l'accusé relativement à l'agression sexuelle grave et inscription d'un verdict de culpabilité.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 167 C.C.C. (3d) 513, 172 B.C.A.C. 119, 282 W.A.C. 119, [2002] B.C.J. No. 1903 (QL) (*sub nom. R. c. N.E.L.*), 2002 BCCA 448, rejetant l'appel interjeté par le ministère public de la décision du juge du procès d'acquitter l'accusé relativement à l'accusation d'agression sexuelle grave et de le déclarer coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves. Pourvoi accueilli.

Jennifer Duncan, pour l'appelante.

Joseph J. Blazina, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 GONTHIER J. — The Court is of the view that this appeal should be allowed. Madam Justice Prowse, in her dissent, has stated:

At trial, Mr. Larue entered a plea of not guilty to aggravated sexual assault, but guilty to the included offence of aggravated assault. The trial proceeded on the greater charge. The fundamental issue at trial was whether the Crown had established, beyond a reasonable doubt, that when Mr. Larue slashed the throat of the complainant, he did so in circumstances which were sexual in nature. The trial judge had a reasonable doubt in that regard and acquitted Mr. Larue of sexual assault. Mr. Larue did not testify or call evidence at trial.

It is common ground that the Crown can only appeal from an acquittal on a question of law alone (s. 676(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 . . .).

The only issue on appeal is whether the trial judge erred in law in finding Mr. Larue not guilty of sexual assault.

((2002), 167 C.C.C. (3d) 513, at paras. 2-4)

2 As set out in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302, in determining whether an assault is sexual in nature, the trier of fact is required to ask whether, “[v]iewed in the light of all the circumstances . . . the sexual or carnal context of the assault [would be] visible to a reasonable observer”. This is an objective test that focusses on the sexual integrity of the victim.

3 The trial judge stated with respect to the complainant:

Her pants and panties are off, he is on top of her, and he has a knife.

And he further continues:

The onus of proof is upon the Crown to prove the offence of sexual assault beyond a reasonable doubt, and for the reasons expressed, I am left with a reasonable doubt.

The reasons expressed may be found in the preceding paragraphs of his reasons :

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — La Cour est d’avis d’acquiescir le présent pourvoi. Dans son opinion dissidente, la juge Prowse, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Au procès, M. Larue a plaidé non coupable relativement à l’accusation d’agression sexuelle grave, mais coupable relativement à celle, moindre et incluse, de voies de fait graves. Il a subi son procès à l’égard de l’accusation la plus sérieuse. Au procès, il s’agissait fondamentalement de déterminer si la Couronne avait établi, hors de tout doute raisonnable, que M. Larue avait coupé la plaignante à la gorge dans des circonstances de nature sexuelle. Ce dernier n’a ni témoigné ni présenté d’éléments de preuve au procès.

Il est bien établi que la Couronne ne peut appeler d’un acquittement qu’à l’égard d’une question de droit seulement (par. 676(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 . . .).

La seule question en litige dans le présent appel est de savoir si le juge du procès a fait erreur en droit en déclarant M. Larue non coupable d’agression sexuelle.

((2002), 167 C.C.C. (3d) 513, par. 2-4)

Comme a expliqué notre Cour dans l’arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, p. 302, le juge des faits appelé à déterminer si les voies de fait reprochées sont de nature sexuelle doit se demander si, « [c]ompte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut [. . .] percevoir le contexte sexuel ou charnel de l’agression ». Il s’agit d’un critère objectif, qui s’attache à l’intégrité sexuelle de la victime.

Le juge du procès a dit ceci à propos de la plaignante :

[TRADUCTION] Elle n’a plus de pantalon ni de petite culotte, il est sur elle, un couteau à la main.

Il poursuit ainsi :

[TRADUCTION] Il incombe à la Couronne de faire la preuve de l’infraction d’agression sexuelle hors de tout doute raisonnable, et, pour les raisons que j’ai énoncées, j’ai toujours un doute raisonnable à cet égard.

Ces raisons se trouvent aux paragraphes précédents de ses motifs :

[The complainant] agreed that her pants and panties may have been removed before she realized that the accused was on top of her. On the evidence, there may have been some romantic activity between [the complainant] and the accused, before he attacked her with a knife, and this may have been consensual.

There may have been some sexual activity between [E.L.] and [the complainant]. The fact that neither [of two witnesses] noticed such activity does not mean that it could not have occurred. If it did, and [the complainant] was in a blacked out state, such as was described in the evidence, it may have been consensual between she and the accused, or between she and [E.L.] or [E.L.] may simply have removed her pants with some intentions of his own.

However, the trial judge had found that at the time of the assault, the complainant was naked from the waist down, and the accused was on top of her with a knife. Having regard to these facts, how she became undressed, and any prior sexual activity, were legally irrelevant considerations. The trial judge erred in law in basing his reasonable doubt on them.

We agree with Prowse J.A. that, on the facts as found by the trial judge, the *Chase* test is met. Accordingly, we would allow the appeal, set aside the acquittal of aggravated sexual assault, and enter a verdict of guilty. The case is referred back to the trial court for sentencing.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McCullough Parsons Blazina, Victoria.

[TRANSDUCTION] [La plaignante] a admis la possibilité que ses pantalon et petite culotte aient pu être retirés avant qu'elle ne constate la présence de l'accusé sur elle. Selon la preuve, il est possible qu'il y ait eu une certaine activité romantique entre [la plaignante] et l'accusé, avant qu'il l'attaque avec un couteau, et que cette activité ait été consensuelle.

Il est possible qu'il se soit déroulé une certaine activité sexuelle entre [E.L.] et [la plaignante]. Le fait que ni [l'un ni l'autre des témoins] n'aient remarqué une telle activité ne signifie pas qu'elle n'a pas eu lieu. S'il y a eu une activité de ce genre, et [la plaignante] était dans un état d'inconscience, décrit dans la preuve, tout cela a pu se dérouler consensuellement entre elle et l'accusé ou entre elle et [E.L.], ou encore [E.L.] a pu lui retirer son pantalon pour ses propres desseins.

Cependant, le juge du procès avait tiré les conclusions suivantes : la plaignante était nue de la taille jusqu'aux pieds et l'accusé était sur elle un couteau à la main. Eu égard à ces faits, les circonstances du retrait de ses vêtements ainsi que toute activité sexuelle ayant pu se dérouler auparavant étaient des considérations non pertinentes en droit. Le juge du procès a commis une erreur de droit en fondant son doute raisonnable sur ces considérations.

À l'instar de la juge Prowse, nous estimons, eu égard aux faits constatés par le juge du procès, que le critère établi dans l'arrêt *Chase* est respecté. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquiescement à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle grave et d'inscrire un verdict de culpabilité. L'affaire est renvoyée au tribunal de première instance aux fins de détermination de la peine.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : McCullough Parsons Blazina, Victoria.

4

5

Ziad Arradi *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. ARRADI****Neutral citation: 2003 SCC 23.**

File No.: 28919.

2002: December 3; 2003: April 17.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Contempt of court — Summary procedure — Accused refusing to answer certain questions during his testimony — Whether trial judge erred in convicting accused of contempt of court and sentencing him in absentia and in presence of jury — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), 686(1)(a)(iii), 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with two first degree murders and six attempted murders. At trial, the recording of a conversation between an informer and the accused was the Crown's principal evidence. During his testimony the accused claimed that he had fabricated the information related to the informer because he hoped to earn the respect of his fellow inmates and that this notoriety would enable him to escape reprisals from a third party. The accused repeatedly refused to answer questions concerning the identity of those who had allegedly provided him with information about the crime. The trial judge, in the presence of the jury, cited the accused for contempt of court, refused to postpone the proceeding and requested submissions as to sentence. He sentenced the accused to three years' imprisonment. At the conclusion of the trial, the jury found the accused guilty on the eight counts. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The summary contempt of court procedure is a three-step procedure. Citing in contempt may take place

Ziad Arradi *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. ARRADI****Référence neutre : 2003 CSC 23.**

N° du greffe : 28919.

2002 : 3 décembre; 2003 : 17 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Refus de l'accusé de répondre à certaines questions lors de son témoignage — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en condamnant l'accusé pour outrage au tribunal et en lui infligeant une peine séance tenante et en présence du jury? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), 686(1)(a)(iii), 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé de deux meurtres au premier degré et de six tentatives de meurtre. Au procès, l'enregistrement d'une conversation entre un délateur et l'accusé constituait la preuve principale du ministère public. Lors de son témoignage, l'accusé a prétendu qu'il avait inventé de toutes pièces les éléments relatés au délateur parce qu'il espérait gagner le respect des codétenus et que cette notoriété lui éviterait les représailles d'un tiers. L'accusé a refusé, à maintes reprises, de répondre à des questions relatives à l'identité des personnes qui lui auraient fourni des renseignements sur le crime. Le juge du procès, en présence du jury, a assigné l'accusé pour outrage au tribunal, a refusé de reporter la procédure et a demandé des représentations sur sentence. Il a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement de trois ans. À l'issue du procès, le jury a déclaré l'accusé coupable relativement aux huit chefs d'accusation. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La procédure sommaire pour outrage au tribunal comporte trois étapes. L'assignation pour outrage peut

any time it is determined that intervention is required. However, conviction and sentencing for contempt of court *instanter*, where it is not urgent and imperative to act immediately, is an error of law that may be reviewed by an appellate court. When the contempt is committed by an accused who is testifying, the judge's discretion as to how to proceed, which will depend on, *inter alia*, the nature of the conduct in question, should be guided by the need to maintain order and preserve the authority of the court, on the one hand, and not to compromise the impartiality of the judge and the judicial process, on the other. It is in the interests of justice that a jury know that an accused who chooses to testify is compelled by law, like any other witness, to answer the questions put to him or her, and that there are serious legal consequences for failing to comply with the law. When the judge convicts an accused of contempt of court *instanter*, in the presence of the jury, the judge must avoid giving the jury the impression that he or she is making a determination as to the credibility of the accused. The judge must maintain an appearance of impartiality in all circumstances.

In this case, the judge was justified in commencing contempt of court proceedings using the summary procedure and in citing the accused for contempt, since that was an appropriate method of preserving the authority of the court. However, the judge erred by combining the citation and conviction in a single proceeding. He was not justified in convicting the accused *instanter* and thereby depriving him of the procedural guarantees to which he was entitled, since the circumstances were not such that it was urgent and imperative to act immediately. The real question, however, concerns the consequences that the error had for the trial. The judge erred in exercising his discretion in that there was an inherent risk in the procedure adopted that the jury would misunderstand the meaning of the conviction for contempt and interpret it as representing the judge's opinion of the accused's credibility in relation to the substance of his defence. An adjournment was required to ensure that the judge used only the least possible power adequate to the end proposed in the exercise of his discretion.

The curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied here. In convicting the accused of contempt of court *instanter* when it was neither urgent nor imperative that he do so, the trial judge committed an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. The accused did not suffer such prejudice from the judge's error that he was deprived of his right to a fair trial. This error, which was essentially procedural, did not in itself constitute a miscarriage of

avoir lieu dès le constat du besoin d'intervenir. Par contre, la condamnation et l'infliction d'une peine, séance tenante, lorsqu'il n'est pas urgent et impératif d'agir immédiatement, constitue une erreur de droit révisable par une cour d'appel. Lorsque l'outrage est commis par un accusé qui témoigne, la discrétion du juge quant à la façon de procéder, qui dépend notamment de la nature du comportement en question, doit être guidée par la double nécessité, d'une part, de maintenir l'ordre et l'autorité du tribunal et, d'autre part, d'éviter de compromettre l'impartialité du juge et du processus judiciaire. Il est dans l'intérêt de la justice qu'un jury sache que l'accusé qui choisit de témoigner est, comme tous les autres témoins, contraint par la loi à répondre aux questions qui lui sont posées, et que le défaut d'observer la loi entraîne de graves conséquences juridiques. Lorsque le juge condamne un accusé pour outrage au tribunal, séance tenante et en présence du jury, il doit éviter de donner au jury l'impression qu'il se prononce sur la crédibilité de l'accusé. Le juge doit maintenir en tout temps une apparence d'impartialité.

En l'espèce, le juge était justifié d'amorcer la procédure d'outrage au tribunal par voie sommaire et d'assigner l'accusé pour outrage, puisqu'il s'agissait d'un moyen approprié de maintenir l'autorité du tribunal. Le juge a toutefois commis une erreur en confondant en une seule étape l'assignation et la condamnation. Il n'était pas justifié de condamner l'accusé séance tenante et de le priver ainsi des garanties procédurales auxquelles ce dernier avait droit, puisqu'il n'était pas, dans les circonstances, urgent et impératif d'agir immédiatement. La véritable question concerne toutefois les conséquences de cette erreur sur le procès. Le juge a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire, étant donné que la procédure adoptée comportait un risque que le jury se méprenne sur la portée de la condamnation pour outrage et interprète cette condamnation comme représentant l'opinion du juge au sujet de la crédibilité de l'accusé quant à l'essentiel de sa défense. Un ajournement s'imposait afin d'assurer que l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne dépasse pas les limites nécessaires pour atteindre l'objectif visé.

Il convient, en l'espèce, d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. En condamnant l'accusé séance tenante pour outrage au tribunal, alors qu'il n'était ni urgent ni impératif de le faire, le juge du procès a commis une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*. L'erreur du juge n'a pas porté préjudice à l'accusé au point de le priver de son droit à un procès équitable. Cette erreur, essentiellement procédurale, n'a pas constitué en soi une

justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) or result in a failure of justice, which would have prevented the curative proviso from being applied. Moreover, no substantial wrong or miscarriage of justice, within the meaning of s. 686(1)(b)(iii), occurred. Even if the error was not totally harmless, the verdict would necessarily have been the same if it had not occurred. The real damage done to the accused's credibility resulted from his refusal to answer, and not from his conviction for contempt. The judge's instructions substantially reduced the risk that the jury wrongly believed that the accused had been convicted of contempt because the judge did not believe his defence. Finally, the evidence against the accused was overwhelming. The accused freely chose to conduct his defence in such a way as to offer the jury only a partial truth, and that necessarily affected the credibility of his position.

Cases Cited

Applied: *R. v. K. (B.)*, [1995] 4 S.C.R. 186; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; **referred to:** *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283; *Hébert v. Procureur général du Québec*, [1966] Que. Q.B. 197; *United States v. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975); *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 10(1), 184.1, 184.2, 686(1)(a)(ii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (iii) [*idem*], (b)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Miller, Christopher J. *Contempt of Court*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2001), 48 C.R. (5th) 83, [2001] Q.J. No. 5087 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of first degree murder and six counts of attempted murder. Appeal dismissed.

Anne-Marie Lanctôt and Nellie Benoit, for the appellant.

Lori-Renée Weitzman and Stella Gabbino, for the respondent.

erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) ni donné lieu à un déni de justice, ce qui aurait empêché une application de la disposition réparatrice. De plus, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii), ne se sont produits. Même si l'erreur n'était pas totalement inoffensive, le verdict aurait nécessairement été le même si elle n'avait pas été commise. Le véritable dommage causé à la crédibilité de l'accusé résultait de son refus de répondre et non de sa condamnation pour outrage. Les directives du juge ont grandement atténué le risque que le jury croie à tort que l'accusé a été condamné pour outrage parce que le juge ne croyait pas sa défense. Enfin, la preuve qui pesait contre l'accusé était accablante. L'accusé a choisi librement de mener sa défense de façon à n'offrir au jury qu'une vérité partielle, ce qui affectait nécessairement la crédibilité de sa position.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. K. (B.)*, [1995] 4 R.C.S. 186; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; **arrêts mentionnés :** *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283; *Hébert c. Procureur général du Québec*, [1966] B.R. 197; *United States c. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975); *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 10(1), 184.1, 184.2, 686(1)(a)(ii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (iii) [*idem*], (b)(iii) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Miller, Christopher J. *Contempt of Court*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2001), 48 C.R. (5th) 83, [2001] J.Q. n° 5087 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre le verdict le déclarant coupable de deux meurtres au premier degré et de six tentatives de meurtre. Pourvoi rejeté.

Anne-Marie Lanctôt et Nellie Benoit, pour l'appelant.

Lori-Renée Weitzman et Stella Gabbino, pour l'intimé.

English version of the judgment of the Court delivered by

ARBOUR J. — This is an appeal as of right which raises a question of procedural fairness in a trial on murder and attempted murder charges. The only issue before us is whether the appellant's conviction for contempt of court and the consequent imposition of a sentence of imprisonment for three years, by the trial judge in the presence of the jury, were an error in the circumstances and, if so, whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, should be applied in respect of that error.

I. Facts

On the night of December 17, 1995, two cars drove by very close to a group of eight people who were walking on a sidewalk. A passenger in one of the cars opened fire and two pedestrians were killed.

There was very little information available to the police when the investigation first started. On January 26, 1996, Herby Jean-Charles, who was then incarcerated on a robbery charge, asked to meet with the detective in charge of the investigation into the shooting. He then offered to provide them with information, in exchange for a deal. He told the police officers that the appellant was one of those involved in the double murder. However, the negotiations broke off because Mr. Jean-Charles' demands were considered to be unrealistic.

The investigators met with the appellant on several occasions while he was incarcerated at Leclerc Institute to obtain his cooperation. They were met with refusal. During that time, the security classification assigned to the appellant, who was also a suspect in another murder case, was revised upward and he was placed in administrative segregation. On November 6, 1996, the investigators again interviewed Mr. Jean-Charles, at the Donnacona penitentiary, and entered into an agreement with him under which he was to become a "special witness" and participate in recording a conversation with the appellant. A consent to the interception of private

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE ARBOUR — Ce pourvoi de plein droit soulève une question d'équité procédurale dans un procès pour meurtres et tentatives de meurtre. La seule question dont nous sommes saisis consiste à déterminer si la condamnation de l'appelant pour outrage au tribunal et l'infliction conséquente d'une peine d'emprisonnement de trois ans, par le juge du procès en présence du jury, constituaient, dans les circonstances, une erreur et, le cas échéant, si cette erreur devait entraîner l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

I. Les faits

Dans la nuit du 17 décembre 1995, deux voitures circulent tout près d'un groupe de huit personnes marchant sur un trottoir. Un passager d'une des voitures fait feu et deux piétons perdent la vie.

Au tout début de l'enquête, les policiers-enquêteurs disposent de très peu d'indices. Le 26 janvier 1996, Herby Jean-Charles, alors détenu pour un vol qualifié, demande à rencontrer les enquêteurs chargés de l'enquête sur la fusillade. Il leur offre alors de donner des renseignements en échange d'un règlement. Il confie aux policiers que l'appelant était l'un de ceux impliqués dans le double meurtre. Les négociations prennent toutefois fin puisque les demandes de M. Jean-Charles sont jugées irréalistes.

Les enquêteurs rencontrent à quelques reprises l'appelant alors qu'il est incarcéré à l'Institut Leclerc, afin d'obtenir sa collaboration. Ils se butent à un refus. Pendant ce temps, la cote de sécurité de l'appelant, qui est également soupçonné de meurtre dans un autre dossier, est révisée à la hausse et il est placé en isolement préventif. Le 6 novembre 1996, les enquêteurs rencontrent de nouveau M. Jean-Charles, au pénitencier de Donnacona, et concluent avec lui une entente aux termes de laquelle il accepte de devenir un « témoin spécial » et de participer à l'enregistrement d'une conversation avec l'appelant. Un consentement à l'interception de

1

2

3

4

communications was signed on that date (ss. 184.1 and 184.2 of the *Criminal Code*). The appellant was transferred to Donnacona and on November 18, 1996, he had a conversation with Mr. Jean-Charles which was recorded.

5 On September 3, 1997, two first degree murder charges and six attempted murder charges were laid against the appellant. Following a *voir dire* held between February 26 and March 3, 1998, the judge found the evidence from the interception of the private communication to be admissible: [1998] Q.J. No. 1276 (QL). That communication was the Crown's principal evidence against the appellant.

6 The appellant's defence rested primarily on his assertion that he had fabricated the information he related to the informer, Herby Jean-Charles, on November 18, 1996, which information was tape recorded. He said that he had invented that story after learning from the police and Herby Jean-Charles that an Emmanuel Zéphyr [TRANSLATION] "was out to get [him]". His justification for concocting an incriminating lie was that he hoped to earn the respect of his fellow inmates by saying he had committed the murder, and that this "notoriety" might have enabled him to escape any reprisals from Emmanuel Zéphyr. He said that he had put together the details of his lie from details related in the newspapers, from his imagination and from information provided to him by third parties.

7 On March 11, 1998, at the very end of the trial, the appellant repeatedly refused to answer questions concerning the identity of the third parties who had allegedly provided him with information about the crime. The reason given by the appellant was that answering those questions could put his life and the lives of his family members in danger.

8 The proceeding out of which the appeal arises took place as follows. At the end of the examination-in-chief of the appellant, counsel for the appellant asked him the following two questions:

[TRANSLATION]

Q Mr. Arradi, can you now give us the names of the persons, the two persons from whom you received these confidences?

communications privées est signé à la même date (art. 184.1 et 184.2 du *Code criminel*). L'appelant est transféré à Donnacona et, le 18 novembre 1996, il a, avec M. Jean-Charles, une conversation qui est enregistrée.

Le 3 septembre 1997, deux accusations de meurtre au premier degré et six accusations de tentative de meurtre sont portées contre l'appelant. À la suite d'un *voir-dire* tenu entre les 26 février et 3 mars 1998, le juge déclare la preuve d'interception de la communication privée recevable : [1998] A.Q. n° 1276 (QL). Cette communication est la preuve principale du ministère public contre l'appelant.

La défense de l'appelant repose principalement sur sa prétention qu'il a inventé de toutes pièces les éléments qui ont été relatés au délateur Herby Jean-Charles, le 18 novembre 1996, et qui ont été enregistrés sur bande magnétique. Il affirme avoir inventé cette histoire après avoir appris des policiers et de Herby Jean-Charles qu'un certain Emmanuel Zéphyr « voulait [s]a peau ». Il justifie ce mensonge incriminant par le fait qu'il espérait gagner le respect des codétenus en affirmant avoir commis le meurtre et que cette « notoriété » pourrait lui éviter les représailles d'Emmanuel Zéphyr. Il affirme avoir fabriqué son mensonge en recourant aux faits relatés dans les journaux, à son imagination ainsi qu'aux renseignements fournis par des tiers.

Le 11 mars 1998, à la toute fin du procès, l'appelant refuse à maintes reprises de répondre à des questions relatives à l'identité des tierces personnes qui lui auraient fourni des renseignements sur le crime. L'appelant fait valoir que répondre à ces questions risquerait de mettre en danger sa vie et celle des membres de sa famille.

L'incident procédural sur lequel est fondé le pourvoi s'est déroulé ainsi. À la fin de l'interrogatoire principal de l'appelant, l'avocate de l'appelant lui a posé les deux questions suivantes :

Q Pouvez-vous, monsieur Arradi, nous donner maintenant le nom des personnes, des deux (2) personnes de qui vous avez eu des confidences?

A No, I can't.

Q Why?

A Because it would put my life and the lives of my family in danger, and it is against my principles. I will never do that.

Q The "beef" you are taking, who are you taking it for?

A I can't tell you that either.

Q I have no other questions for the witness.

At the outset of her cross-examination, counsel for the Crown returned to the question, as follows:

[TRANSLATION]

Q You agree with me. You say that you received confidences concerning this shooting?

A Yes, that's correct.

Q It's correct that you received confidences. Can you tell us, first, in what circumstances you received those confidences?

A No particularly special circumstances, just in talking.

Q Fine. Okay. We are going to get you to give us a few more details. "No particularly special circumstances", fine. Let's start with the place, for example, where those confidences took place.

A In an apartment.

Q In an apartment. An apartment. What apartment?

A I refuse to answer that question. That could identify and point the finger at people.

Q So you do not want to answer the question about the apartment? You don't want, if I understand you, to give the members of the jury the address of that apartment?

The judge then intervened:

[TRANSLATION]

Q I am certain that your counsel has informed you of the consequences that may arise from refusing in court to answer the questions put to you.

A Yes, your Honour.

R Non, je ne peux pas.

Q Pourquoi?

R Parce que ça mettrait ma vie en danger ainsi que celle de ma famille, puis ça va à l'encontre de mes principes. Je ne ferai jamais ça.

Q Le "beef" que vous prenez, vous le prenez pour qui?

R Ça non plus je ne peux pas vous le dire.

Q Je n'ai pas d'autres questions pour le témoin.

Dès le début de son contre-interrogatoire, la substitut du procureur général revient sur cette question en tenant les propos suivants :

Q Vous êtes d'accord avec moi. Vous dites avoir reçu des confidences relativement à cette fusillade?

R Oui, c'est exact.

Q C'est exact que vous avez reçu des confidences. Pouvez-vous nous dire, dans un premier temps, dans quelles circonstances vous avez reçu ces confidences-là?

R Circonstances pas trop particulières, juste en parlant.

Q Bon. O.K. On va vous faire préciser ça un peu davantage. « Des circonstances pas trop particulières », bon. Commençons par l'endroit, par exemple, où les confidences ont eu lieu?

R Dans un appartement.

Q Dans un appartement. Un appartement. Quel appartement?

R Je refuse de répondre à cette question. Ça pourrait mettre en lumière et puis pointer sur des gens.

Q Alors, vous ne voulez pas répondre à la question de l'appartement? Vous ne voulez pas, si je comprends bien là, donner l'adresse de cet appartement aux membres du Jury?

Le juge est alors intervenu :

Q Je suis certain que votre avocate vous a informé des conséquences pouvant découler d'un refus devant la Cour de répondre aux questions qui vous sont posées.

R Oui, monsieur le Juge.

Q I am certain that your counsel has explained to you that refusing to answer a question would be, on its face, a contempt of court.

A Yes, I have been informed of that, your Honour.

Q And that refusing to answer questions in a murder case is an especially serious contempt of court.

A I have been informed of this, your Honour. Yes, it is serious.

Q And that the sentence you could receive for such a contempt of court could be as much as five years.

A I was not aware of that, but I would prefer that to finding myself dead or something happening to my family.

Q So, what I want you to realize is the consequences that might arise for you from intentionally refusing to answer the questions that might be put to you. Do you want me to adjourn for a few minutes so that you can discuss this further with your counsel?

A Yes, if possible. [Emphasis added.]

10 Counsel for the Crown then returned to the subject several times, and the appellant continued to refuse to answer, each time for the same reasons. In all, there were seven questions that were not answered. Toward the end of the Crown's cross-examination, the judge asked what the situation was for the questions that the witness had refused to answer. Counsel for the Crown replied that she needed a few minutes to think about it. In the meantime, counsel for the appellant asked permission from the judge to consult with her client to [TRANSLATION] "give him an explanation again".

11 Although the Crown did not return to the question after a brief adjournment, the judge, of his own accord, after defence counsel had indicated that she had no other questions to ask the witness, asked the appellant whether it was still his intention not to answer certain of the questions he had been asked. The appellant replied in the affirmative, and the judge immediately cited him for contempt of court.

12 It would seem that the "citation" for contempt was intended and perceived as a conviction, because

Q Je suis certain que votre avocate vous a expliqué que refuser de répondre à une question constituait, à la face des choses, un outrage au Tribunal.

R Oui, j'en ai été informé, monsieur le Juge.

Q Et que refuser de répondre à des questions, dans une cause de meurtre, c'était un outrage au Tribunal particulièrement grave.

R J'en ai été informé, monsieur le Juge. Oui, c'est grave.

Q Et que la sentence que vous pourriez recevoir pour tel outrage au Tribunal pourrait aller jusqu'à cinq (5) ans.

R Je n'en étais pas conscient, mais je préférerais ça que de me retrouver mort ou que quelque chose arrive à ma famille.

Q Donc, moi, ce que je veux que vous réalisiez, c'est les conséquences qui pourraient découler pour vous de refuser intentionnellement de répondre aux questions qui pourraient vous être posées. Souhaitez-vous que j'ajourne quelques minutes pour que vous puissiez en discuter davantage avec votre avocate?

R Oui, si possible. [Je souligne.]

La substitut du procureur général est ensuite revenue à maintes reprises sur le sujet et l'appellant a continué de refuser de répondre, toujours pour les mêmes motifs. En tout, sept questions sont demeurées sans réponse. Vers la fin du contre-interrogatoire du ministère public, le juge a demandé ce qu'il en était des questions auxquelles le témoin avait refusé de répondre. La substitut du procureur général a répondu qu'elle avait besoin de quelques minutes pour y réfléchir. Entre-temps, l'avocate de l'appellant a demandé au juge la permission de consulter son client pour lui « redonner des explications ».

Le ministère public n'est pas revenu sur la question après un bref ajournement. Malgré cela, après que la défense eut indiqué qu'elle n'avait pas d'autres questions à poser au témoin, le juge a, de son propre chef, demandé à l'appellant s'il avait toujours l'intention de ne pas répondre à certaines des questions qui lui avaient été posées. L'appellant a répondu par l'affirmative et le juge l'a immédiatement assigné pour outrage au tribunal.

Il semblerait que « l'assignation » pour outrage ait été conçue et perçue comme une condamnation

the judge immediately requested submissions as to sentence. The judge denied the defence's request to postpone that proceeding, and everything went ahead with no further interruption, in the presence of the jury. In her submissions, counsel for the appellant said:

[TRANSLATION] So, my Lord, what I have to say is simply that Mr. Arradi has given an answer, to the effect that for him to give information that would lead to identification of the persons allegedly involved as perpetrators in the double murder incident for which he is being tried would amount to putting his life in danger, and if he gives those names, it is his belief that he will be ensuring that once he is imprisoned he will be killed on the inside.

So the only justification he is giving the Court for refusing to answer is that there will be reprisals against him that will result in his death, and that is why he prefers, in spite of everything, to commit the crime of contempt of court and be sentenced, and he fears that giving names of individuals could also result in consequences for the members of his family, who are not inmates, against whom violence might be done.

So I have no other submission to make to the Court in respect of the sentence that this deserves.

The Crown stressed the seriousness of the matter and left the matter to the Court's discretion. The judge moved immediately to sentence the appellant to three years' imprisonment. The entire proceeding, from "citation" to sentencing, took place in the space of about two minutes. In his charge to the jury, the judge gave the following instructions concerning the appellant's conviction for contempt of court:

[TRANSLATION] Contempt of court. You saw me sentence the accused *instanter* to three years in prison for refusing to answer questions. Now in our judicial system we do not have two kinds of witnesses, those who are obliged to answer questions, out of obedience to their oath to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth. So we do not have two kinds of witnesses, those who can tell just a part of the truth and those who are obliged to tell the whole truth. There is only one kind of witness. When you enter the box, you agree to tell the truth, and then you tell the truth or else what happened to him happens to you. We do not have two systems of justice, we do not have two laws, there is only one law, and in the Criminal Code, here, it says that a witness who

puisque le juge a immédiatement demandé des représentations sur la peine. Le juge a refusé la demande de la défense de reporter cette procédure et le tout s'est déroulé sans autre interruption, en présence du jury. Au cours de ses représentations, l'avocate de l'appelant s'est exprimée comme suit :

Alors, Votre Seigneurie, ce que j'ai à dire, c'est rien de plus que ce que monsieur Arradi a donné comme réponse, à l'effet que le fait, pour lui, de donner des indications amenant à identifier des personnes qui seraient impliquées comme auteures dans l'histoire d'un double meurtre pour lequel il fait face à la Justice, ça va venir au fait de mettre sa vie en péril, et s'il donne ces noms-là, ce qu'il croit, c'est qu'il va faire en sorte qu'une fois qu'il va être détenu, il va se faire tuer à l'intérieur des murs.

Alors, la seule justification qu'il donne à la Cour pour refuser de répondre, c'est qu'il va avoir des représailles contre lui qui vont entraîner sa mort, et c'est pour ça qu'il préfère, malgré tout, commettre le crime d'outrage au Tribunal et recevoir sentence, et qu'il craint que donner des noms de personnes pourrait entraîner, également, des conséquences sur les membres de sa famille qui, eux, ne sont pas détenus et qui eux, pourraient en répondre de gestes à caractère violent.

Alors, je n'ai pas d'autres éléments à soumettre à la Cour relativement à la sentence que ça mérite.

Le ministère public a souligné le sérieux de l'affaire et a laissé le tout à la discrétion de la cour. Le juge, sans plus tarder, a condamné l'appelant à une peine d'emprisonnement de trois ans. L'ensemble de cette procédure, de l'« assignation » à l'infliction de la peine, a duré environ deux minutes. Dans son exposé au jury, le juge a donné les directives suivantes au sujet de la condamnation de l'appelant pour outrage au tribunal :

L'outrage au Tribunal. Vous m'avez vu condamner l'accusé séance tenante [à] trois ans de prison pour avoir refusé de répondre à des questions. Alors, dans notre système judiciaire il n'y a pas deux sortes de témoins, ceux qui sont obligés de répondre aux questions, par respect pour leur serment de dire la vérité, seulement la vérité, toute la vérité. Alors, il n'y a pas deux sortes de témoins, ceux qui peuvent dire rien qu'une partie de la vérité puis ceux qui sont obligés de dire toute la vérité. Il n'y a rien qu'une sorte de témoins. Quand vous prenez la boîte, vous vous engagez à dire la vérité puis vous la dites ou autrement il vous arrive ce qui lui est arrivé. Il n'y a pas deux systèmes de justice, il n'y a pas deux lois, il n'y a qu'une loi et dans le Code criminel, ici, c'est écrit que le

refuses to answer is guilty of contempt and if he does it in your presence he will be punished in your presence. Very well.

So that punishment, for violating his oath and for being publicly guilty of contempt, he received a sentence, but you may not, you must not, deduce anything concerning his guilt or lack of guilt from that sentence, just as for a criminal record. So you may not use that for determining whether he is guilty or not guilty. An incident occurred, he was confronted, I explained the situation to him, he did not comply, there was a consequence and he received it in your presence, period, end of story.

So you may not deduce anything concerning his guilt or lack of guilt from the contempt or the punishment. It would be unfair for you to do that, and you would be violating your oath.

14 At the conclusion of the trial, on March 15, 1998, the appellant was found guilty on the eight counts against him, two first degree murders and six attempted murders, and sentenced to concurrent terms of life imprisonment.

II. Quebec Court of Appeal (2001), 48 C.R. (5th) 83

15 The Court was unanimous as to the other grounds of appeal, but divided on the only question that is before us, namely the question of contempt of court.

A. *Delisle J.A.*

16 Delisle J.A. rejected the appellant's argument that the trial judge had erred in convicting him of contempt of court in the presence of the jury. In his view the statement by counsel for the appellant, explaining that her client preferred to commit the crime of contempt of court and be sentenced rather than to answer the questions, [TRANSLATION] "means that the error committed by the trial judge, in skipping the step where a person who is cited for contempt of court must be given an opportunity to offer the reasons why he or she should not be found guilty, may be disregarded" (para. 47).

17 He added that [TRANSLATION] "[t]he appellant may not complain of the possible consequences

témoin qui refuse de répondre se rend coupable d'outrage et s'il le fait devant vous et il sera châtié devant vous. Très bien.

Alors, de ce châtement, pour avoir manqué à son serment et pour avoir — s'être rendu coupable publiquement d'outrage, il a reçu une sentence, mais de cette condamnation, de la même façon que pour son casier judiciaire, vous ne pouvez pas, vous ne devez pas en déduire rien qui concerne sa culpabilité ou sa non culpabilité. Alors, vous ne pouvez pas vous servir de cela pour déterminer s'il est coupable ou non coupable. Il s'est passé un incident, il a été confronté, je lui ai expliqué la situation, il n'a pas obtempéré, il y a eu une conséquence puis il l'a eue devant vous, point final, l'histoire est terminée.

Alors, de cet outrage ou de cette punition vous ne pouvez rien déduire concernant sa culpabilité ou sa non culpabilité. Ça serait injuste que vous fassiez cela et vous manquiez à votre serment.

À l'issue du procès, le 15 mars 1998, l'appelant a été déclaré coupable des huit chefs d'accusation qui pesaient contre lui, soit deux meurtres au premier degré et six tentatives de meurtre, et condamné à des peines concurrentes d'emprisonnement à vie.

II. Cour d'appel du Québec (2001), 48 C.R. (5th) 83

Unanime quant aux autres moyens d'appel, la cour est partagée en ce qui concerne la seule question qui nous occupe, soit la question de l'outrage au tribunal.

A. *Le juge Delisle*

Le juge Delisle rejette la prétention de l'appelant selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en le condamnant pour outrage au tribunal en présence du jury. Selon lui, la déclaration de l'avocate de l'appelant, dans laquelle elle explique que son client préférerait commettre le crime d'outrage au tribunal et recevoir sentence plutôt que répondre aux questions, « permet d'annuler l'erreur commise par le juge du procès d'avoir sauté l'étape où une personne assignée pour outrage au tribunal doit avoir l'opportunité de fournir les raisons pour lesquelles elle ne devrait pas être déclarée coupable » (par. 47).

Il ajoute que « [l]'appelant ne peut se plaindre de conséquence[s] possibles de gestes qu'il a librement

of things he freely did” (para. 52). The trial judge’s instructions to the jury were clear; he said [TRANSLATION] “you may not and you must not speculate as to the answers he did not give”. As well, the trial judge warned the appellant several times that if he did not answer the questions, he would be liable to a conviction for contempt of court. Thus, for the jury, [TRANSLATION] “what happened subsequently . . . was therefore not unexpected” (para. 54).

B. *Robert J.A.*

The opinion of Robert J.A. concerning the contempt of court is as follows (at paras. 60-63):

[TRANSLATION] I agree with counsel for the prosecution that the circumstances surrounding the citation for contempt [of court] seem to be somewhat unusual, in that the appellant was cited for contempt and sentenced *instantier* in the presence of the jurors.

It was not necessary for sentence to be passed immediately and it would have been much preferable for sentencing to be postponed to the end of the trial.

However, did the appellant suffer serious prejudice such as would require that this Court order that a new trial be held? I do not believe so.

Even if we assume that the accused suffered some prejudice, nonetheless the judge cautioned the jury specifically, clearly and articulately on that issue.

As well, Robert J.A. was of the opinion that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applied because [TRANSLATION] “the verdict would not have been different if the citation for contempt had not occurred” (para. 64).

Accordingly, like Delisle J.A., Robert J.A. dismissed the appeal.

C. *Fish J.A. (dissenting)*

Fish J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial. He was [TRANSLATION] “of the opinion that the appellant did not . . . acquiesce either in the finding that he was guilty of contempt or in the procedure adopted by the judge” (para. 73).

First, Fish J.A. said that he understood the difficult position that counsel for the appellant was in.

posés » (par. 52). Dans ses directives au jury, le juge du procès a clairement affirmé ceci : « vous ne pouvez pas et ne devez pas spéculer sur les réponses qu’il n’a pas données ». De plus, le juge du procès a prévenu l’appelant à maintes reprises que s’il ne répondait pas aux questions, il risquait d’être condamné pour outrage au tribunal. Alors, pour le jury, « ce qui s’est déroulé par la suite [. . .] n’était donc pas quelque chose d’inattendu » (par. 54).

B. *Le juge Robert*

L’opinion du juge Robert quant à l’outrage au tribunal est la suivante (aux par. 60-63) :

[J]e conviens avec l’avocate de la poursuite que les circonstances entourant la citation pour outrage [au tribunal] semblent plutôt inusitées puisque l’appelant fut cité pour outrage et a reçu sa peine séance tenante devant les jurés.

Il n’était pas nécessaire que la peine soit imposée immédiatement et il eut été beaucoup préférable que la sentence soit reportée à la fin du procès.

Cependant, l’appelant a-t-il subi un grave préjudice qui obligerait notre Cour à ordonner la tenue d’un nouveau procès. Je ne le crois pas.

Même en présumant que l’accusé a subi un certain préjudice, il reste que le juge a fait une mise en garde spécifique, claire et articulée sur cette question.

De plus, le juge Robert est d’avis que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s’applique car « le verdict n’aurait pas été différent en l’absence de cette citation pour outrage » (par. 64).

Ainsi, tout comme le juge Delisle, le juge Robert rejette l’appel.

C. *Le juge Fish (dissent)*

Pour sa part, le juge Fish aurait accueilli l’appel et ordonné un nouveau procès. Il est « d’avis que l’appelant n’a pas [. . .] acquiescé ni à sa déclaration de culpabilité d’outrage ni à la procédure adoptée par le juge » (par. 73).

Tout d’abord, le juge Fish dit comprendre la position difficile de l’avocate de l’appelant. D’une part,

18

19

20

21

22

For one thing, counsel not only had to make submissions to the judge on sentencing, but she also [TRANSLATION] “could cite only the facts already in evidence before the jury in relation to the murder and attempted murder charges that were the subject of the trial” (para. 70). For another, counsel [TRANSLATION] “in addressing the judge, . . . could hardly disregard the presence of the jury which was very soon going to have to consider the fate of her client in relation to the murder and attempted murder charges” (para. 71).

l’avocate devait non seulement faire des commentaires au juge sur sa décision concernant la peine, mais encore « elle ne pouvait invoquer que les faits déjà mis en preuve devant le jury au regard des accusations de meurtre et de tentative de meurtre qui faisaient l’objet du procès » (par. 70). D’autre part, l’avocate, « en s’adressant au juge, [. . .] ne pouvait guère faire abstraction de la présence du jury qui, peu après, allait devoir se pencher sur le sort de son client relativement aux accusations de meurtre et de tentatives de meurtre » (par. 71).

23 Fish J.A. observed that the Crown was correct to acknowledge that the trial judge [TRANSLATION] “acted hastily and impulsively” (para. 74). Fish J.A. agreed with the appellant’s argument that it was [TRANSLATION] “very possible, if not probable, that the trial judge’s finding, in the jurors’ presence, that the appellant was guilty of contempt of court meant, to them, that the judge himself was rejecting the appellant’s explanation of his refusal to identify certain individuals” (para. 76). Accordingly, Fish J.A. was of the opinion that by convicting the appellant in the presence of the jury, the trial judge caused the appellant to suffer prejudice, by [TRANSLATION] “express[ing] an opinion as to the legitimacy, if not the truth, of a crucial aspect of his testimony” (para. 75).

Le juge Fish note que c’est à bon droit que le ministère public reconnaît que le juge du procès a « agi rapidement et de façon impulsive » (par. 74). Le juge Fish retient la prétention de l’appelant selon laquelle il est « fort possible, sinon probable, que la déclaration de culpabilité d’outrage prononcée par le juge en leur présence signifiait pour les jurés que le juge lui-même rejetait l’explication de l’appelant concernant son refus d’identifier certains individus » (par. 76). Par conséquent, le juge Fish est d’avis que, en condamnant l’appelant en présence du jury, le juge du procès lui a porté préjudice en « se pronon[çant] sur la légitimité, sinon la véracité, d’un aspect crucial de son témoignage » (par. 75).

24 Unlike his colleagues, Fish J.A. also believed that the charge on the question of the contempt of court conviction not only exacerbated the trial judge’s error, but also adversely affected the appellant’s fate at the hands of the jury. In the opinion of Fish J.A., [TRANSLATION] “[t]he instruction thus meant that the finding that the appellant was guilty of contempt of court and the sentencing decision, like his criminal record, allowed the jury to draw a negative inference concerning the appellant’s credibility” (para. 81). In his opinion, that inference should not have been permitted.

Contrairement à ses collègues, le juge Fish croit également que la directive concernant la condamnation pour outrage au tribunal a aggravé non seulement l’erreur du juge du procès, mais aussi le sort de l’appelant face au jury. Selon le juge Fish, « [i]l s’agit donc d’une directive voulant que la déclaration de culpabilité de l’appelant pour outrage et le jugement sur peine, tout comme ses antécédents judiciaires, permettaient au jury de tirer une inférence défavorable quant à la crédibilité de l’appelant » (par. 81). Selon lui, cette inférence n’aurait pas dû être permise.

25 Lastly, Fish J.A. concluded that [TRANSLATION] “this was not simply a ‘wrong decision on a question of law’” (para. 82) within the meaning of ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii) of the *Code*. On that point, Fish J.A. quoted what was said by McIntyre J. in *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p.

En dernier lieu, le juge Fish conclut qu’« il ne s’agit pas ici simplement d’une “décision erronée sur une question de droit” » (par. 82) au sens des sous-al. 686(1)a(ii) et 686(1)b(iii) du *Code*. À ce sujet, le juge Fish reprend les paroles du juge McIntyre dans l’arrêt *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2

240, concerning errors that do not affect the fairness of the trial. Fish J.A. also said that he would not have applied the curative proviso even though this was only an error of law, and quoted Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385, on that point.

III. Issue

The appellant stated the issue as follows: Did convicting the accused of contempt of court and imposing a sentence of three years' imprisonment *instante* and in the presence of the jury cause him to suffer serious prejudice and an irreparable wrong and affect the fairness of the trial? The respondent stated the issue as follows: Did the majority of the Court of Appeal err in applying the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* to dismiss the appeal?

The relevant portions of s. 686 of the *Criminal Code* read as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

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

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

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

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

(b) may dismiss the appeal where

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

R.C.S. 233, p. 240, relativement aux erreurs compromettant l'équité du procès. Enfin, le juge Fish dit qu'il n'aurait pas appliqué la disposition réparatrice même s'il s'agissait seulement d'une erreur de droit et cite, à cet égard, les propos du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385.

III. Question en litige

L'appelant formule ainsi la question en litige : Est-ce que le fait de procéder séance tenante et en présence du jury à la condamnation pour outrage au tribunal de l'accusé et à l'imposition d'une sentence de trois années de pénitencier a causé à l'accusé un grave préjudice, un tort irréparable et a affecté l'équité du procès? L'intimée, pour sa part, énonce la question de la façon suivante : La Cour d'appel, à la majorité, a-t-elle erré en appliquant la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* afin de rejeter l'appel?

Les parties pertinentes de l'art. 686 du *Code criminel* se lisent comme suit :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

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

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

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

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

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

26

27

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

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

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

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

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

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appellant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

IV. Analysis

28 It is essential to keep in mind throughout the analysis of this issue that this is not an appeal from the appellant's conviction for contempt of court. Rather, we must consider whether the appellant's murder trial was vitiated by an error of law that caused substantial wrong or a miscarriage of justice or whether the appellant was denied justice.

A. *Conviction and Sentencing for Contempt of Court Instante*

29 The courts are given the power to punish contempt of court "so as to maintain the dignity and authority of the judge and to ensure a fair trial" (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 238 (*per* Dickson C.J.), citing *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), at p. 288 (*per* Lord Denning)). Contempt may be dealt with by one of two procedures: the ordinary procedure, which provides the accused with the usual procedural guarantees of a criminal trial, or the summary procedure, which allows the judge to avoid the formalities of a criminal trial to convict a person of contempt of court, even *instante* in some cases (*B.C.G.E.U.*, *supra*, at p. 238; *R. v. K. (B.)*, [1995] 4 S.C.R. 186, at paras. 8-9; *Hébert v. Procureur général du Québec*, [1966] Que.

IV. Analyse

Il est essentiel de garder à l'esprit, tout au long de l'analyse de cette question en litige, qu'il ne s'agit pas ici d'un pourvoi à l'encontre de la condamnation de l'appellant pour outrage au tribunal. Nous devons plutôt nous demander si le procès de l'appellant pour meurtre a été entaché d'une erreur de droit causant un tort important ou une erreur judiciaire grave ou si l'appellant a été l'objet d'un déni de justice.

A. *La condamnation et l'infliction, séance tenante, d'une peine pour outrage au tribunal*

Le pouvoir des tribunaux de punir l'outrage au tribunal est conféré [TRADUCTION] « afin de maintenir la dignité et l'autorité du juge et pour assurer des procès équitables » (*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 238 (le juge en chef Dickson), citant *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), p. 288 (lord Denning)). L'outrage peut donner lieu à deux types de procédure, soit la procédure ordinaire, qui confère à l'accusé les garanties procédurales normales d'un procès criminel, soit la procédure sommaire, qui permet à un juge d'écarter les formalités d'un procès criminel afin de condamner, même séance tenante dans certains cas, une personne pour outrage au tribunal (*B.C.G.E.U.*, précité, p. 238; *R. c. K. (B.)*, [1995] 4 R.C.S. 186, par. 8-9; *Hébert c. Procureur général*

Q.B. 197, at p. 227). The summary procedure is also recognized by the *Criminal Code*:

10. (1) Where a court, judge, justice or provincial court judge summarily convicts a person for a contempt of court committed in the face of the court and imposes punishment in respect thereof, that person may appeal

- (a) from the conviction; or
- (b) against the punishment imposed.

The summary procedure deprives an accused of certain guarantees that he or she is normally given, such as the presumption of innocence. The courts, however, have imposed certain requirements on this procedure that are relevant in this case. First, this Court has held that using the summary contempt of court procedure can be justified only in cases where it is urgent and imperative to act immediately (*K. (B.)*, *supra*, at para. 9). It is also clear that, other than in exceptional circumstances where the *instanter* summary proceeding is justified, the power to punish someone summarily for contempt of court is subject to the requirements of natural justice. Those requirements were summarized by Lamer C.J. in *K. (B.)*, at paras. 15-16:

There is no doubt in my mind that he was amply justified in initiating the summary contempt procedures. I, however, find no justification for foregoing the usual steps, required by natural justice, of putting the witness on notice that he or she must show cause why they would not be found in contempt of court, followed by an adjournment which need be no longer than that required to offer the witness an opportunity to be advised by counsel and, if he or she chooses, to be represented by counsel. In addition, upon a finding of contempt there should be an opportunity to have representations made as to what would be an appropriate sentence. This was not done and there was no need to forego all of these steps.

Having concluded that the *instanter* procedure was not justified in the circumstances of this case, it is my further opinion that there may be some exceptional cases, involving misbehaviour in court, where the failure to take one or all of the steps I have outlined above will be justified subject to whatever qualifications might be

du Québec, [1966] B.R. 197, p. 227). Cette procédure sommaire est également reconnue par le *Code criminel* :

10. (1) Lorsqu'un tribunal, juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale déclare, par procédure sommaire, une personne coupable d'outrage au tribunal, commis en présence du tribunal, et impose une peine à cet égard, cette personne peut interjeter appel :

- a) soit de la déclaration de culpabilité;
- b) soit de la peine imposée.

La procédure sommaire prive l'accusé de certaines garanties qui lui sont normalement reconnues, dont la présomption d'innocence. Les tribunaux ont, par ailleurs, assorti cette procédure de certaines exigences qui nous intéressent en l'espèce. En premier lieu, la Cour a reconnu que le recours à la procédure sommaire d'outrage au tribunal ne peut être justifié que dans les cas où il est urgent et impératif d'agir immédiatement (*K. (B.)*, précité, par. 9). Sauf dans des circonstances exceptionnelles où il sera justifié de procéder séance tenante, il est également clair que le pouvoir de punir sommairement pour outrage au tribunal est subordonné aux impératifs de la justice naturelle. Ces exigences ont ainsi été résumées par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *K. (B.)*, par. 15-16 :

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que le juge était amplement justifié d'amorcer la procédure d'outrage au tribunal par voie sommaire. Toutefois, je ne vois aucune raison qui le justifiait de déroger aux formalités habituelles requises par la justice naturelle, qui consistent à aviser le témoin qu'il doit expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal, puis à ajourner l'audience uniquement pendant le temps nécessaire pour donner au témoin l'occasion de consulter un avocat et, s'il le désire, de se faire représenter. De plus, si le témoin est déclaré coupable d'outrage au tribunal, on doit lui fournir l'occasion de présenter des observations relativement à la peine qu'il considérerait comme appropriée. Toutefois, cela n'a pas été fait, et il n'était aucunement nécessaire de déroger à toutes ces formalités.

Même si j'ai conclu que, eu égard aux circonstances du présent cas, la décision de statuer séance tenante n'était pas justifiée, je suis néanmoins d'avis qu'il peut se produire des situations exceptionnelles, concernant des comportements déplacés, où l'omission de se conformer à tout ou partie des formalités que j'ai décrites

warranted in the context of a *Charter* challenge to *instanter* proceedings.

See also C. J. Miller, *Contempt of Court* (3rd ed. 2000), at pp. 145 *et seq.*

31 In *K. (B.)*, *supra*, at para. 11, Lamer C.J., on behalf of the majority, explained the terminology to be used in respect of contempt of court:

In order to simplify matters, it is my opinion that we should use the notion of citing in contempt, not as an expression of a finding of contempt but instead, as a method of providing the accused with notice that he or she has been contemptuous and will be required to show cause why they should not be held in contempt.

32 The summary contempt of court procedure is therefore essentially a three-step procedure. While the question of how to proceed is largely within the judge's discretion, given the variety of circumstances which may give rise to this exceptional procedure, it is important to keep these three steps in mind. Citing in contempt may take place any time it is determined that intervention is required. However, conviction and sentencing for contempt of court *instanter*, where it is not "urgent and imperative to act immediately", is an error of law that may be reviewed by an appellate court.

33 In exercising its jurisdiction in respect of contempt of court, a court must adhere to the principle that "only '(t)he least possible power adequate to the end proposed' should be used" (*K. (B.)*, *supra*, at para. 13, quoting Burger C.J. in *United States v. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975), at p. 319). When the contempt is committed by an accused who is testifying, the judge's discretion as to how to proceed, which will depend on, *inter alia*, the nature of the conduct in question, should be guided by the need to maintain order and preserve the authority of the court, on the one hand, and not to compromise the impartiality of the judge and the judicial process, on the other. It is in the interests of justice that a jury know that an accused who chooses to testify is

précédemment sera justifiée, sous réserve des restrictions qui pourraient être jugées justifiées dans le cadre de la contestation, en vertu de la *Charte*, d'une condamnation pour outrage prononcée séance tenante.

Voir aussi C. J. Miller, *Contempt of Court* (3^e éd. 2000), p. 145 et suiv.

Dans l'arrêt *K. (B.)*, précité, par. 11, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, a précisé la terminologie de l'outrage au tribunal :

Dans le but de simplifier les choses, je suis d'avis que nous devrions utiliser la notion de « *citing in contempt* » (« assignation pour outrage »), non pas pour indiquer qu'il y a eu condamnation pour outrage au tribunal mais plutôt comme moyen d'aviser l'accusé qu'il a commis un outrage et qu'il devra expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage.

La procédure sommaire pour outrage au tribunal comporte donc essentiellement trois étapes. Bien que la façon de procéder soit largement laissée à la discrétion du juge, vu la variété de circonstances pouvant donner ouverture à cette procédure exceptionnelle, il importe de garder à l'esprit ces trois étapes. L'assignation pour outrage (« *citing in contempt* », que certains appellent aussi parfois la citation pour outrage) peut avoir lieu dès le constat du besoin d'intervenir. Par contre, la condamnation et l'infliction — séance tenante — d'une peine pour outrage au tribunal, lorsqu'il n'est pas « urgent et impératif d'agir immédiatement », constitue une erreur de droit qui pourra être révisée par une cour d'appel.

Dans l'exercice de sa compétence en matière d'outrage au tribunal, un tribunal doit respecter le principe selon lequel [TRADUCTION] « ce pouvoir ne devrait être utilisé que dans les limites nécessaires pour atteindre l'objectif visé » (*K. (B.)*, précité, par. 13, citant les propos du juge en chef Burger dans l'arrêt *United States c. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975), p. 319). Lorsque l'outrage est commis par un accusé qui témoigne, la discrétion du juge quant à la façon de procéder, qui dépend notamment de la nature du comportement en question, doit être guidée par la double nécessité, d'une part, de maintenir l'ordre et l'autorité du tribunal et, d'autre part, d'éviter de compromettre l'impartialité du juge et du processus judiciaire. Il est dans l'intérêt de la justice qu'un

compelled by law, like any other witness, to answer the questions put to him or her, and that there are serious legal consequences for failing to comply with the law. To that end, there may be circumstances in which it would be appropriate to convict an accused of contempt of court *instanter*, in the presence of the jury. However, the judge must in all cases avoid giving the jury the impression that he or she is making a determination as to the credibility of the accused. It is essential that the judge not be perceived by the jury as having a negative opinion of the credibility, character or morality of the accused, or as having an unfavourable opinion of the accused in general. The contempt proceeding must not appear, or be perceived by the jury, to be a battle between the accused and the judge or some sort of revenge taken by the judge in response to the accused's behaviour. The judge must maintain an appearance of impartiality in all circumstances.

In this case, I am of the view that the judge was justified in commencing contempt of court proceedings using the summary procedure and in citing the appellant for contempt. It should be noted that the contempt is of the court, and the court in this case was made up of a judge and a jury. The refusal by a witness — even if he or she is the accused — to answer the questions put to him or her is an affront to the authority of the court, and it must be remedied in the court in such a way that the jury itself understands that compliance with the relevant law is not optional and understands the consequences for anyone who violates his or her oath.

When the appellant decided to testify, he swore to tell the whole truth. Despite the judge's numerous warnings, he refused to answer the questions put to him. The judge had to preserve the authority of the court, and citing the appellant for contempt was an appropriate method of achieving that end.

However, the judge erred by combining the citation and conviction for contempt of court in a single proceeding. I do not believe that the judge was justified in convicting the appellant *instanter* and thereby depriving him of the procedural

jury sache qu'un accusé qui choisit de témoigner est, comme tous les autres témoins, contraint par la loi à répondre aux questions qui lui sont posées, et que le défaut d'observer la loi entraîne de graves conséquences juridiques. À cet égard, il pourra exister des circonstances où il sera opportun de condamner un accusé pour outrage au tribunal, séance tenante et en présence du jury. Par ailleurs, le juge doit éviter dans tous les cas de donner au jury l'impression qu'il se prononce sur la crédibilité de l'accusé. Il est, en effet, essentiel d'éviter que le juge soit perçu par le jury comme ayant une opinion négative de la crédibilité, du caractère ou de la moralité de l'accusé, ou comme ayant une opinion défavorable de l'accusé en général. La procédure d'outrage ne doit pas donner l'impression d'être une lutte entre l'accusé et le juge ou une sorte de vengeance de ce dernier en réponse au comportement de l'accusé, ni être perçue ainsi par le jury. Le juge doit maintenir en tout temps une apparence d'impartialité.

En l'espèce, je suis d'avis que le juge était justifié d'amorcer la procédure d'outrage au tribunal par voie sommaire et d'assigner l'appelant pour outrage. Soulignons qu'il est question d'outrage à un tribunal composé, en l'espèce, d'un juge et d'un jury. Le refus par le témoin — même s'il est l'accusé — de répondre aux questions qui lui sont posées est donc un affront à l'autorité de la cour, et il doit y être remédié de façon à ce que le jury lui-même comprenne le caractère impératif de la règle de droit pertinente et les conséquences auxquelles s'expose quiconque manque à son serment.

Lorsqu'il a pris la décision de témoigner, l'appelant a juré de dire toute la vérité. En dépit des nombreuses mises en garde du juge, il a refusé de répondre aux questions qui lui étaient posées. Le juge devait maintenir l'autorité du tribunal et l'assignation pour outrage était un moyen approprié d'y arriver.

Par ailleurs, le juge a commis une erreur en confondant en une seule étape l'assignation et la condamnation pour outrage au tribunal. En effet, je ne crois pas que le juge était justifié de condamner l'appelant séance tenante et de le priver ainsi des

34

35

36

guarantees to which he was entitled. He was even less justified, in my view, in sentencing the appellant to prison on the spot. I do not believe that the circumstances were such that it was “urgent and imperative to act immediately”: *K. (B.)*, *supra*, at para. 9 (quoting Lord Denning in *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, *supra*). This was not an exceptional situation in which foregoing the formalities required by natural justice was justified. I would again note that this is not an appeal from the conviction or against the sentence imposed for the contempt. The crucial question is therefore not, in my view, whether the appellant was given all the latitude needed to make his defence to the citation for contempt, or whether he had sufficient opportunity to make submissions in mitigation of sentence. What we need to examine, rather, are the consequences that the error had for the murder trial.

37

In my view, the judge erred in exercising his discretion in that there was an inherent risk in the procedure adopted in this case that the jury would misunderstand the meaning of the conviction for contempt and interpret it as representing the judge’s opinion of the appellant’s credibility in relation to the substance of his defence. The possibility of such a misunderstanding was a significant risk that the judge failed to assess properly. An adjournment was required in this case to ensure that the judge used only the “least possible power adequate to the end proposed” in the exercise of his discretion. What we must now determine is whether in this case the error of law the judge made by adopting the procedure in question in the course of the appellant’s murder trial can or cannot be remedied.

B. Classification of the Error and the Curative Proviso

38

The distinction between irregularities that occur during a trial that are classified as a “wrong decision on a question of law” (s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*) and those classified as a “miscarriage of justice” (s. 686(1)(a)(iii) of the *Code*) is fundamental, since

garanties procédurales auxquelles il avait droit. Encore moins était-il justifié, à mon avis, d’infliger aussitôt à l’appelant une peine d’emprisonnement. Je ne crois pas que, dans les circonstances, il était [TRADUCTION] « urgent et impératif d’agir immédiatement » : *K. (B.)*, précité, par. 9 (citant lord Denning dans *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, précité). En réalité, il ne s’agit pas d’une situation exceptionnelle qui justifiait que l’on puisse écarter les formalités imposées par la justice naturelle. Encore une fois, il ne s’agit pas ici d’un pourvoi à l’encontre de la condamnation ou de la peine infligée pour l’outrage. J’estime donc que la question essentielle n’est pas de savoir si l’appelant a bénéficié de toute la latitude nécessaire pour étayer sa défense à l’encontre de l’assignation pour outrage, ni celle de savoir s’il a eu suffisamment l’occasion de présenter des motifs à l’appui d’une atténuation de sa peine. Ce qu’il convient d’analyser, ce sont plutôt les conséquences de cette erreur sur le procès pour meurtre.

À mon avis, le juge a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire, étant donné que la procédure adoptée en l’espèce comportait un risque que le jury se méprenne sur la portée de la condamnation pour outrage et interprète cette condamnation comme représentant l’opinion du juge au sujet de la crédibilité de l’appelant quant à l’essentiel de sa défense. Cette possibilité de méprise était un risque important que le juge n’a pas évalué correctement. Un ajournement s’imposait dans l’espèce afin d’assurer que l’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire ne dépasse pas « les limites nécessaires pour atteindre l’objectif visé ». Il s’agit maintenant de déterminer s’il est possible, en l’espèce, de remédier à l’erreur de droit que le juge a commise en adoptant la procédure en question au cours du procès pour meurtre de l’appelant.

B. La qualification de l’erreur et la disposition réparatrice

La qualification d’une irrégularité survenue durant un procès comme étant une « décision erronée sur une question de droit » (sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*) ou une « erreur judiciaire » (sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code*) est fondamentale puisqu’elle

it will have a direct impact on the applicability of the curative proviso in s. 686(1)(b). In *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 18, this Court summarized the principles that apply when a procedural error or irregularity occurs during a trial:

- If the procedural irregularity amounts to or is based on an error of law, it falls under ss. 686(1)(a)(ii) and (1)(b)(iii).
- If the procedural irregularity was previously (before 1985) classified as an irregularity causing a loss of jurisdiction: s. 686(1)(b)(iv) provides that this is no longer fatal to the conviction, and an analysis of prejudice must be undertaken, in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii).
- If the procedural error did not amount to, or originate in an error of law, which is rare, s. 686(1)(a)(iii) applies and the reviewing court must determine whether a miscarriage of justice occurred. If so, there are no remedial provisions in s. 686(1)(b) that can cure such a defect, and the appeal must be allowed and either an acquittal entered or a new trial ordered.

Later in *Khan*, error of law is defined as any decision that is an erroneous interpretation or application of the law (para. 22). If an error deprives the accused of a fair trial, it constitutes a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) and the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should not be applied. That type of error was described by McIntyre J. in *Fanjoy*, *supra*, at p. 240:

A person charged with the commission of a crime is entitled to a fair trial according to law. Any error which occurs at trial that deprives the accused of that entitlement is a miscarriage of justice. It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact. However, I am not able to say that an error which, in the words of Brooke J.A., "could only unfairly prejudice", would not by itself cause a miscarriage of justice. It would be wholly inconsistent with

aura un impact direct sur l'applicabilité de la disposition réparatrice de l'al. 686(1)(b). L'arrêt *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 18, résume les principes applicables lorsqu'une erreur ou une irrégularité de nature procédurale survient au cours du procès :

- Si l'irrégularité de procédure est assimilable à une erreur de droit ou découle d'une erreur de droit, elle est régie par les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii).
- Si l'irrégularité de procédure était antérieurement (avant 1985) considérée comme une irrégularité entraînant une perte de compétence : en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv), cette perte de compétence n'est désormais plus fatale à la déclaration de culpabilité et il faut procéder à une analyse du préjudice en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii).
- Si l'erreur de procédure n'est pas assimilable à une erreur de droit ou ne tire pas son origine d'une telle erreur, ce qui est rare, le sous-al. 686(1)(a)(iii) s'applique et la cour d'appel doit déterminer s'il y a eu erreur judiciaire. Dans l'affirmative, l'al. 686(1)(b) ne peut corriger un tel vice et la cour doit accueillir l'appel, soit en rendant un verdict d'acquiescement, soit en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Plus loin dans l'arrêt *Khan*, l'erreur de droit est définie comme toute décision qui constitue une interprétation ou une application erronée du droit (par. 22). Si une erreur prive l'accusé d'un procès équitable, elle constitue alors une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) et il est alors inutile d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Le juge McIntyre a défini ainsi ce type d'erreur dans l'arrêt *Fanjoy*, précité, p. 240 :

Une personne qui est accusée d'un crime a droit à un procès équitable selon la loi. Toute erreur qui se produit au cours du procès et qui prive l'accusé de ce droit constitue une erreur judiciaire. On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait. Toutefois, je ne peux pas dire qu'une erreur qui, selon les termes du juge Brooke [TRADUCTION] « ne pouvait que porter injustement préjudice » ne serait pas en elle-même une erreur judiciaire. Il serait tout à fait incompatible

a finding of unfair prejudice in a trial to find, nonetheless, that no miscarriage of justice occurred.

40

In this case, as I noted earlier, it is clear, in my opinion, that the judge committed an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*, that error being that he convicted the appellant of contempt of court *instante* when it was neither urgent nor imperative that he do so. With respect, however, I cannot agree with Fish J.A. that this was a miscarriage of justice within the meaning of the decision in *Fanjoy*, which would prevent any application of the curative proviso. In my view, the appellant did not suffer such prejudice from that error that he was deprived of his right to a fair trial.

41

Section 686(1)(b)(iii) provides:

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

42

Fish J.A. also said that even though there had been no miscarriage of justice, he would not have applied the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) in this case. With respect, I do not agree with that opinion either. There are two classes of errors of law that lead to the application of that provision. The first consists of harmless or minor errors having no impact on the verdict. The second “encompasses 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” (*Khan, supra*, at para. 26). The test is whether “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 616 (*per* Major J.), citing *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744 (*per* Cartwright J.)). In other words, the “appellate courts will maintain a conviction in spite of the errors of law where such errors were either minor in themselves or had no effect on the verdict and caused no prejudice to the accused” (*Khan, supra*, at para. 29).

avec une conclusion selon laquelle il y a eu un préjudice injuste dans un procès que de conclure néanmoins qu’il ne s’est produit aucune erreur judiciaire.

Comme je l’ai déjà mentionné, j’estime qu’il est clair, en l’espèce, que le juge a commis une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*, l’erreur étant de condamner l’appelant séance tenante pour outrage au tribunal alors qu’il n’était ni urgent ni impératif de le faire. En toute déférence, toutefois, je ne peux souscrire à l’opinion du juge Fish voulant qu’il s’agisse d’une erreur judiciaire au sens de l’arrêt *Fanjoy*, erreur qui empêcherait tout recours à la disposition réparatrice. En fait, je considère que cette erreur n’a pas porté préjudice à l’appelant au point de le priver de son droit à un procès équitable.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) prévoit :

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

Le juge Fish indique également que, même s’il ne s’agissait pas d’une erreur judiciaire, il n’aurait pas appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) en l’espèce. En toute déférence, je ne partage pas non plus cette opinion. Deux catégories d’erreurs de droit peuvent entraîner l’application de cette disposition. La première est constituée des erreurs inoffensives ou négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict. La deuxième « englobe 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 » (*Khan*, précité, par. 26). À cet égard, il faut se demander si « le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite » (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616 (le juge Major), citant *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, p. 744 (le juge Cartwright)). En résumé, « [l]es cours d’appel confirmeront une déclaration de culpabilité, malgré les erreurs de droit, lorsque celles-ci sont en soi négligeables ou n’ont eu aucune incidence sur le verdict et n’ont causé aucun préjudice à l’accusé » (*Khan*, précité, par. 29).

The first question that must be asked is therefore whether the error was harmless and had no impact on the verdict. That is, might the appellant's *instant* conviction for contempt of court have influenced the jury in relation to the guilty verdict it returned on the murder charge? Perhaps, but in my view, its impact was negligible. In addition, the appellant suffered no substantial wrong as a result of the error committed by the trial judge. Even if that error was not totally harmless, I believe that the "verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred" (*Bevan, supra*, at p. 616; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29). The appellant did not suffer any prejudice as a result of the irregularities, and they did not affect the fairness of the trial in such a way as to justify a new trial.

I agree with the opinion of Robert J.A. on this question. While the procedure followed by the judge was inappropriate, the real damage done to the appellant's credibility resulted from his refusal to answer, and not from his conviction for contempt. By refusing to name the individuals who were allegedly the source of the information he had communicated to a fellow inmate to incriminate himself, the appellant himself substantially undermined the merits of his defence. In addition, the jury repeatedly heard the appellant's explanations of his refusal to testify. According to him, he wanted to protect his family from possible reprisals, and his principles prevented him from [TRANSLATION] "giving information to the authorities". The jury was perfectly capable of assessing the credibility of that explanation.

Nor can I conclude that the jury may have regarded the conviction for contempt of court as a repudiation of the appellant's credibility or defence by the judge. On the contrary, the judge's charge to the jury on that question suggested that the conviction for contempt was inevitable, regardless of what explanation the appellant gave to justify his refusal: [TRANSLATION] "we do not have two kinds of witnesses, those who can tell just a part of the truth and those who are obliged to tell the whole truth. . . . [T]here is only one law, and in the Criminal Code, here, it says that a witness who refuses to answer is guilty of contempt and if

Il faut donc se demander en premier lieu si l'erreur est inoffensive et n'a eu aucune incidence sur le verdict. Ainsi, la condamnation séance tenante de l'appelant pour outrage au tribunal a-t-elle pu influencer le jury quant au verdict de culpabilité de meurtre qu'il a rendu? Peut-être, mais, à mon avis, de façon négligeable. Par ailleurs, aucun tort important n'a été subi par l'appelant du fait de l'erreur commise par le juge du procès. Même si cette erreur n'était pas totalement inoffensive, je crois que le « verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite » (*Bevan*, précité, p. 616; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29). Les irrégularités n'ont ni causé un préjudice à l'appelant ni affecté l'équité du procès de façon à justifier un nouveau procès.

Je partage l'opinion du juge Robert sur cette question. Bien que la procédure suivie par le juge ait été inappropriée, le véritable dommage causé à la crédibilité de l'appelant résultait de son refus de répondre et non de sa condamnation pour outrage. En refusant de nommer les personnes qui auraient été à la source des renseignements qu'il a communiqués à un codétenu pour s'incriminer, l'appelant diminuait lui-même considérablement la valeur de sa défense. Qui plus est, le jury a entendu à maintes reprises les explications de l'appelant quant à son refus de témoigner. Selon lui, il voulait protéger sa famille contre des représailles possibles, et ses principes lui interdisaient de « donner [de] l'information aux autorités ». Le jury était tout à fait en mesure d'apprécier la crédibilité de cette explication.

Je ne peux, par surcroît, conclure que le jury ait pu voir dans la condamnation pour outrage au tribunal une répudiation, par le juge, de la crédibilité ou de la défense de l'appelant. Au contraire, les directives du juge au jury sur cette question laissaient croire que la condamnation pour outrage était inévitable, quelles que soient les explications fournies par l'appelant pour justifier son refus : « il n'y a pas deux sortes de témoins, ceux qui peuvent dire rien qu'une partie de la vérité puis ceux qui sont obligés de dire toute la vérité. [. . .] [I]l n'y a qu'une loi et dans le Code criminel, ici, c'est écrit que le témoin qui refuse de répondre se rend coupable d'outrage

43

44

45

he does it in your presence he will be punished in your presence.”

46

In my opinion, what the jury could have inferred from that passage was that the appellant’s conviction for contempt was a *fait accompli*, caused solely by his refusal to answer, regardless of the merits of his explanations. In other words, rightly or wrongly, the judge gave the jury to understand that no one could be excused from answering, regardless of his or her justifications. The judge’s instructions, in my view, substantially reduced the risk that the jury wrongly believed that the appellant had been convicted of contempt because the judge did not believe his defence. In this case, I therefore do not believe that the appellant could have suffered any prejudice as a result of the conviction or the consequent sentencing, in and of themselves. I would also point out the very strong instruction given by the judge in relation to the prohibition on using the contempt conviction:

[TRANSLATION] So you may not deduce anything concerning his guilt or lack of guilt from the contempt or the punishment. It would be unfair for you to do that, and you would be violating your oath. [Emphasis added.]

47

The appellant also submits that the trial judge improperly drew a parallel between the contempt of court conviction and a criminal record. Just before discussing contempt of court, the trial judge did explain to the jury that an accused’s criminal record could be used only to establish his credibility, and not his guilt. One might think, as Fish J.A. did, that the subsequent comparison between a criminal record and the contempt of court conviction means that a contempt conviction may be used to assess the accused’s credibility. In so far as it is an additional conviction, it is technically correct to say that a contempt conviction may be used to assess the appellant’s credibility as a witness. However, I believe that it is unlikely that the jury even interpreted it that way. The jury could just as well have concluded that neither a criminal record nor a conviction for contempt could be used to determine the accused’s guilt. From reading the charge, I find that the latter interpretation is much more likely.

et s’il le fait devant vous et il sera châtié devant vous. »

Selon moi, ce que le jury pouvait inférer de ce passage était que la condamnation de l’appelant pour outrage était un fait accompli — en raison de son seul refus de répondre — quelle que soit la valeur de ses explications. En d’autres termes, à tort ou à raison, le juge a laissé entendre au jury que personne ne pouvait être excusé de répondre, quelles que soient ses justifications. Les directives du juge ont, à mon avis, grandement atténué le risque que le jury croie à tort que l’appelant a été condamné pour outrage parce que le juge ne croyait pas sa défense. En l’espèce, je ne crois donc pas que la condamnation et l’infliction de la peine aient pu, en soi, porter préjudice à l’appelant. Je souligne également la directive très forte du juge quant à l’usage interdit de la condamnation pour outrage :

Alors, de cet outrage ou de cette punition vous ne pouvez rien déduire concernant sa culpabilité ou sa non culpabilité. Ça serait injuste que vous fassiez cela et vous manqueriez à votre serment. [Je souligne.]

L’appelant reproche également au juge du procès d’avoir fait un parallèle entre la condamnation pour outrage au tribunal et les antécédents judiciaires. Il est vrai que juste avant de discuter de l’outrage au tribunal, le juge du procès avait expliqué au jury que le casier judiciaire de l’accusé ne devait servir qu’à établir la crédibilité de ce dernier et non sa culpabilité. On pourrait donc croire, à l’instar du juge Fish, que la comparaison subséquente des antécédents judiciaires et de la condamnation pour outrage au tribunal signifie que cette dernière peut être utilisée pour évaluer la crédibilité de l’accusé. Dans la mesure où il s’agit d’une condamnation additionnelle, il est techniquement correct qu’elle serve à apprécier la crédibilité de l’appelant en tant que témoin. Toutefois, je crois qu’il est peu probable que le jury l’ait même interprétée ainsi. Le jury aurait tout aussi bien pu s’en tenir à la conclusion que ni les antécédents judiciaires ni la condamnation pour outrage ne pouvaient être utilisés pour déterminer la culpabilité de l’accusé. La lecture des directives m’incite à conclure que cette dernière interprétation est beaucoup plus probable.

Moreover, in my view, the evidence against the appellant is overwhelming. His defence amounts to no more than his assertion that he fabricated the information he related to the informer, Herby Jean-Charles, on November 18, 1996, which was tape recorded as permitted by an authorization to intercept a private conversation that was obtained on November 6, 1996. The appellant said that he had invented that story after learning from the police and Mr. Jean-Charles that an Emmanuel Zéphyr [TRANSLATION] “was out to get [him]”. His justification for concocting an incriminating lie was that he had hoped to earn the respect of his fellow inmates by saying he had committed the murder, and that this “notoriety” might have enabled him to escape any reprisals from Emmanuel Zéphyr. It seems implausible that someone would admit to committing a crime to protect himself from death threats that were allegedly made precisely in reprisal for committing that crime. As well, that statement is inconsistent with the admission made by the appellant to Herby Jean-Charles in January 1996, at which time he had not received any death threats. Lastly, the appellant said that he had put together the details of his lie from details related in the newspapers, from his imagination and from information provided to him by third parties whom he refused to identify. The appellant freely chose to conduct his defence in such a way as to offer the jury only a partial truth, and that necessarily affected the credibility of his position.

V. Conclusion

Accordingly, the trial judge committed an error of law by convicting the appellant of contempt of court and imposing the sentence *instanter*, when it was neither urgent nor imperative that he do so. I am furthermore of the opinion that the error of law committed during the trial, an error that was essentially procedural, did not in itself constitute a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) or result in a failure of justice. I am also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice, within the meaning of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*, occurred. While the error committed was not harmless, the verdict would have been the same notwithstanding the error committed by the judge in the

J'estime, par ailleurs, que la preuve qui pèse contre l'appelant est accablante. En effet, sa défense se limite à affirmer qu'il a inventé de toutes pièces les éléments qui ont été relatés au délateur Herby Jean-Charles, le 18 novembre 1996, et qui ont été enregistrés sur bande magnétique conformément à une autorisation d'intercepter une conversation privée obtenue le 6 novembre 1996. Il affirme avoir inventé cette histoire après avoir appris des policiers et de M. Jean-Charles qu'un certain Emmanuel Zéphyr « voulait [s]a peau ». Il justifie ce mensonge incriminant par le fait qu'il espérait gagner le respect des codétenus en affirmant avoir commis le meurtre et que cette « notoriété » pourrait lui éviter les représailles d'Emmanuel Zéphyr. Or, il semble peu vraisemblable qu'on admette avoir commis un crime pour se protéger de menaces de mort qui auraient été précisément faites en guise de représailles pour la commission de ce crime. De plus, cette affirmation est incompatible avec l'aveu que l'appelant aurait fait à Herby Jean-Charles dès janvier 1996, alors qu'à cette époque il n'était pas menacé de mort. Enfin, l'appelant affirme avoir fabriqué son mensonge en recourant aux faits relatés dans les journaux, à son imagination ainsi qu'aux renseignements fournis par des tiers qu'il refuse d'identifier. L'appelant a choisi librement de mener sa défense de façon à n'offrir au jury qu'une vérité partielle, ce qui affectait nécessairement la crédibilité de sa position.

V. Conclusion

En conséquence, le juge du procès a commis une erreur de droit en condamnant l'appelant et en lui infligeant, séance tenante, une peine pour outrage au tribunal, alors qu'il n'était ni urgent ni impératif de le faire. Je suis par ailleurs d'avis que cette erreur de droit commise au cours du procès, erreur essentiellement procédurale, n'a pas constitué en elle-même une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) ni donné lieu à un déni de justice. Je suis également d'avis qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, ne se sont produits. En effet, bien que l'erreur commise ne soit pas de nature inoffensive, le verdict aurait été le même nonobstant l'erreur commise par le juge au

course of the trial. In this case, I would apply the following statement made by Binnie J. in *Jolivet*, *supra*, at para. 46:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

50

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rock, Vleminckx, Dury, Lanctôt et Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor, Montréal.

cours du procès. En l'espèce, j'appliquerais l'affirmation suivante du juge Binnie dans l'arrêt *Jolivet*, précité, par. 46 :

Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Rock, Vleminckx, Dury, Lanctôt et Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général, Montréal.

Eric Juri Miglin *Appellant*

v.

Linda Susan Miglin *Respondent*

INDEXED AS: MIGLIN v. MIGLIN

Neutral citation: 2003 SCC 24.

File No.: 28670.

2002: October 29; 2003: April 17.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Separation agreement — Spousal support release clause — Spouses executing final separation agreement containing release of any future claims for spousal support — Wife subsequently applying for spousal support under s. 15 of Divorce Act — Appropriate threshold for judicial intervention in separation agreement on application for spousal support — Weight to be attributed to spousal support release clause in separation agreement — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

Trial — Fairness — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Whether trial judge's comments and interventions raised reasonable apprehension of bias.

Five years after the parties were married in 1979, they purchased a lodge in northern Ontario as equal shareholders, and ran it together as a family business. The parties each drew a salary from the business of \$80,500 per annum. They had four children and the family divided their time between the lodge and the matrimonial home in Toronto. In 1993, the parties separated when the children were between 2 and 7½ years of age. The wife was then 41 and the husband 43 years old. After more than a year of negotiations, they executed a separation agreement containing a full and final spousal support release clause. It was agreed that the children would reside primarily with the wife, and that the husband would pay \$60,000 per annum for their support. He also agreed to pay the

Eric Juri Miglin *Appelant*

c.

Linda Susan Miglin *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MIGLIN c. MIGLIN

Référence neutre : 2003 CSC 24.

N° du greffe : 28670.

2002 : 29 octobre; 2003 : 17 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit de la famille — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Accord de séparation — Clause de renonciation aux aliments entre époux — Accord définitif de séparation contenant une clause de renonciation à toute créance alimentaire future entre époux — L'épouse demande par la suite des aliments à son profit en vertu de l'art. 15 de la Loi sur le divorce — Critère préliminaire d'intervention judiciaire dans un accord de séparation sur requête en aliments entre époux — Poids à donner à la clause de renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

Procès — Équité — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Les commentaires et interventions du juge suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

Cinq ans après leur mariage en 1979, les parties achètent un hôtel dans le nord de l'Ontario comme actionnaires à parts égales et l'exploitent ensemble. Les parties tirent chacune de l'entreprise familiale un salaire de 80 500 \$ par an. Ils ont quatre enfants et la famille partage son temps entre l'hôtel et la maison conjugale à Toronto. En 1993, les parties se séparent; les enfants ont alors entre 2 et 7 ans et demi, l'épouse 41 ans et l'époux 43 ans. Après plus d'un an de négociations, ils signent une entente de séparation comprenant une clause de libération totale et définitive de toute créance alimentaire entre époux. Il est convenu que les enfants habiteront principalement chez l'épouse et que l'époux versera des aliments de 60 000 \$ par an pour les enfants et assumera la responsabilité des

mortgage on the matrimonial home. Pursuant to the agreement, the husband transferred his one-half interest in the matrimonial home, valued at \$250,000, to the wife, while the wife released her interest in the lodge, valued at \$250,000, to the husband. In addition, the wife released any interest in his unvalued outfitting business. The parties also executed a consulting agreement between the wife and the lodge that provided her with an annual salary of \$15,000 for a period of five years, renewable on the consent of the parties. After their divorce, relations between the parties became acrimonious. Approximately four years after the separation agreement and six months before the expiry of the consulting agreement, the wife applied for sole custody, child support and spousal support under s. 15 (now s. 15.2) of the *Divorce Act*. The trial judge awarded the wife spousal support in the amount of \$4,400 per month for a period of five years. The Court of Appeal upheld the award of support and removed the five-year term.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement is not appropriate in the current statutory context. Agreements concluded with the intent that they be final may, in limited circumstances, be overridden on grounds other than those defined in the trilogy, which established that a court was permitted to override a final agreement on spousal support only where there has been a radical and unforeseen change in circumstances that was causally connected to the marriage. Judicial and societal understandings of spousal support have changed since the release of *Pelech*, and recognize different models of support as appropriate in different circumstances. That the spousal support objectives in s. 15.2 often conflict suggests that Parliament intended to vest a significant discretion in trial judges to assess the weight to be given to each objective against the very particular backdrop of the parties' circumstances. The trilogy's singular emphasis on self-sufficiency and a clean break is too crude; some circumstances will call for compensatory support, as in *Moge*, or for non-compensatory support, as in *Bracklow*. Nevertheless, economic self-sufficiency is a legislative objective, and the Act as a whole advances the objectives of certainty, finality and negotiated settlements. On an initial application for support under s. 15.2, the concept of a change in circumstances has no relevance, except to the limited extent that there might have been a pre-existing order or agreement that must be considered. The 1985 Act militates in favour of a contextual assessment of all the circumstances, including the

paiements hypothécaires sur la maison. Selon l'accord, l'époux transférerait à l'épouse son intérêt de moitié dans la maison conjugale, évalué à 250 000 \$, et l'épouse transférerait à l'époux son intérêt de moitié dans l'hôtel, évalué aussi à 250 000 \$. De plus, l'épouse renoncrait à tout droit sur l'entreprise de pourvoirie de l'époux, dont la valeur n'est pas évaluée. Les parties signent aussi une entente de consultation entre l'épouse et l'hôtel lui fournissant un salaire annuel de 15 000 \$ pendant cinq ans, renouvelable sur consentement mutuel des parties. Après le divorce, les relations entre les ex-époux deviennent acrimonieuses. Quatre ans environ après l'accord de séparation, et six mois avant l'expiration de l'entente de consultation, l'épouse fait une demande de garde exclusive des enfants, d'aliments au profit des enfants et d'aliments à son profit en vertu de l'art. 15 (maintenant art. 15.2) de la *Loi sur le divorce*. Le juge de première instance lui accorde une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pour cinq ans. La Cour d'appel confirme le montant des aliments et annule la limite de cinq ans.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d'une entente antérieure ne s'applique pas dans le contexte législatif actuel. Des ententes conclues avec l'intention de leur donner un caractère définitif peuvent, dans des cas limités, être écartées pour des motifs autres que ceux énoncés dans la trilogie qui établissait qu'un tribunal pouvait écarter une entente alimentaire définitive entre conjoints dans le seul cas où était survenu un changement radical et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. La conception du rôle de la pension alimentaire entre époux a changé dans la société et dans la jurisprudence depuis l'arrêt *Pelech* et reconnaît différents modèles adaptés à des situations différentes. Le fait que les objectifs de la pension alimentaire entre époux énoncés à l'art 15.2 sont souvent contradictoires permet de penser que le législateur entendait conférer aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation du poids à accorder à chaque objectif, dans le contexte précis de la situation des parties. L'insistance de la trilogie sur l'autonomie et la rupture nette est trop sommaire. Certaines situations exigent un modèle compensatoire, comme dans *Moge*, ou non compensatoire, comme dans *Bracklow*. Néanmoins l'indépendance économique est un objectif de la Loi qui, dans son ensemble, favorise les objectifs de la certitude, du règlement définitif et des règlements négociés. Dans le cadre d'une demande initiale de pension alimentaire fondée sur l'art. 15.2, le concept de changement dans la situation n'a aucune pertinence, sauf dans la mesure

content of the agreement. The Court of Appeal erred in incorporating the material change test from s. 17 into s. 15.2. It is not the existence of change *per se* that matters but whether, at the time of the application, all the circumstances render continued reliance on the pre-existing agreement unacceptable.

An initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires a two-stage investigation into all the circumstances surrounding that agreement, first at the time of its formation, and second, at the time of the application. Unimpeachably negotiated agreements that represent the intentions and expectations of the parties and that substantially comply with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight. Holding that any agreement that deviates from the objectives listed in s. 15.2(6) would inevitably be given little or no weight would seriously undermine the significant policy goal of negotiated settlement and would undermine the parties' autonomy and freedom to structure their post-divorce lives in a manner that reflects their own objectives and concerns. It would also render the direction to consider prior agreements in s. 15.2(4)(c) meaningless. In searching for a proper balance between consensus and finality on the one hand, and sensitivity to the unique concerns that arise in the post-divorce context on the other, a court should be guided by the objectives of spousal support listed in the Act, but should also treat the parties' reasonable best efforts to meet those objectives as presumptively dispositive of the spousal support issue. The court should set aside the wishes of the parties as expressed in a pre-existing agreement only where that agreement fails to be in substantial compliance with the overall objectives of the Act, including certainty, finality and autonomy.

At the first stage, the court should look at the circumstances in which the agreement was negotiated and executed to determine whether there is any reason to discount it, including any circumstances of oppression, pressure or other vulnerabilities. Circumstances less than "unconscionability" in the commercial law context may be relevant, but a court should not presume an imbalance of power. Further, the degree of professional assistance received by the parties may be sufficient to overcome any systemic imbalances between the parties. Next, the court must consider the substance of the agreement to determine whether it is in substantial compliance with the Act. Assessment of an agreement's substantial compliance with the entire Act will necessarily permit a broader gamut of arrangements than would be the case if testing

limitée où préexiste une ordonnance ou une entente dont il faut tenir compte. La Loi de 1985 milite en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation, y compris le contenu de l'entente. La Cour d'appel a fait erreur en incorporant le critère de changement de l'art. 17 dans l'art. 15.2. Ce n'est pas la survenance d'un changement en soi qui importe, mais la question de savoir si, au moment de la demande, l'ensemble des circonstances rendent inacceptable le maintien de l'accord antérieur.

Une demande initiale d'aliments entre époux incompatible avec un accord antérieur exige un examen en deux temps de toutes les circonstances relatives à l'accord, d'abord au moment de sa conclusion, puis au moment de la demande. Il faut donner beaucoup de poids à une entente, négociée de façon irréprochable, qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. Conclure que tout accord dérogeant aux objectifs du par. 15.2(6) n'aura que peu ou pas de poids serait une atteinte sérieuse à l'important objectif d'encourager le règlement négocié, ainsi qu'une atteinte à l'autonomie et à la liberté des parties de structurer leurs vies après le divorce d'une manière qui reflète leurs propres objectifs et préoccupations. Cela enlèverait aussi tout son sens à la directive de l'al. 15.2(4)(c) de prendre en compte les ententes antérieures. Dans la recherche d'un juste équilibre entre consensus et règlement définitif, d'une part, et l'attention aux problèmes très particuliers qui surviennent après le divorce, d'autre part, le tribunal devrait être guidé par les objectifs de la Loi en matière d'aliments entre époux et devrait aussi présumer déterminants, en matière d'aliments, les efforts raisonnables qu'ont faits les parties pour atteindre ces objectifs. Le tribunal ne devrait faire abstraction des désirs exprimés par les parties dans un accord préexistant que si l'accord n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la Loi, y compris les objectifs de la certitude, du règlement définitif et de l'autonomie.

À la première étape, le tribunal devrait examiner les circonstances dans lesquelles l'accord a été négocié et conclu afin de décider s'il y a lieu de l'écarter, notamment la présence d'oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité. Une situation moins qu'« abusive » en contexte de droit commercial peut être pertinente mais le tribunal ne devrait pas présumer l'existence d'un déséquilibre des forces. De plus, l'aide professionnelle donnée aux parties peut suffire à neutraliser un déséquilibre systémique entre les parties. Ensuite, le tribunal doit examiner le contenu de l'accord, et déterminer s'il est conforme pour l'essentiel à la Loi. L'appréciation de la conformité générale de l'accord à l'ensemble de la Loi permet nécessairement une gamme plus large d'arrangements qu'un examen restreint à son évaluation

agreements narrowly against the support order objectives in s. 15.2(6). Moreover, a determination that an agreement fails to comply substantially with the Act does not necessarily mean that the entire agreement must be set aside. Even an agreement not fully enforceable may still indicate the parties' objectives and understanding of their marriage.

At the second stage, the court must assess whether the agreement still reflects the original intentions of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act. Accordingly, the party seeking to set aside the agreement will need to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned. Some degree of change in the circumstances of the parties is always foreseeable, as agreements are prospective in nature. Parties are presumed to be aware that health, job markets, parental responsibilities, housing markets, and values of assets are all subject to change. It is only where the current circumstances represent a significant departure from the range of reasonable outcomes anticipated by the parties, in a manner that puts them at odds with the objectives of the Act, that the court may be persuaded to give the agreement little weight.

Here, the separation agreement should be accorded significant and determinative weight. At the time of its formation, nothing in the surrounding circumstances indicated that the negotiations or execution of the separation agreement were fraught with vulnerabilities. Both parties had engaged the services of expert counsel and negotiations persisted over a lengthy period. Likewise, nothing in the substance of the agreement demonstrated a significant departure from the overall objectives of the Act. The division of assets in the agreement reflected the parties' needs and wishes at the time and fairly distributed the assets acquired and created by them over the course of their marriage. Moreover, the quantum of child support was arrived at in full contemplation of the wife's spousal support release. The quantum of child support established in the agreement was intended to provide the wife with a minimum amount of income in contemplation of her not working. The change to the obligations regarding childcare did not take the wife's current position outside the reasonable range of circumstances that the parties contemplated in making the agreement. Finally, the consulting contract reflects the parties' intention to provide the wife with a source of employment income for a limited time. The nonrenewal of the contract did not render continued reliance on the original separation agreement inappropriate. The contract stipulated that renewal required the consent of both parties, and there is no evidence of any damaging long-term impact of the

au regard des objectifs énoncés au par. 15.2(6) pour les ordonnances alimentaires. De plus, la conclusion qu'une entente n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi ne signifie pas forcément qu'il faille l'écarter ou l'annuler entièrement. Même une entente qui ne devrait pas être appliquée intégralement peut néanmoins témoigner des objectifs des parties et de leur conception de leur mariage.

À la deuxième étape, le tribunal doit évaluer si l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et s'il est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. La partie demandant que l'accord soit écarté doit donc démontrer que les nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée. Un certain degré de changement est toujours prévisible puisque les accords sont prospectifs. Les parties sont présumées savoir que la santé, le marché du travail, les responsabilités parentales, le marché immobilier, et la valeur des biens peuvent tous changer. Ce n'est que lorsque la situation actuelle représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties, au point d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi, qu'on pourra convaincre le tribunal de donner peu de poids à l'accord.

En l'espèce, il faut donner un poids considérable et déterminant à l'accord de séparation. Rien n'indique qu'au moment de sa formation, les circonstances entourant la négociation et la conclusion de l'accord étaient marquées par la vulnérabilité. Les parties ont retenu les services d'avocats chevronnés et les négociations ont duré longtemps. Rien dans le contenu de l'accord n'indique non plus une dérogation importante aux objectifs généraux de la Loi. Le partage des biens effectué dans l'accord de séparation reflète les besoins et la volonté des parties à ce moment et répartit équitablement les actifs acquis et créés par elles au cours de leur mariage. De plus, le montant de la pension alimentaire aux enfants a été fixé en pleine connaissance de la renonciation de l'épouse aux aliments à son profit. Le montant de la pension alimentaire aux enfants fixé dans l'accord fournissait à l'épouse un minimum de revenus, au cas où elle ne travaillerait pas. Le changement survenu dans les obligations relatives au soin des enfants n'a pas placé la situation actuelle de l'épouse en dehors de la gamme des circonstances raisonnablement envisagées par les parties lorsqu'elles ont négocié l'accord. Enfin, l'entente de consultation reflète l'intention des parties d'assurer à l'épouse une source de revenu d'emploi pendant un certain temps. Son non-renouvellement ne suffit pas pour déclarer inapproprié le maintien de l'accord initial. Le contrat stipulait que les deux parties devaient consentir au renouvellement et rien dans la preuve n'indique que le mariage a eu un impact

marriage on the wife's employability or that, at the time of negotiation, she underestimated how long it would take to become self-sufficient. In this sense, the facts in *Moge* are sharply distinguishable. The spousal support release must be assessed in the context of the financial arrangements that were made at the time the agreement was negotiated. Overall, these arrangements sought to redress any disadvantages arising from the marriage while facilitating a disentanglement of their economic lives and promoting finality, autonomy, and self-sufficiency. The wife's evidence regarding her circumstances at the time of her support application fails to demonstrate that the separation agreement fairly negotiated and substantially compliant with the objectives of the Act at its formation is no longer so and therefore should not continue to govern the parties' post-divorce obligations towards each other.

There is no reason to interfere with the Court of Appeal's conclusion that although the trial judge's comments were intemperate and his interventions at times impatient, they do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): In light of the 1985 amendments to the *Divorce Act* and the Court's recent jurisprudence, it is inappropriate to continue to apply the trilogy's approach. The 1985 *Divorce Act* created a fundamentally different statutory environment from the 1968 Act in two key aspects that are inconsistent with the trilogy: (1) the articulation in s. 15.2(6) of four specific spousal support objectives and (2) the inclusion of separation agreements in s. 15.2(4) as one of the factors relevant to the exercise of judicial discretion in an application for corollary relief. These provisions require courts to engage in a more nuanced analysis than that required under the 1968 Act, starting with the s. 15.2(6) spousal support objectives. The structure of s. 15.2(6) dictates that no single objective is paramount and that courts are required to apply all four of the objectives in an application for corollary relief under s. 15.2. The trilogy's requirement of a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage is thus incompatible with the requirements of s. 15.2(6). More broadly, s. 15.2(6) significantly qualifies the role of one of the key philosophies underlying the trilogy's strict threshold: that parties should be required to achieve self-sufficiency quickly and permanently in order to facilitate a "clean break". While self-sufficiency is referenced in s. 15.2(6), it is only one of four objectives. What flows naturally from the language of the 1985 Act is an approach that requires the court to evaluate the parties' agreement at the time of the application for corollary relief to see if it meets the objectives for spousal support enumerated in

préjudiciable à long terme sur la capacité de l'épouse de trouver un emploi ou qu'elle a sous-estimé, au moment de la négociation, le temps qu'il lui faudrait pour devenir autonome. En cela, il faut faire une nette distinction avec les faits de l'arrêt *Moge*. La renonciation aux aliments entre époux doit être évaluée dans le contexte des arrangements financiers conclus au moment de la négociation de l'accord. Globalement, ces arrangements visaient à remédier à tout désavantage résultant du mariage, en plus de désenchevêtrer la situation économique des parties et de favoriser l'autonomie, l'indépendance et le règlement définitif de leurs affaires. La preuve fournie par l'épouse sur sa situation au moment de la demande d'aliments ne démontre pas que l'accord équitablement négocié et qui était conforme pour l'essentiel, au moment de sa formation, aux objectifs de la Loi, ne l'est plus et devrait donc cesser de régir les obligations réciproques des parties après le divorce.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel que les commentaires regrettables du juge de première instance et ses interventions parfois impatientes n'ont pas atteint le niveau requis pour établir une crainte raisonnable de partialité.

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents): Au regard des modifications de la *Loi sur le divorce* et de la jurisprudence récente de la Cour, il n'est pas approprié de continuer à appliquer le critère de la trilogie. La *Loi sur le divorce* de 1985 met en place un régime législatif fondamentalement différent de la Loi de 1968 sous deux aspects incompatibles avec la trilogie : (1) l'énumération, au par. 15.2(6), de quatre objectifs spécifiques à la pension alimentaire et (2) l'inclusion des ententes de séparation, au par. 15.2(4), parmi les facteurs pertinents dans l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire en matière de mesures accessoires. Ces dispositions obligent les tribunaux à entreprendre une analyse plus nuancée que celle que leur imposait la Loi de 1968. Cette analyse débute avec les objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments entre époux. La structure du par. 15.2(6) signifie qu'aucun objectif n'est prédominant et que les tribunaux ont l'obligation d'appliquer les quatre objectifs dans une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2. L'exigence qu'impose la trilogie d'un changement radical et imprévu rattaché au mariage par un rapport de causalité est incompatible avec les prescriptions du par. 15.2(6). De façon plus large, le par. 15.2(6) limite considérablement le rôle d'une des idées essentielles qui inspirent le critère préliminaire strict de la trilogie, la conception voulant que les parties soient tenues de parvenir à l'indépendance économique rapidement et définitivement afin de faciliter une rupture nette entre elles. Même si le par. 15.2(6) fait état de l'indépendance économique, cette dernière ne représente

s. 15.2(6). The support objectives, each of which is predicated on the philosophy of marriage as a socio-economic partnership, can be seen as an attempt to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. The degree to which the agreement realizes these objectives in light of all of the parties' circumstances at the time of the application will be the determining factor in according it "finality". *Moge* and *Bracklow* both espouse a contextual approach to spousal support that is fundamentally inconsistent with the emphasis on absolute autonomy, formal equality, and deemed self-sufficiency that grounded the trilogy's privileging of finality, even at the expense of fairness.

Separation and support agreements are made in a unique context and aim to disentangle complex relationships and interdependencies. They are often negotiated in situations that are emotionally charged. They are also inherently prospective in nature and the parties may have difficulty accurately forecasting how the economic consequences of their marriage and its breakdown will play out over time. In cases of marriage breakdown, it is not appropriate to require that circumstances rise to the level of unconscionability before parties' agreements will be reopened. Separation agreements are formed in environments where the assumptions underpinning the enforceability of freely chosen bargains do not apply to the same extent as in the commercial context. It is typically women who come to the bargaining table as the financially dependent spouse, and hence the more vulnerable party in the negotiating process. The unconscionability test is blind to the subtle ways in which the economic disparities between the parties and the parties' respective familial roles, both of which continue to be gender-based, may play into the negotiating process and significantly influence its outcome. Excessive deference to separation agreements because they are presumed to represent the objective expression of the parties' free will is an undesirable policy. Even the presence of counsel may not be sufficient to redress the problems.

The appropriate threshold for overriding a support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2, based on the language of the statute, is whether the agreement is objectively fair at the time of the application. This gives a court a broad jurisdiction and a duty to ensure that matrimonial agreements prove to be consistent with the objectives of the law. It also allows the

qu'un de ses quatre objectifs. L'approche découlant naturellement du libellé de la Loi de 1985 veut que le tribunal examine l'entente des parties au moment de la requête en mesures accessoires pour vérifier si elle est conforme aux objectifs des aliments entre époux énumérés au par. 15.2(6). Tous fondés sur une philosophie du mariage comme association socio-économique, ces objectifs peuvent être considérés comme une tentative de parvenir à un partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Le degré de conformité de l'entente avec les objectifs, eu égard à la situation des parties au moment où la requête est présentée, détermine son caractère définitif. *Moge* et *Bracklow* préconisent tous deux une démarche contextuelle en matière d'aliments entre époux qui est fondamentalement incompatible avec la primauté donnée par la trilogie à l'autonomie absolue, à l'égalité formelle et à l'indépendance économique présumée, pour privilégier le règlement définitif au détriment de l'équitable.

Les accords de séparation et les ententes alimentaires entre époux sont conclus dans un contexte très particulier et visent à dénouer des relations et des interdépendances complexes. Leur négociation est souvent chargée d'émotivité. Ils sont de nature intrinsèquement prospective et il peut être difficile pour les parties de prévoir exactement les conséquences économiques futures du mariage et de son échec. Dans le cas de l'échec du mariage, on ne doit pas exiger que la situation atteigne le seuil de l'abusif pour réexaminer l'accord des parties. Les accords de séparation interviennent dans un contexte où les postulats sur lesquels repose la force obligatoire d'ententes librement conclues ne s'appliquent pas de la même façon que dans le cadre commercial. C'est la femme qui arrive habituellement comme conjoint financièrement dépendant à la table des négociations, et donc la partie plus vulnérable dans ce processus. Le concept de l'entente abusive ignore les manières subtiles dont les disparités économiques entre les parties et leurs rôles respectifs dans la famille — qui continuent de différer selon le sexe — entrent en jeu dans le processus de négociation et en déterminent largement l'issue. Une déférence excessive à l'égard des ententes alimentaires parce qu'elles sont présumées l'expression objective de la libre volonté des parties n'est pas une politique souhaitable. Même la représentation par un avocat ne suffit pas toujours à remédier à ces problèmes.

Dans le cas d'une requête en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2, le critère d'intervention du tribunal pour écarter une entente alimentaire, selon le libellé de la loi, est fondé sur l'équité objective de l'entente au moment de la requête. Cela confère au tribunal la compétence générale et l'obligation de s'assurer de la conformité des conventions matrimoniales aux objectifs de la

reviewing court to intervene regardless of whether the unfairness at the time of the application stems from the unfairness of the initial agreement; the parties' failure at the time the agreement was negotiated to accurately predict how the economic consequences of the marriage or its breakdown would play out over time; or changes in the parties' circumstances. It places the emphasis on whether the support agreement has in fact brought about an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. With its emphasis on an objective evaluation of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application, this approach is also appropriately responsive to the unique nature of family law agreements. Finally, the objective fairness approach reflects Parliament's driving consideration with respect to support awards: achieving an equitable disentangling of the parties' economic relationship upon marital breakdown. It is inappropriate to allow parties, by way of private agreements, to subvert this statutory policy, and to require courts to sanction this subversion by mandating deference to unfair agreements.

A fair agreement is one that reasonably realizes the objectives codified in s. 15.2(6). The process of determining whether an agreement is fair will of necessity be fact and context specific. This will require trial judges to make case-by-case determinations based on the whole picture of the parties' relationship. Because parties may attempt to achieve economic equity in a variety of ways, the entirety of the parties' financial arrangement upon marital dissolution and not merely the spousal support provisions in their agreement must be considered. For an agreement to merit deference in an application for corollary relief under s. 15.2, it must recognize the parties' lived reality and must genuinely attempt in light of this reality to equitably apportion the economic consequences flowing from the marriage and its breakdown. Provided that at the time of the application the arrangement falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6), it will be enforced. Where an agreement fails to address the dependent spouse's proven need arising from the breakdown of the marriage, however, it is appropriate for the court to intervene on the ground that the agreement is inconsistent with the objectives in s. 15.2(6), even if the agreement achieves some of the parties' other goals in reaching a settlement.

While s. 9(2) recognizes that settlement is to be encouraged, it cannot be read independently from the very specific spousal support objectives outlined in s. 15.2(6). The legislated policy goal is the negotiation of

loi. Il permet aussi au tribunal d'intervenir, que l'injustice existant au moment de la demande résulte de l'iniquité de l'entente initiale ou de l'incapacité des parties, lors de la négociation de l'entente, à prévoir exactement les conséquences économiques du mariage ou de son échec qui se feraient sentir avec le passage du temps, ou encore d'un changement dans la situation des parties. Il met l'accent sur la question de savoir si l'entente alimentaire a opéré en fait une répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. Parce qu'elle met l'accent sur l'évaluation objective du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, cette démarche répond particulièrement bien à la nature particulière des conventions en droit de la famille. Enfin, cette démarche fondée sur l'équité objective reflète bien la décision du législateur de faire du dénouement équitable de la relation économique des parties, au moment de la rupture, la considération principale dans l'octroi de pensions alimentaires. On ne peut permettre aux parties de contourner cette politique législative par le biais d'ententes privées et exiger du tribunal qu'il les cautionne en prescrivant une attitude de déférence envers des ententes injustes.

Une entente est réputée équitable si elle satisfait raisonnablement aux objectifs codifiés au par. 15.2(6). Le processus destiné à déterminer si une entente est équitable se trouve nécessairement axé sur les faits et le contexte. Les juges de première instance doivent procéder à l'examen, cas par cas, de l'ensemble des relations entre les parties. Parce que les parties peuvent tenter de parvenir à l'équité économique de plusieurs manières, il faut examiner dans leur intégralité les arrangements financiers des parties à la dissolution du mariage et pas seulement les clauses alimentaires de l'accord. Pour mériter la déférence du tribunal, lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'entente doit prendre acte de la réalité vécue par les parties et, en accord avec cette réalité, témoigner d'un effort véritable de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Pour que l'entente soit appliquée, il suffira qu'elle respecte le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible à l'égard de la réalisation des objectifs du par. 15.2(6). Lorsqu'un accord ne pallie pas au besoin démontré de l'époux dépendant qui résulte de l'échec du mariage, le tribunal peut intervenir au motif que l'accord est incompatible avec les objectifs du par. 15.2(6), même s'il permet d'atteindre d'autres objectifs que les parties se sont fixés dans la négociation du règlement.

Si le paragraphe 9(2) encourage clairement les règlements, on ne peut l'interpréter indépendamment des objectifs législatifs très précis du soutien alimentaire entre époux qu'énonce le par. 15.2(6). L'objectif de

fair settlements, with fairness evaluated according to the objectives of the 1985 Act. An objective fairness threshold for judicial intervention in spousal support agreements will allow parties considerable freedom to draft an agreement that accords with the s. 15.2(6) objectives and reflects their own preferences, fostering the genuine autonomy and dignity of both spouses. The awareness that reviewing courts will evaluate agreements in terms of the degree to which they realize the objectives in s. 15.2(6) should lead parties to prioritize reaching an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. The inquiry into whether an agreement is objectively fair at the time of the application involves a probing, contextual analysis of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application in order to determine whether the substantive effect of the agreement is an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. The express wording of the 1985 Act and judicial developments since *Pelech* mandate that such agreements aspire to, and in fact achieve, substantive justice.

Here, it is clear the objectives of s. 15.2(6) were not met. The parties recognized the wife's need for an income stream by the existence of the consulting contract and the fact that her need might continue beyond the contract's five-year term; but in providing her with only \$15,000 per annum, the contract failed to address the significant financial deficit created by the loss of her position with the lodge. The resulting inequity was compounded when the husband failed to renew the consulting agreement, despite the fact that the wife was experiencing ongoing need arising in part from the childcare responsibilities that the parties had agreed she would assume both during and after the marriage. In losing her share in the parties' successful business and her employment, the wife disproportionately suffered the economic disadvantages of marriage breakdown.

The wife also suffered disproportionate economic disadvantages arising from the roles that the parties adopted during their marriage, both in their business relationship and in their domestic lives. Because her employment since 1984 had been exclusively with the lodge, she did not leave the marriage with any of the advantages that typically would have flowed from long-term employment outside of the family business, such as seniority or job security. Rather, the limited opportunities that she had to develop marketable skills in the family business will have a long-term impact on her prospects for self-sufficiency. Further, as the primary caregiver the wife's

politique législative est la négociation de règlements équitables, l'équité devant s'apprécier en fonction des objectifs de la Loi de 1985. Un critère préliminaire d'équité objective pour l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux laissera aux parties une grande latitude pour rédiger une entente qui réponde aux objectifs du par. 15.2(6) et qui reflète leurs propres préférences, renforçant ainsi l'autonomie et la dignité réelles des époux. La conscience de l'existence du pouvoir des tribunaux, en cas de demande de révision, d'évaluer les ententes en fonction de leur conformité avec les objectifs du par. 15.2(6) devrait amener les parties à donner priorité à la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. La détermination du caractère objectivement équitable d'une entente au moment de la demande exige une analyse contextuelle approfondie du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, afin de s'assurer que l'entente, dans ses effets réels, répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Le texte exprès de la Loi de 1985 ainsi que les développements jurisprudentiels depuis *Pelech* commandent que ces accords tendent et parviennent à une justice réelle.

Il est clair en l'espèce que les objectifs du par. 15.2(6) n'ont pas été remplis. Les parties ont reconnu que l'épouse aurait besoin d'une source de revenus, comme l'atteste l'existence de l'entente de consultation, et que ce besoin pouvait se prolonger au-delà de la période initiale de cinq ans. Toutefois, en lui assurant un revenu annuel de 15 000 \$ seulement, l'entente était insuffisante pour pallier l'important déficit financier attribuable à la perte de son emploi à l'hôtel. L'injustice résultante a été aggravée par le refus de l'époux de renouveler l'entente de consultation, alors même que l'épouse continuait d'en avoir besoin en raison notamment de ses responsabilités dans le soin des enfants, qu'elle devait assumer pendant et après le mariage, suivant les ententes intervenues entre les parties. En raison de la perte de sa part dans l'entreprise florissante des parties et de celle de son emploi, l'épouse a subi de façon disproportionnée les désavantages économiques de l'échec du mariage.

L'épouse a subi aussi des désavantages économiques disproportionnés attribuables aux rôles assumés par les parties pendant le mariage, tant dans leurs relations d'affaires qu'au foyer. Parce qu'elle avait travaillé depuis 1984 exclusivement pour l'hôtel, elle ne disposait, à la fin du mariage, d'aucun des avantages généralement associés à la détention d'un emploi à long terme à l'extérieur de l'entreprise familiale, tels l'ancienneté ou la sécurité d'emploi. Au contraire, le fait qu'elle n'a eu que peu d'occasions de développer des compétences valables sur le marché du travail, au sein de l'entreprise familiale, affectera négativement à

day-to-day childcare responsibilities will continue to have significant, long-term economic consequences for her, limiting both her opportunities for employment and her future earning capacity, thus impairing her capacity to become economically self-sufficient. The parties' financial arrangements were not appropriately attentive to the objective in s. 15.2(6)(b) of apportioning between the spouses the financial consequences arising from the care of the parties' children, over and above any obligation for the support of the children of the marriage. The wife will have no income stream, other than the support that she receives for her children, for the foreseeable future unless she sells her home or divests herself of her RRSPs. Considered as a whole, then, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6) at the time of the wife's application. It was thus appropriate for the trial judge to intervene and award her corollary relief. While the wife has a responsibility to take steps towards achieving self-sufficiency, this must be understood in light of the fact that she is raising young children on a full-time basis. As the children grow older, her responsibility for finding employment may well increase, and the court retains the jurisdiction to intervene if it becomes clear that she is not making a serious effort to move towards self-sufficiency.

As found by the majority, there is no reason to interfere with the Court of Appeal's conclusion that the trial judge's comments do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

Cases Cited

By Bastarache and Arbour JJ.

Applied: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; **considered:** *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43; **referred to:** *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Santosuosso v. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143.

long terme ses perspectives d'indépendance financière. La charge quotidienne des enfants après la séparation continuera d'entraîner pour l'épouse d'importantes conséquences économiques à long terme, limitant autant ses possibilités d'emploi que sa capacité future de gagner sa vie et compromettant son aptitude à devenir économiquement indépendante. Les arrangements financiers n'ont pas attaché suffisamment d'importance à l'objectif énoncé à l'al. 15.2(6)(b), de répartir entre les époux les conséquences financières qui découlent du soin de leurs enfants en sus de toute obligation alimentaire au profit des enfants. L'épouse ne disposera d'aucune source de revenus autre que la pension alimentaire qu'elle reçoit pour ses enfants, à moins de vendre sa maison ou se départir de ses REER. Examinés dans leur ensemble, les arrangements financiers des parties sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible à propos de la façon de réaliser les objectifs du par. 15.2(6) en matière d'obligation alimentaire entre époux, au moment de la requête de l'épouse. Il convenait donc que le juge de première instance intervienne et fasse droit à sa demande de mesures accessoires. Bien qu'il incombe à l'épouse de prendre des mesures pour parvenir à l'indépendance économique, il faut tenir compte du fait qu'elle s'occupe de ses jeunes enfants à temps plein. À mesure que grandiront ses enfants, sa responsabilité de rechercher un emploi pourra augmenter et le tribunal conserve son pouvoir d'intervention s'il s'avère dans l'avenir qu'elle ne s'efforce pas réellement d'accéder à l'indépendance économique.

En accord avec la majorité, il n'y a aucune raison d'intervenir dans la conclusion de la Cour d'appel que les commentaires du juge de première instance ne sont pas de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité.

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et Arbour

Arrêts appliqués: *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **distinction d'avec les arrêts:** *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; **arrêts examinés:** *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43; **arrêts mentionnés:** *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Santosuosso c. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143.

By LeBel J. (dissenting)

Pelech v. Pelech, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Santosuosso v. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143; *Wilkinson v. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066; *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34; *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735; *D.V. v. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309; *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Mundinger v. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338, aff'd (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n; *Champagne v. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 414 et seq.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) [am. 1997, c. 1], ss. 9(2), 15.2(1) [formerly s. 15(2)], 15.2(4) [formerly s. 15(5)], 15.2(6) [formerly s. 15(7)], 17, 17(1), 17(4.1) [formerly s. 17(4)], 17(7).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 5, 33(4).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 15 to 20.

Authors Cited

Bailey, Martha J. “*Pelech, Caron, and Richardson*” (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615.
 Bala, Nicholas. “Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: ‘A Deal is a Deal’” (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1.
 Bala, Nicholas, and Kirsten Chapman. “Separation Agreements & Contract Law: From the Trilogy to Miglin”, in *Child & Spousal Support Revisited*, tab 1. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2002.
 Belley, Jean-Guy. *Le contrat entre droit, économie et société: Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Durnford, John W., and Stephen J. Toope. “Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation” (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Pelech c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Santosuosso c. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143; *Wilkinson c. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066; *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34; *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735; *D.V. c. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309; *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Mundinger c. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338, conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n; *Champagne c. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 414 et suiv.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 15 à 20.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) [mod. 1997, ch. 1], art. 9(2), 15.2(1) [anciennement art. 15(2)], 15.2(4) [anciennement art. 15(5)], 15.2(6) [anciennement art. 15(7)], 17, 17(1), 17(4.1) [anciennement art. 17(4)], 17(7).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 5, 33(4).

Doctrine citée

Bailey, Martha J. « *Pelech, Caron, and Richardson* » (1989-90), 3 *R.j.f.d.* 615.
 Bala, Nicholas. « Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy : ‘A Deal is a Deal’ » (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1.
 Bala, Nicholas, and Kirsten Chapman. « Separation Agreements & Contract Law : From the Trilogy to Miglin », in *Child & Spousal Support Revisited*, tab 1. Toronto : Barreau du Haut-Canada, 2002.
 Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie* (en vigueur le 1^{er} novembre 2000), règles 2.02(2), (3).
 Belley, Jean-Guy. *Le contrat entre droit, économie et société: Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

- Friedman, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002.
- Goubau, Dominique. "La situation depuis la trilogie *Pelech*", dans *Droit de la famille québécois*, vol. 2. Farnham, Qué.: Publications CCH/FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour 2001).
- Goubau, Dominique. "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279.
- Grant, Stephen M. "The End of Finality" (1997), 27 *R.F.L.* (4th) 252.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct* (effective November 1, 2000), rules 2.02(2), (3).
- Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.
- McLachlin, Beverley. "Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131.
- McLeod, James G. Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 *R.F.L.* (4th) 216.
- McLeod, James G. Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 *R.F.L.* (5th) 120.
- Menear, Mike. "*Miglin v. Miglin* — Judicial Assault on Individual Liberty" (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119.
- Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Dealing with Family Law: A Canadian Guide*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1993.
- Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. "Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*" (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49.
- Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. "Separation Agreements Post-*Moge, Willick* and *L.G. v. G.B.*: A New Trilogy?" (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51.
- Stotland, Gerald, and Margo R. Siminovitch. "Renunciation to Spousal Support — The Great Escape" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159.
- Young, Alison Harvison. "The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 749.
- Durnford, John W., and Stephen J. Toope. « Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation » (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1.
- Friedman, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven : Yale University Press, 2002.
- Goubau, Dominique. « La situation depuis la trilogie *Pelech* », dans *Droit de la famille québécois*, vol. 2. Farnham, Qué. : Publications CCH/FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour 2001).
- Goubau, Dominique. « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada » (1993), 72 *R. du B. can.* 279.
- Grant, Stephen M. « The End of Finality » (1997), 27 *R.F.L.* (4th) 252.
- Martin, Craig. « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *R.D.U.T.* 135.
- McLachlin, Beverley. « Spousal Support : Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131.
- McLeod, James G. Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 *R.F.L.* (4th) 216.
- McLeod, James G. Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 *R.F.L.* (5th) 120.
- Menear, Mike. « *Miglin v. Miglin* — Judicial Assault on Individual Liberty » (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119.
- Neave, Marcia. « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law' » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Dealing with Family Law : A Canadian Guide*. Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1993.
- Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49.
- Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. « Separation Agreements Post-*Moge, Willick* and *L.G. v. G.B.* : A New Trilogy? » (1999), 16 *Rev. can. d. fam.* 51.
- Stotland, Gerald, and Margo R. Siminovitch. « Renunciation to Spousal Support — The Great Escape » (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159.
- Young, Alison Harvison. « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 749.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 53 O.R. (3d) 641, 198 D.L.R. (4th) 385, 16 R.F.L. (5th) 185, 144 O.A.C. 155, [2001] O.J. No. 1510 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (1999), 3 R.F.L. (5th) 106, [1999] O.J. No. 5011 (QL). Appeal allowed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 641, 198 D.L.R. (4th) 385, 16 R.F.L. (5th) 185, 144 O.A.C. 155, [2001] O.J. No. 1510 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (1999), 3 R.F.L. (5th) 106, [1999] O.J. No. 5011 (QL). Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Nicole Tellier and Kelly D. Jordan, for the appellant.

Philip M. Epstein, Q.C., Aaron M. Franks and Ilana I. Zylberman, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

BASTARACHE AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

1 This appeal concerns the proper approach to determining an application for spousal support pursuant to s. 15.2(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (“1985 Act”), where the spouses have executed a final agreement that addresses all matters respecting their separation, including a release of any future claim for spousal support. Accordingly, this appeal presents the Court with an opportunity to address directly the question of the continued application of the *Pelech* trilogy (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892) in light of the significant legislative and jurisprudential changes that have taken place since its facts arose and since its release.

2 In broader terms, the appeal raises the question of the proper weight to be given to any type of spousal support agreement that one of the parties subsequently wishes to have modified through an initial application in court for such support. In that sense, the matter is not restricted to spousal support agreements that contain a time-limited support arrangement or to agreements which contain a full and final release from support obligations by one or both parties.

3 The parties to this appeal, now divorced, entered into a final agreement that sought to settle all of their financial and personal affairs surrounding the breakdown of their marriage. In addition to property equalization, custody, access and support of their children, and a commercial contract between the respondent and the appellant’s company, the parties

Nicole Tellier et Kelly D. Jordan, pour l’appellant.

Philip M. Epstein, c.r., Aaron M. Franks et Ilana I. Zylberman, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET ARBOUR —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur la façon de statuer sur une demande d’aliments entre époux en vertu du par. 15.2(1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (« Loi de 1985 »), lorsque les époux ont conclu une entente définitive réglant toutes les questions relatives à leur séparation et comprenant notamment une renonciation à toute créance future d’aliments entre époux. Le pourvoi permet donc à la Cour d’aborder directement la question du maintien de l’application de la trilogie *Pelech* (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892) compte tenu des changements importants, tant législatifs que jurisprudentiels, survenus depuis ces trois arrêts et depuis les faits à leur origine.

Plus généralement, le pourvoi soulève la question du poids à accorder à tout type d’entente alimentaire entre conjoints que l’une des parties cherche ensuite à faire modifier en saisissant le tribunal d’une demande initiale d’aliments. En ce sens, la question ne se limite pas aux ententes alimentaires de durée limitée, ou aux accords comportant une renonciation totale et définitive, de l’une ou des deux parties, à toute créance alimentaire.

Les parties au pourvoi, aujourd’hui divorcées, ont signé un accord définitif destiné à régler toutes les affaires financières et personnelles liées à la rupture de leur mariage. Outre l’égalisation des biens, la garde, les droits de visite et la pension alimentaire de leurs enfants, ainsi qu’un contrat commercial entre l’intimée et la société de l’appelant, les

agreed to release one another from any claims to spousal support. This Court must determine the proper weight to be accorded that agreement where one party subsequently makes an application for spousal support under the *Divorce Act*.

As we explain below, we believe that a fairly negotiated agreement that represents the intentions and expectations of the parties and that complies substantially with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight. In an originating application for spousal support, where the parties have executed a pre-existing agreement, the court should look first to the circumstances of negotiation and execution to determine whether the applicant has established a reason to discount the agreement. The court would inquire whether one party was vulnerable and the other party took advantage of that vulnerability. The court also examines whether the substance of the agreement, at formation, complied substantially with the general objectives of the Act. As we elaborate later, these general objectives include not only an equitable sharing of the consequences of the marriage breakdown under s. 15.2, but also certainty, finality and autonomy. Second, the court would ask whether, viewed from the time the application is made, the applicant has established that the agreement no longer reflects the original intention of the parties and whether the agreement is still in substantial compliance with the objectives of the Act. In contrast, the trial judge's and the Court of Appeal's approaches failed to value a determination by the parties as to what is mutually acceptable to them. We would thus allow this appeal.

The appellant also asks this Court to determine whether the comments and interventions of the trial judge give rise to a reasonable apprehension of bias. We will deal with these two major issues in reverse order.

II. Background

Linda and Eric Miglin separated in 1993 after 14 years of marriage. At the time of separation, they

parties ont convenu de se libérer mutuellement de toute créance alimentaire entre conjoints. La Cour doit se prononcer sur le poids à donner à cet accord lorsqu'une partie introduit par la suite une demande de pension alimentaire à son profit en vertu de la *Loi sur le divorce*.

Comme nous l'expliquons plus loin, nous pensons qu'il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. Dans le cadre d'une demande initiale d'aliments entre époux et en présence d'un accord préexistant, le tribunal doit examiner d'abord les circonstances de la négociation et de la conclusion de l'accord afin de décider si le demandeur a établi un motif pour l'écarter. Le tribunal examine si l'une des parties était vulnérable et si l'autre a profité de sa vulnérabilité. Le tribunal détermine également si les dispositions de l'accord, au moment où il a été conclu, étaient essentiellement conformes aux objectifs généraux de la Loi. Nous verrons plus loin que ces objectifs généraux englobent non seulement le partage équitable des conséquences de l'échec du mariage, selon l'art. 15.2, mais aussi la certitude, le règlement définitif et l'autonomie. Deuxièmement, le tribunal décide si, au moment de la présentation de sa demande, le demandeur a démontré que l'accord ne reflète plus l'intention initiale des parties, et si l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. Par contraste, le juge de première instance et la Cour d'appel, dans leur approche, n'ont pas accordé de valeur à ce que les parties ont considéré comme leur étant mutuellement acceptable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

L'appelant demande aussi à la Cour de décider si les commentaires et les interventions du juge de première instance font naître une crainte raisonnable de partialité. Nous traitons de ces deux grandes questions dans l'ordre inverse.

II. Les faits

Linda et Eric Miglin se sont séparés en 1993 après 14 ans de mariage. Au moment de la

4

5

6

were 41 and 43 years old respectively and had four children aged 2 to 7½ years.

séparation, ils avaient respectivement 41 et 43 ans, et leurs quatre enfants étaient âgés de 2 à 7 ans et demi.

7

Not surprisingly, the gloss with which the parties paint their marriage and their accounts of the roles and responsibilities assumed by each of them differ. Mr. Miglin claims that theirs was a modern marriage where both spouses were also equal business partners, with Ms. Miglin advancing her career and education during the marriage. Ms. Miglin characterizes the marriage as “traditional”, with Mr. Miglin managing the family’s finances, making the financial decisions and giving her money when she needed it, while she was responsible for raising the children and “helping out” with the family business. Although the characterizations differ, the basic facts are not in dispute.

Les parties brossent des tableaux différents de leur mariage et des rôles et responsabilités assumés par chacun, ce qui est à peine surprenant. M. Miglin soutient que leur mariage était un mariage moderne où les deux époux étaient aussi partenaires égaux en affaires, M^{me} Miglin progressant dans sa carrière et ses études au cours du mariage. M^{me} Miglin qualifie le mariage de [TRADUCTION] « traditionnel », dans lequel M. Miglin gérait les finances de la famille, prenait les décisions financières et lui donnait de l’argent lorsqu’elle en avait besoin, tandis qu’elle se chargeait d’élever les enfants et [TRADUCTION] « donnait un coup de main » à l’exploitation de l’entreprise familiale. Bien que les interprétations diffèrent, les faits importants ne sont pas en litige.

8

The couple met while both were employed at the Toronto Dominion Bank. Ms. Miglin was employed in an administrative capacity. Mr. Miglin was employed as a management trainee, having recently completed his Master’s degree in Business Administration at Harvard University. Mr. Miglin left the Bank to operate concession stores in Algonquin Park. Ms. Miglin accepted his invitation to come help with the concessions and left her employment with the Bank to join him. They married a year later, in 1979. By 1983, Ms. Miglin had completed a Bachelor of Arts degree from the University of Toronto.

Les époux font connaissance lorsqu’ils travaillent tous deux à la Banque Toronto Dominion. M^{me} Miglin occupe un poste de nature administrative. M. Miglin est stagiaire en gestion, venant de terminer sa maîtrise en administration des affaires à l’Université Harvard. M. Miglin quitte la banque pour exploiter des concessions dans le parc Algonquin. M^{me} Miglin accepte son invitation à venir l’aider à exploiter les concessions et quitte son emploi à la banque pour le rejoindre. Ils se marient l’année suivante, en 1979. En 1983, M^{me} Miglin termine son baccalauréat ès arts à l’Université de Toronto.

9

In 1984 the couple purchased the Killarney Lodge resort in northern Ontario. Mr. and Ms. Miglin were equal shareholders in the business Killarney Lodge Limited (the “Lodge”). Mr. Miglin was responsible for the financial and business aspects of the Lodge. Ms. Miglin was responsible for its day-to-day operations. Ms. Miglin characterizes this division of labour as mirroring the traditional roles each assumed in the marriage. The trial judge found that Ms. Miglin was an “effective and important component in the hotel business”, and was equally responsible for its success. At the time of separation, Mr. and Ms. Miglin each received a salary of \$80,500 from the net profits of the Lodge. These salaries

En 1984, le couple fait l’acquisition du centre de villégiature Killarney Lodge, dans le nord de l’Ontario. M. et M^{me} Miglin sont actionnaires à parts égales de l’entreprise Killarney Lodge Limited (« l’hôtel »). M. Miglin s’occupe des affaires financières et commerciales de l’hôtel. M^{me} Miglin veille à son fonctionnement quotidien. Selon M^{me} Miglin, cette division du travail reflète les rôles traditionnels que chacun a assumés pendant le mariage. Le juge de première instance conclut que M^{me} Miglin jouait un [TRADUCTION] « rôle véritable et important dans l’entreprise hôtelière » et que le succès de l’hôtel lui est attribuable autant qu’à son époux. Au moment de la séparation, M. et M^{me} Miglin recevaient chacun

represented roughly one half of the declared earnings of the business.

During the marriage and before the children reached school age, the parties lived and worked at the Lodge from May to October. They hired a babysitter to look after the children while they worked. During the off-season months of November to April, the Miglins lived in Toronto. Once some of the children reached school age, Ms. Miglin commuted back and forth between Killarney and Toronto to accommodate the children's schedules. Ms. Miglin was the children's primary caregiver.

The parties separated in 1993. They both retained independent legal counsel and began the difficult process of negotiating a comprehensive separation agreement. Counsel were actively involved, and it is clear from their correspondence that both counsel were well informed of the latest developments in the law. After negotiating for 15 months, the parties executed a Separation Agreement dated June 1, 1994. Attached as Schedules to the Separation Agreement are a Parenting Plan and a Consulting Agreement between Ms. Miglin and the Lodge.

The Separation Agreement was intended, in its own words, "to settle, by agreement, all rights, claims, demands and causes of action that each has or may have against the other including, but not limited to claims of every nature with respect to property and support". The Separation Agreement runs to 32 pages and includes 41 numbered headings. The Separation Agreement addressed, among other things, Mr. Miglin's and Ms. Miglin's living arrangements, custody, child support, medical and dental coverage, personal property, the Lodge, another corporation owned by Mr. Miglin, debts, variation and non-compliance. The Separation Agreement is a sophisticated legal document and contains, for example, explicit provisions contingent on the outcome in the appeal to this Court respecting tax treatment of child support in *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

un salaire de 80 500 \$ tiré des bénéfices nets produits par l'hôtel. Ces salaires correspondaient à la moitié environ des gains déclarés de l'entreprise.

Durant le mariage et avant que les enfants atteignent l'âge scolaire, les époux vivent et travaillent à l'hôtel de mai à octobre. Ils ont embauché une gardienne pour s'occuper des enfants pendant qu'ils travaillent. En basse saison, c'est à dire de novembre à avril, les Miglin vivent à Toronto. Dès que certains des enfants atteignent l'âge scolaire, M^{me} Miglin fait la navette entre Killarney et Toronto afin de composer avec les horaires des enfants. C'est M^{me} Miglin qui s'est principalement occupée des enfants.

Les parties se séparent en 1993. Elles retiennent chacune les services d'avocats indépendants et amorcent le difficile processus de négociation d'un accord de séparation global. Les avocats prennent activement part à ce processus et il ressort clairement de leur correspondance qu'ils sont bien au fait des derniers développements du droit. Après 15 mois de négociation, les parties signent un accord de séparation en date du 1^{er} juin 1994. Sont jointes en annexe à l'accord une entente sur la prise en charge des enfants (« plan parental ») et une entente de consultation entre M^{me} Miglin et l'hôtel.

L'accord de séparation vise expressément [TRADUCTION] « à régler, par entente, tout droit, toute créance, demande et cause d'action que l'un peut faire valoir contre l'autre, y compris — mais sans s'y limiter — tout type de créance relative aux biens ou aux aliments ». L'accord de séparation compte 32 pages et 41 rubriques numérotées. Il traite, entre autres choses, des arrangements pris par M. Miglin et M^{me} Miglin concernant leurs dispositions domestiques, la garde, la pension alimentaire aux enfants, les soins médicaux et dentaires, les biens personnels, l'hôtel, une autre société appartenant à M. Miglin, les dettes, la modification et l'inobservation de l'accord. L'accord de séparation est un document juridique complexe qui contient, par exemple, des dispositions expresses applicables en fonction de l'issue du pourvoi *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, relatif au traitement fiscal des pensions alimentaires pour enfants.

10

11

12

13

The Separation Agreement included a full and final release of any future spousal support claims. The release reads as follows:

10. RELEASE OF SPOUSAL SUPPORT

a. The Husband and the Wife each agree that neither shall be obliged to make any payment or payments in the nature of support, or any similar payment, whether periodic or by way of lump sum, directly or indirectly, to or for the benefit of the other. Without restricting the generality of the foregoing, the Husband and the Wife further agree that neither of them shall maintain, commence or prosecute or cause to be maintained, commenced or prosecuted any action against the other of them for support or interim support pursuant to the Family Law Act, the Succession Law Reform Act or any comparable Provincial legislation in force from time to time, or the Divorce Act, or any successor or similar legislation whereby a spouse or former spouse is given a cause of action against his or her spouse or the spouse's estate for relief in the nature of support.

b. The Wife specifically abandons any claims she has or may have against the Husband for her own support. The Wife acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to her by her solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Husband's death shall the Wife seek support for herself, regardless of the circumstances.

c. The Husband specifically abandons any claims he has or may have against the Wife for his own support. The Husband acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to him by his solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Wife's death shall the Husband seek support for himself, regardless of the circumstances.

d. The parties are aware that this is a final Agreement and intended to be a final break between them. No further claims will be made against either party by the other arising from the marriage or upon the dissolution thereof, including any claims under Section 15 of the Divorce Act or upon the death of one of them. Both parties are aware of the possibilities of fluctuation in their respective incomes and assets, are cognizant of the possible increases and decreases in the cost of living and are aware that radical, material, profound or catastrophic

L'accord de séparation comporte une renonciation totale et définitive à toute créance alimentaire future entre conjoints :

[TRADUCTION]

10. RENONCIATION AUX ALIMENTS ENTRE CONJOINTS

a. L'époux et l'épouse conviennent que ni l'un ni l'autre ne sera tenu à aucun paiement de pension alimentaire ou de la nature d'une pension alimentaire, sous forme de paiements échelonnés ou de somme forfaitaire, directement ou indirectement, à l'autre époux ou au bénéfice de celui-ci. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, l'époux et l'épouse conviennent en outre que ni l'un ni l'autre ne pourra intenter ou poursuivre ou faire intenter ou poursuivre une action contre l'autre en vue d'obtenir une pension alimentaire ou une pension provisoire conformément à la Loi sur le droit de la famille, la Loi portant réforme du droit des successions, ou autre texte législatif provincial comparable, ou la Loi sur le divorce, ou toute autre loi semblable ou la remplaçant, qui accorderait au conjoint ou à l'ancien conjoint une cause d'action contre son conjoint ou sa succession en vue d'une réparation sous forme d'aliments.

b. L'épouse renonce expressément à tout droit qu'elle a ou pourrait avoir contre l'époux pour ses aliments. L'épouse reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son époux, l'épouse ne cherchera à obtenir une pension pour elle-même, indépendamment des circonstances.

c. L'époux renonce expressément à tout droit qu'il a ou pourrait avoir contre l'épouse pour ses aliments. L'époux reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son épouse, l'époux ne cherchera à obtenir une pension pour lui-même, indépendamment des circonstances.

d. Les parties sont conscientes que la présente est une convention définitive visant à constituer une rupture définitive entre elles. Aucune des parties ne fera valoir contre l'autre d'autres créances résultant du mariage ou de sa dissolution, y compris toute créance visée à l'article 15 de la Loi sur le divorce ou à la suite du décès de l'une des parties. Les parties reconnaissent que leurs revenus respectifs et la valeur de leurs biens respectifs peuvent fluctuer; elles savent que le coût de la vie peut augmenter ou diminuer, sont conscientes de la possibilité d'être

changes may affect either of them. Each party is prepared to accept the terms of this Agreement as a full and final settlement and waive all further claims against the other, except a claim to enforce the terms of this Agreement or for dissolution of their marriage. The parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage. No pattern of economic dependency has been established in their marriage.

e. The parties agree that the divorce judgment shall be silent as to spousal support.

The Separation Agreement appears exhaustive in its attempts to disentangle the economic affairs of Mr. Miglin and Ms. Miglin. Besides the full and final release of any spousal support, the Separation Agreement also includes a pension plan release and release of estates.

The Parenting Plan provided that the parents would share responsibility for the children, but that the primary residence of the four children was to be with Ms. Miglin. By the time of the trial, the eldest child was residing with Mr. Miglin.

When Mr. Miglin and Ms. Miglin separated, both the Lodge and the matrimonial home had net values of approximately \$500,000. The Separation Agreement provided that Ms. Miglin would transfer to Mr. Miglin her one-half interest in the Lodge in exchange for the transfer to her of his one-half interest in the matrimonial home. Mr. Miglin agreed to assume sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home. The Separation Agreement also provided that Ms. Miglin would receive child support in the amount of \$1,250 per child, per month, for an annual total of approximately \$60,000, taxable in her hands and tax-deductible to Mr. Miglin, subject to an annual cost of living increase.

The Consulting Agreement, executed between the Lodge and Ms. Miglin, provided Ms. Miglin with an annual salary of \$15,000, subject to a cost of living increase. The Consulting Agreement required Ms. Miglin to perform services detailed in the contract, including maintenance of the mailing

touchées par des changements radicaux, importants, profonds ou catastrophiques. Les parties sont disposées à accepter les modalités de la présente convention, qu'elles reconnaissent comme réglant intégralement et définitivement leurs affaires, et renoncent à toute autre créance qu'elles pourraient faire valoir contre l'autre, sauf en ce qui concerne l'application des modalités de la présente convention ou la dissolution de leur mariage. Les parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage. Leur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique.

e. Les parties conviennent que le jugement de divorce sera muet sur la question des aliments entre conjoints.

L'accord de séparation paraît avoir complètement débrouillé les intérêts économiques de M. Miglin et de M^{me} Miglin. Outre la renonciation totale et définitive à tout aliment entre conjoints, l'accord prévoit aussi la renonciation des parties à tout droit sur les régimes de pensions et les successions.

Le plan parental prévoyait que les parents se partageraient la responsabilité des enfants, mais que la résidence principale des quatre enfants serait chez M^{me} Miglin. Au moment du procès, l'aînée des enfants demeurait chez M. Miglin.

Quand M. et M^{me} Miglin se sont séparés, la valeur nette de l'hôtel et du foyer conjugal était d'environ 500 000 \$ chacun. L'accord de séparation stipulait que M^{me} Miglin cédait à M. Miglin son intérêt de moitié dans l'hôtel en contrepartie de l'intérêt de moitié qu'il détenait dans le foyer conjugal. M. Miglin acceptait d'assumer la responsabilité exclusive de l'hypothèque grevant le foyer conjugal. L'accord prévoyait de plus que M^{me} Miglin recevrait une pension alimentaire mensuelle de 1 250 \$ pour chaque enfant, pour un montant total d'environ 60 000 \$ par année, imposable entre ses mains et déductible pour M. Miglin, avec une majoration annuelle au coût de la vie.

L'entente de consultation entre l'hôtel et M^{me} Miglin, prévoyait le versement à M^{me} Miglin d'un salaire annuel de 15 000 \$, avec majoration au coût de la vie. Cette entente prévoyait la prestation de certains services par M^{me} Miglin, énumérés dans le contrat, y compris la mise à jour de la liste de

14

15

16

17

list, preparation of an annual newsletter, advertising and promotion, and attendance at trade shows. The contract was for a term of five years with an option to renew on the consent of both parties.

18 The parties' Divorce Judgment was granted effective January 23, 1997. It was silent with respect to spousal support, child support, and child custody and access arrangements.

19 After entering into the Separation Agreement, the parties were able to maintain an amicable relationship and an *ad hoc* parenting arrangement developed. Consequently, the parties did not adhere rigidly to the access arrangements set out in the Parenting Plan. The parties' relationship deteriorated in 1997, however, when Ms. Miglin underwent a religious conversion and sold the matrimonial home in Toronto to move to Thornhill, Ontario. Ms. Miglin eventually sought and received an order preventing Mr. Miglin from attending at the children's school. This order was later rescinded, but attests to the degree of animosity that arose between the parties. It is in the midst of this turmoil that in June 1998 Ms. Miglin brought an application for sole custody, child support and spousal support.

III. Relevant Statutory Provisions

20 *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

(i) the wife . . .

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

distribution, la préparation d'un bulletin d'information annuel, la publicité, les annonces et la présence à des foires commerciales. Le contrat, assorti d'une option de renouvellement par consentement mutuel, avait une durée de cinq ans.

Le jugement de divorce des parties est prononcé le 23 janvier 1997. Le jugement est muet sur la question des aliments au profit des conjoints et des enfants, tout comme sur la garde des enfants et les droits de visite.

Après avoir conclu l'accord de séparation, les parties réussissent à maintenir une relation amicale et à aménager leurs responsabilités parentales. Elles n'adhèrent donc pas rigoureusement aux modalités d'accès prévues dans le plan parental. La relation entre les parties se détériore cependant en 1997, lorsque M^{me} Miglin se convertit à une religion et vend le foyer conjugal à Toronto pour s'installer à Thornhill (Ontario). Par la suite, M^{me} Miglin sollicite et obtient une ordonnance interdisant à M. Miglin de se présenter à l'école des enfants. Cette ordonnance est annulée plus tard, mais elle témoigne du degré d'animosité entre les parties. C'est au cours de cette période de bouleversements que M^{me} Miglin demande, en juin 1998, la garde exclusive des enfants, des aliments au profit des enfants et des aliments à son profit.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacun d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir :

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) de l'épouse . . .

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) the husband . . .

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), as amended

9. . . .

(2) It is the duty of every barrister, solicitor, lawyer or advocate who undertakes to act on behalf of a spouse in a divorce proceeding to discuss with the spouse the advisability of negotiating the matters that may be the subject of a support order or a custody order and to inform the spouse of the mediation facilities known to him or her that might be able to assist the spouses in negotiating those matters.

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

. . .

(4) In making an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2), the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including

- (a) the length of time the spouses cohabited;
- (b) the functions performed by each spouse during cohabitation; and
- (c) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

. . .

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(i) du mari . . .

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), modifiée

9. . . .

(2) Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation.

15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

. . .

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

- a) la durée de la cohabitation des époux;
- b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
- c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

. . .

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

- a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

(b) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;

(c) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses;

. . .

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

. . .

(7) A variation order varying a spousal support order should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;

(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

21

Tobias J. held that under an application for corollary relief under s. 15 of the 1985 Act, the

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

. . .

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

. . .

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux vise :

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

IV. Historique des procédures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

Le juge Tobias statue que, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15

court is only required to determine whether the Separation Agreement is consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). He rejected the argument that the court is required to determine a threshold issue relating to a change of circumstances. Tobias J. found that the Separation Agreement treated Ms. Miglin unfairly and commented that he considered the Consulting Agreement to be “thinly veiled spousal support” orchestrated to provide a tax advantage for Mr. Miglin. Based on his finding that Mr. Miglin had an annual income of \$200,000, Tobias J. awarded Ms. Miglin spousal support in the amount of \$4,400 per month for a term of five years. He ordered Mr. Miglin to pay monthly child support in the amount of \$3,000, based on the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, ss. 15-20, amount applicable for his income, for the remaining three children residing primarily with Ms. Miglin.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 53 O.R. (3d) 641

Abella J.A., for the court, held that in light of the new language of the 1985 Act (as compared to the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 (“1968 Act”)) and the revised approach to spousal support developed by this Court, the *Pelech* trilogy no longer applied. She adopted a two-stage inquiry for the variation of a subsisting support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2. The first, threshold stage is to determine whether there has been a material change in circumstances. This change need not be causally connected to the marriage. Once the material change threshold is met, the second stage requires the court to determine the amount of spousal support justified (under the statutory principles set out in s. 15 of the 1985 Act and subsequent Supreme Court jurisprudence).

Applying her analysis to the facts of this case, she held that the material change threshold was met

de la Loi de 1985, le tribunal doit seulement déterminer si l'accord de séparation est conforme aux principes et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Il rejette l'argument que le tribunal doit trancher une question préliminaire relative à un changement survenu dans la situation des parties. Le juge Tobias conclut que l'accord de séparation est inéquitable envers M^{me} Miglin et observe qu'à son avis l'entente de consultation n'est rien de plus qu'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » destinée à conférer un avantage fiscal à M. Miglin. Ayant constaté que M. Miglin a un revenu annuel de 200 000 \$, le juge Tobias accorde à M^{me} Miglin une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pendant cinq ans. Le juge ordonne à M. Miglin de verser une pension alimentaire pour les trois enfants résidant encore principalement chez M^{me} Miglin, dont le montant de 3 000 \$ par mois est basé sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, art.15-20, applicables à son niveau de revenu.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 53 O.R. (3d) 641

La juge Abella, au nom de la Cour d'appel, conclut que, compte tenu du nouveau libellé de la Loi de 1985 (comparativement à la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 (« Loi de 1968 »)) et de la nouvelle approche adoptée par notre Cour sur la question des aliments entre époux, la trilogie *Pelech* ne s'applique plus. La juge adopte une analyse en deux étapes pour se prononcer sur la modification d'une entente alimentaire en vigueur, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires déposée aux termes de l'art. 15.2. La première, l'étape préliminaire, consiste à déterminer si la situation a changé de façon importante. Il n'est pas nécessaire que ce changement ait un lien de causalité avec le mariage. Dès qu'il est satisfait au critère préliminaire du changement important, la seconde étape de l'analyse consiste à fixer le montant justifié de la pension alimentaire (selon les principes exposés à l'art. 15 de la Loi de 1985 et dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême).

Appliquant son analyse aux faits de l'espèce, la juge Abella conclut que le critère préliminaire du

through a combination of two factors: Ms. Miglin's child-care responsibilities had increased as compared to what was initially anticipated and the Consulting Agreement was terminated. Abella J.A. agreed with Tobias J. that the Consulting Agreement was "thinly disguised" spousal support. Abella J.A. upheld the trial judge's quantum of spousal support but removed the five-year term. The amount of child support was adjusted based on a concession by Ms. Miglin that Mr. Miglin's income was \$186,130 annually. This resulted in a reduction in the monthly amount of child support for the three children from \$3,000 to \$2,767.

- 24 Abella J.A. rejected Mr. Miglin's argument that the trial judge's comments and interventions had raised a reasonable apprehension of bias.

V. Analysis

A. *Reasonable Apprehension of Bias*

- 25 Mr. Miglin urged this Court to order a new trial on the basis that the interventions by the trial judge throughout the proceedings, by reason of their frequency, timing, content and tone, gave the trial an unmistakable appearance of unfairness.

- 26 The appropriate test for reasonable apprehension of bias is well established. The test, as cited by Abella J.A., is whether a reasonable and informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, viewing the matter realistically and practically, would conclude that the judge's conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 111, per Cory J.; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pp. 394-95, per de Grandpré J. A finding of real or perceived bias requires more than the allegation. The onus rests with the person who is alleging its existence (*S. (R.D.)*, at para. 114). As stated by Abella J.A., the assessment is difficult and requires a careful and thorough examination of the proceeding. The record must be considered in its entirety to determine the cumulative effect of any transgressions or improprieties. We see no reason to interfere

changement important est rempli par l'effet combiné de deux facteurs : les responsabilités de M^{me} Miglin dans le soin des enfants ont augmenté par rapport à ce qui avait été initialement prévu et l'entente de consultation a pris fin. La juge Abella est d'accord avec le juge Tobias que l'entente de consultation était une pension alimentaire à peine déguisée. Elle confirme le montant de la pension alimentaire qu'avait fixé le juge de première instance, mais annule la limite de cinq ans. M^{me} Miglin ayant reconnu que le revenu annuel de M. Miglin était de 186 130 \$, le montant de la pension alimentaire mensuelle pour les trois enfants est réduite de 3 000 \$ à 2 767 \$.

La juge Abella rejette l'argument de M. Miglin selon lequel les commentaires et les interventions du juge de première instance soulevaient une crainte raisonnable de partialité.

V. Analyse

A. *La crainte raisonnable de partialité*

M. Miglin demande à la Cour d'ordonner un nouveau procès au motif que les interventions du juge de première instance, par leur fréquence, leur contenu, leur ton et le moment choisi, ont donné au procès une apparence incontestable d'iniquité.

Le critère applicable à la crainte raisonnable de partialité est bien établi. Comme en fait état la juge Abella, il s'agit de savoir si une personne raisonnable et bien renseignée, qui serait au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes et qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait que la conduite du juge fait naître une crainte raisonnable de partialité : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 111, le juge Cory; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394-395, le juge de Grandpré. Une allégation ne suffit pas pour conclure à une partialité réelle ou perçue. La personne qui allègue la partialité doit en établir l'existence (*S. (R.D.)*, par. 114). Comme le souligne la juge Abella, la question est difficile à évaluer et nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance. Il faut considérer l'ensemble du dossier afin de déterminer l'effet cumulatif des transgressions ou irrégularités. Nous ne voyons

with the Court of Appeal's assessment of the record, nor with its conclusion that although the trial judge's comments were intemperate and his interventions at times impatient, they do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

We wish to stress, however, how critical it is for trial judges to maintain at all times an appearance of impartiality and fairness when presiding over acrimonious matrimonial disputes. Trying as the conduct of the parties may be, trial judges must be alive to the emotionally charged nature of the proceedings. Parties to litigation of this kind may feel particularly vulnerable and sensitive. Trial judges should measure the wisdom of their interventions accordingly.

B. *Spousal Support*

As mentioned earlier in these reasons, this appeal is concerned with the continued application of the *Pelech* trilogy. The three cases making up this trilogy were decided immediately after the promulgation of the 1985 Act, but dealt with situations governed by the 1968 Act. Those cases establish a change-based test under which a court is permitted to override a final agreement on spousal support only where there has been a significant change in circumstances since the making of the agreement. The test establishes a threshold that is defined as a radical and unforeseen change that is causally connected to the marriage. It does not deal with the fairness of the agreement or its attention to the objectives of the *Divorce Act*. It is designed to promote certainty and to facilitate a clean break in the relationship of the parties, focussing on individual autonomy and respect for contracts. Since the release of the trilogy, the law of spousal support has evolved. A compensatory approach was adopted in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813. A more nuanced approach was developed in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420. Self-sufficiency, autonomy and finality remain relevant factors in our case law, but many question whether the emphasis put on them by the trilogy remains. The question posed is whether agreements concluded with the intent that they be final can,

aucune raison de modifier l'évaluation du dossier par la Cour d'appel, ou sa conclusion que les commentaires du juge de première instance, bien que regrettables, et ses interventions, trahissant parfois l'impatience, n'ont pas atteint le niveau requis pour établir une crainte raisonnable de partialité.

Nous tenons cependant à souligner à quel point il est important, de la part des juges de première instance, de maintenir en tout temps une apparence d'impartialité et d'équité dans les litiges matrimoniaux acrimonieux. Aussi irritante que puisse être la conduite des parties, les juges doivent être conscients de la charge émotive de l'instance. Il peut arriver que les parties à ce type de litige soient particulièrement vulnérables et sensibles et les juges devraient mesurer en conséquence l'opportunité de leurs interventions.

B. *Les aliments entre époux*

Comme il est mentionné plus haut, le pourvoi concerne la question du maintien de l'application de la trilogie *Pelech*. Les trois arrêts formant la trilogie ont été prononcés peu après la promulgation de la Loi de 1985, mais visaient des situations régies par la Loi de 1968. Ces arrêts établissent un critère de changement permettant à un tribunal d'écarter une entente alimentaire définitive entre conjoints dans le seul cas où un changement important est intervenu dans la situation après la conclusion de l'entente. Ce critère comporte un seuil, que l'on définit comme un changement radical et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. Il ne concerne ni le caractère équitable de l'entente, ni sa conformité aux objectifs de la *Loi sur le divorce*. Il vise à promouvoir la certitude et à faciliter une rupture nette de la relation des parties en privilégiant l'autonomie individuelle et le respect des contrats. Depuis la trilogie, le droit en matière d'aliments entre époux a évolué. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, adopte une approche compensatoire; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, instaure une approche plus nuancée. L'autonomie, l'indépendance économique et la recherche d'un règlement définitif demeurent des facteurs jurisprudentiels pertinents, mais beaucoup se demandent si ces facteurs conservent l'importance que leur a donnée la trilogie. Il s'agit

27

28

under the 1985 Act, be overridden on grounds other than those defined in the trilogy.

1. Does the *Pelech* Trilogy Still Apply?

29

The issues in the present appeal resemble those facing this Court in the *Pelech* trilogy. Despite significant changes in the intervening years, the basic question remains: What role should a pre-existing agreement play in determining an application for spousal support? Writing for the majority of this Court in *Pelech*, Wilson J. described the issue the following way, at p. 832:

While it is generally accepted that the existence of an antecedent settlement agreement made by the parties is an important fact, there is a wide range of views as to how this affects the legal principles governing the exercise of the discretion conferred in s. 11 [of the 1968 Act].

30

Except for the statutory reference, these words could easily have been written by us today. The statutory and jurisprudential context, however, is of utmost importance. As counsel for both parties recognized, the resolution of this appeal rests primarily on an exercise in statutory interpretation. The revision of the *Divorce Act* in 1985 and changing judicial and societal understandings of the function of spousal support make it appropriate for this Court to revisit Parliament's intention regarding agreements relating to spousal support.

31

The facts and reasoning of the three cases constituting the trilogy have attracted substantial scholarly and judicial commentary. We do not propose to review those decisions in detail again here. Suffice it to say that the *Pelech* trilogy has come to stand for the proposition that a court will not interfere with a pre-existing agreement that attempts fully and finally to settle the matter of spousal support as between the parties unless the applicant can establish that there has been a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage. The trilogy represents an approach to spousal support that has been described as a

de savoir si, sous le régime de la Loi de 1985, les ententes conclues avec l'intention de leur donner un caractère définitif peuvent être écartées pour des motifs autres que ceux énoncés dans la trilogie.

1. La trilogie *Pelech* s'applique-t-elle encore?

Les questions en litige dans le pourvoi ressemblent à celles dont la Cour était saisie dans la trilogie *Pelech*. En dépit de changements importants survenus dans l'intervalle, la question fondamentale demeure : quel rôle donner à une entente préexistante dans une demande d'aliments entre époux? Au nom des juges majoritaires de la Cour dans *Pelech*, la juge Wilson aborde la question en ces termes (à la p. 832) :

S'il est généralement accepté que l'existence d'une convention antérieure conclue par les parties constitue un fait important, il existe une grande variété d'opinions sur l'effet qu'elle a sur les principes juridiques qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 [de la Loi de 1968].

Abstraction faite du renvoi à la loi, nous pourrions présenter la question dans les mêmes termes aujourd'hui. Cependant, le contexte législatif et jurisprudenciel importe au plus haut point. Les avocats des deux parties reconnaissent que la résolution du présent pourvoi repose principalement sur un exercice d'interprétation de la loi. La révision de la *Loi sur le divorce* en 1985 et l'évolution de la perception des tribunaux et de la société quant au rôle des pensions alimentaires entre époux, justifient la Cour de réexaminer l'intention du législateur en matière d'ententes alimentaires entre époux.

Les faits et le raisonnement des trois arrêts de la trilogie ont suscité une abondance de commentaires dans la doctrine et la jurisprudence. Nous n'entendons pas en l'espèce revoir ces arrêts en détail. Qu'il suffise de dire que la trilogie *Pelech* est désormais comprise comme établissant la proposition selon laquelle, à moins que le demandeur ne démontre qu'un changement radical, imprévisible et lié causalement au mariage est survenu dans la situation des parties, le tribunal n'interviendra pas dans une entente préexistante qui vise à régler, de manière intégrale et définitive, la question des aliments entre époux. La trilogie représente l'approche dite de la

“clean break,” emphasising finality and the severing of ties between former spouses. As Wilson J. put it in *Pelech*, at p. 851:

[I]t seems to me that parties who have declared their relationship at an end should be taken at their word. They made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other.

With the coming into force of the 1985 Act and the release of the trilogy the following year, confusion ensued as to whether the trilogy had any continued application. The confusion may stem from two main factors. On the one hand, the 1968 Act, while providing less direction on the issue of support, could be interpreted as not inconsistent with the new, more detailed statute. Indeed, Professor M. Bailey has suggested that the trilogy was more consistent with the new Act because the latter explicitly provides that agreements are to be a factor in determining support and because the support objectives outlined in s. 15.2(4) reflect the trilogy’s emphasis on self-sufficiency and the necessity of linking need to the marriage or its breakdown. (“*Pelech, Caron, and Richardson*” (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615, at p. 624).

On the other hand, some members of the judiciary and several scholars recognized the potential difficulties in applying the *Pelech* trilogy in the new statutory context. As Misener L.J.S.C. stated in *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (Ont. H.C.), at p. 286:

I am obliged to say that I have the greatest difficulty in my own mind reconciling the direction that Parliament has given the courts in s. 15(5) [now s. 15.2(4)] and (7) [now s. 15.2(6)], in exercising its discretion to order spousal maintenance and to fix the amount and duration of it, with the application of the principle set forth in *Richardson*. Section 15(5) specifically directs the court to consider the provisions of a separation agreement as only *one* of three factors included in the phrase “other circumstances”. How then can the agreement be made

« rupture nette » en matière d’obligations alimentaires qui met l’accent sur le caractère définitif de la rupture des liens entre les ex-époux. La juge Wilson s’exprime ainsi dans *Pelech* (à la p. 851) :

[I] me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l’autre.

L’entrée en vigueur de la Loi de 1985 et les décisions rendues dans la trilogie l’année suivante ont créé une grande confusion sur la question du maintien de l’application de la trilogie. Deux principaux facteurs peuvent expliquer cette confusion. D’une part, la Loi de 1968, bien que moins directive sur la question des aliments, pouvait s’interpréter comme n’étant pas incompatible avec la nouvelle loi plus détaillée. La professeure M. Bailey affirme d’ailleurs que la trilogie s’harmonise davantage avec la nouvelle loi parce qu’elle prévoit expressément la prise en compte des ententes aux fins de la détermination des aliments et que les objectifs des pensions alimentaires énoncés au par. 15.2(4) reflètent l’importance qu’accorde la trilogie à l’autonomie et à la nécessité d’établir un lien entre le besoin et le mariage ou son échec (« *Pelech, Caron, and Richardson* » (1989-90), 3 *R.j.f.d.* 615, p. 624).

En revanche, certains juges et plusieurs auteurs de doctrine ont signalé les difficultés que pouvait susciter l’application de la trilogie *Pelech* au nouveau contexte législatif. Comme l’expliquait le juge local Misener de la Cour suprême de l’Ontario dans *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (H.C. Ont.), p. 286:

[TRADUCTION] Je dois avouer que j’ai beaucoup de difficulté à concilier la directive qu’a donnée le législateur aux tribunaux aux par. 15(5) [maintenant par. 15.2(4)] et 15(7) [maintenant par. 15.2(6)], pour l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance alimentaire au profit d’un époux et d’en fixer le montant et la durée, avec l’application du principe de l’arrêt *Richardson*. Le paragraphe 15(5), invite expressément le tribunal à considérer les clauses d’une entente de séparation comme *un* des trois facteurs visés par l’expression

32

33

the only factor to be considered in all but the most exceptional circumstances? Section 15(7) directs the court to fix the amount of and the duration of support with a view to accomplishing certain specified objectives. The almost automatic adoption of the terms of a separation agreement will in many cases — and indeed in this case — at least tend to defeat one or more of these objectives. One would think that any order that would tend to have such a result would not be permissible in the proper exercise of the court's discretion. [Underlining added; italics in original.]

34

In addition to generating some confusion, the trilogy received no small degree of criticism, from both legal scholars and family law practitioners. The main thrust of the criticism levied at the trilogy was summarized by McLachlin J. (as she then was) in a speech delivered to the National Family Law Program over a decade ago. McLachlin J. suggested that the “joint venture model” of marriage, which viewed married persons as autonomous individuals entering into equal partnerships who should and do take responsibility for themselves, informed the economic self-sufficiency or “clean break” theory of spousal support endorsed by this Court in *Pelech*. Although McLachlin J. fully endorsed the model of equality on which the trilogy was based, she cautioned that that model did not necessarily conform to everyone's reality. This disjuncture, in her view, explained much of the criticism to which the trilogy has been subjected (the Honourable Madame Justice B. McLachlin, “Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?” (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131).

35

Since the trilogy, decisions from this Court have recognized a shift in the normative standards informing spousal support orders. In *Moge, supra*, at p. 849 L'Heureux-Dubé J. held for the majority that the underlying theme of the 1985 Act is the “fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown”. In making an order for support, she noted that the court must have regard to all four of the objectives of spousal support, none of which is paramount. Self-sufficiency is only one of those objectives and an attenuated one at that (to be promoted “insofar as practicable” (p. 852)).

« la situation ». Comment peut-on alors faire de l'entente le seul facteur à ne prendre en compte que dans des circonstances exceptionnelles? Le paragraphe 15(7) impose au tribunal de fixer le montant et la durée de la pension alimentaire dans la perspective de certains objectifs spécifiques. La confirmation quasi automatique des modalités de l'entente de séparation tendra dans bien des cas et c'est le cas en l'espèce — à contrecarrer un ou plusieurs de ces objectifs. Il est permis de penser qu'une ordonnance susceptible de produire un tel résultat ne serait pas un exercice acceptable du pouvoir discrétionnaire du tribunal. [Nous soulignons; en italique dans l'original.]

En plus de créer une certaine confusion, la trilogie a été abondamment critiquée à la fois par les auteurs et les praticiens en droit de la famille. Dans une allocution prononcée dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille, il y a plus de dix ans, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a résumé les principales critiques dirigées contre la trilogie. Selon elle, la théorie de l'autonomie financière ou de la « rupture nette » en matière d'aliments, que la Cour a adoptée dans *Pelech*, s'inspire de la conception du mariage comme « coentreprise », dans laquelle les époux sont des individus autonomes formant une association à parts égales qui devraient assumer, et qui assument, leurs propres responsabilités. Tout en adhérant totalement au modèle d'égalité à la base de la trilogie, la juge McLachlin mettait en garde contre le fait que ce modèle ne correspond pas nécessairement à la réalité de tous. À son avis, cette disjonction expliquait en grande partie les critiques de la trilogie (l'honorable juge B. McLachlin, « Spousal Support : Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131).

Les décisions de la Cour, depuis la trilogie, témoignent de l'évolution des critères normatifs applicables aux ordonnances alimentaires au profit des conjoints. Dans *Moge*, précité, la juge L'Heureux-Dubé conclut au nom de la majorité que la Loi de 1985 a pour thème sous-jacent le « partage juste et équitable des ressources afin d'alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec » (p. 849). Elle souligne qu'avant de rendre une ordonnance au profit d'un époux, le tribunal doit tenir compte de chacun des quatre objectifs de la pension alimentaire dont aucun n'est privilégié. L'indépendance économique ne constitue qu'un de ces objectifs et,

L'Heureux-Dubé J. concluded that Parliament appears to have adopted a compensatory model of support, one which attempts to ensure the equitable sharing of the economic consequences of marriage and its breakdown.

Regarding the trilogy specifically, L'Heureux-Dubé J. held that it had no application to the circumstances of that case, where there had been no final agreement between the parties. In her view, the trilogy did not address issues of entitlement to support in the absence of an agreement. Nevertheless, her reasoning with respect to the "compensatory model" of support only served to fuel debate as to whether the *Pelech* trilogy still governed at all. See e.g. A. H. Young, "The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 749, at pp. 781-82.

This Court's decision in *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, further illustrated the questions relating to the trilogy's continued relevance. Sopinka J., writing for a four-member majority, held that the facts did not require the Court to address directly the continued validity of the trilogy. *G. (L.)* involved an application for variation to a consent support order, under s. 17 of the *Divorce Act*, arising out of a pre-existing agreement between the parties. The parties had agreed to an amount of spousal support and to certain conditions for reducing or eliminating entitlement. Sopinka J. held that the trial judge applied the correct test of material change, enunciated by this Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. He further held that there was no basis to interfere with the trial judge's findings of fact and, accordingly, that the threshold of material change had not been met. He noted, finally, that the Court of Appeal had erred in applying a presumption of self-sufficiency to the recipient wife and, accordingly, in granting the husband's application for a reduction in the quantum of his support obligation.

de surcroît, il est assorti d'une réserve (devant être favorisé « dans la mesure du possible » (p. 852)). La juge L'Heureux-Dubé conclut que le législateur semble avoir adopté un modèle compensatoire des pensions alimentaires, lequel vise à assurer le partage équitable des conséquences économiques résultant du mariage et de son échec.

En ce qui concerne particulièrement la trilogie, la juge L'Heureux-Dubé conclut qu'elle ne s'applique pas aux faits de l'affaire, parce qu'aucune convention définitive n'est intervenue entre les parties. À son avis, la trilogie n'aborde pas la question du droit aux aliments en l'absence de convention. Néanmoins, son raisonnement sur le « modèle compensatoire » des aliments a animé le débat sur le maintien de l'application de la trilogie *Pelech*. Voir, par exemple, A. H. Young, « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 749, p. 781-782.

L'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, illustre également les questions relatives à la pertinence actuelle de la trilogie. Au nom des quatre juges majoritaires, le juge Sopinka conclut que les faits du litige n'obligent pas la Cour à se prononcer explicitement sur la validité continue de la trilogie. L'affaire concernait une demande de modification d'une ordonnance alimentaire rendue avec le consentement des parties en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, et découlant d'une convention préexistante entre les parties. Celles-ci avaient convenu du montant de la pension alimentaire et de certaines conditions entraînant la réduction ou l'élimination du droit aux aliments. Le juge Sopinka conclut que le juge de première instance a correctement appliqué le critère du changement important que la Cour a énoncé dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Il juge de plus qu'aucun motif ne justifie la modification des conclusions de fait du juge de première instance et qu'il n'est donc pas satisfait au critère préliminaire du changement important. Enfin, il souligne que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant une présomption d'autonomie à l'épouse créancière alimentaire et en faisant droit à la demande de l'époux visant la diminution du montant de son obligation alimentaire.

36

37

38

In contrast, L'Heureux-Dubé J., writing for a three-member minority, addressed the trilogy directly. She concluded that it is no longer good law. In language cited and relied on extensively by Abella J.A. in the present appeal, L'Heureux-Dubé J. explained that the new 1985 Act adopted "as its underlying philosophy a partnership in marriage and, at the time of a divorce, an equitable division of its economic consequences between the spouses" (*G. (L.)*, at para. 41). She drew on this Court's approach to spousal support under the 1985 Act, as laid out in *Moge, supra*. She noted in particular that the presence of a separation agreement is only one factor, albeit an important one, that a court must consider in making an initial order for support. In her view, the *Divorce Act* accords this factor no greater weight than any other, making the trilogy — and its emphasis on self-sufficiency to the exclusion of other objectives — incompatible with the new Act.

39

Whereas the 1968 Act refers only to the "conduct of the parties and the condition, means, and other circumstances of each of them" (s. 11(1)), the 1985 Act abandons the reference to the conduct of the parties and makes explicit both the objectives of spousal support and the factors to be considered in making an order. That these objectives can and do often conflict and compete suggests an intention on the part of Parliament to vest in trial judges a significant discretion to assess the weight to be given each objective against the very particular backdrop of the parties' circumstances. Moreover, we agree that the importance given to self-sufficiency and a "clean break" in the jurisprudence relying on the trilogy is not only incompatible with the new Act, but too often fails to accord with the realities faced by many divorcing couples. Indeed, in *Bracklow, supra*, this Court recognized how these different realities also mirror competing normative standards justifying entitlement to spousal support. McLachlin J. noted for the unanimous Court as follows, at para. 32:

En revanche, au nom des trois juges minoritaires dans la même affaire, la juge L'Heureux-Dubé aborde directement la question de la trilogie. Elle conclut qu'elle ne s'applique plus en droit. Dans ses motifs, longuement cités et invoqués par la juge Abella en l'espèce, la juge L'Heureux-Dubé explique que la nouvelle Loi de 1985 adopte, « comme philosophie de base, le partenariat dans le mariage et, au moment du divorce, le partage équitable de ses conséquences économiques entre les époux » (*G. (L.)*, par. 41). Elle s'appuie à cet égard sur l'approche adoptée par la Cour en matière d'aliments entre époux sous le régime de la Loi de 1985, qui est exposée dans *Moge*, précité. Elle note en particulier que l'existence d'une convention de séparation n'est qu'un des facteurs — si important soit-il — dont le tribunal doit tenir compte pour rendre une ordonnance alimentaire initiale. Selon elle, la *Loi sur le divorce* n'accorde pas plus d'importance à ce facteur qu'aux autres, ce qui rend la trilogie — et l'accent mis sur l'autonomie à l'exclusion des autres objectifs — incompatible avec la nouvelle Loi.

Alors que la Loi de 1968 ne faisait mention que de la « conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent » (par. 11(1)), la Loi de 1985 omet toute référence à la conduite des parties et énonce explicitement tant les objectifs des aliments entre époux que les facteurs à considérer avant de rendre une ordonnance. Le fait que ces objectifs puissent souvent être divergents et contradictoires permet de penser que le législateur entendait conférer aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation du poids à accorder à chaque objectif, dans le contexte précis de la situation des parties. En outre, nous pensons qu'en plus d'être incompatible avec la nouvelle loi, l'importance que la jurisprudence fondée sur la trilogie accorde à l'autonomie et à la « rupture nette » correspond trop souvent aux réalités auxquelles font face de nombreux couples qui divorcent. En fait, dans *Bracklow*, précité, la Cour montre comment ces diverses réalités correspondent aussi aux critères normatifs contradictoires qui justifient le droit d'un époux aux aliments. Dans une décision unanime, la juge McLachlin note ce qui suit (au par. 32) :

Both the mutual obligation model and the independent, clean-break model [of spousal support] represent important realities and address significant policy concerns and social values. The federal and provincial legislatures, through their respective statutes, have acknowledged both models. Neither theory alone is capable of achieving a just law of spousal support. The importance of the policy objectives served by both models is beyond dispute.

In light of these developments in the understanding of spousal support, the question “Does the trilogy apply or not?” is perhaps too mechanical, and the answer does not turn solely on the existence of a new Act. Parliament’s recognition of competing objectives of spousal support renders the trilogy’s privileging of “clean break” principles inappropriate, but this is not to suggest that the policy concerns that drove the trilogy are wholly irrelevant to the new legislative context. On the contrary, the objectives of autonomy and finality, as well as the recognition that the parties may go on to undertake new family obligations, continue to inform the current *Divorce Act* and remain significant today. What has changed is the singular emphasis on self-sufficiency as a policy goal to the virtual exclusion of other objectives that may or may not be equally pressing according to the specific circumstances of the parties. Such an emphasis on self-sufficiency is inconsistent with both the compensatory model of support developed in *Moge*, and the non-compensatory model of support developed in *Bracklow*. It is also inconsistent with the interpretive point made in both cases that no single objective in s. 15.2(6) is paramount: *Bracklow*, at para. 35; *Moge*, at p. 852. Nevertheless, promoting self-sufficiency remains an explicit legislative objective.

In addition to these competing policy goals, we also note that the current statutory language does not support direct incorporation of the trilogy test. In *Pelech*, Wilson J. held that an application for variation of spousal support required the applicant to demonstrate a radical and unforeseen change of circumstances causally related to the marriage,

Le modèle de l’obligation mutuelle et le modèle de l’indépendance et de la rupture nette [en matière d’aliments entre conjoints] représentent des réalités importantes et abordent des questions de politique générale et des valeurs sociales importantes. Le Parlement et les législatures ont, par leurs lois respectives, reconnu les deux modèles. Ni l’une ni l’autre des théories ne permet à elle seule de parvenir à une loi équitable en matière de pension alimentaire au profit d’un époux. L’importance des objectifs de politique générale servis par les deux modèles est incontestable.

Vu cette évolution de la conception de l’obligation alimentaire entre époux, la question de savoir si la trilogie s’applique est sans doute trop mécanique, et la réponse ne dépend pas uniquement de l’existence d’une nouvelle loi. La reconnaissance par le législateur d’objectifs concurrents en matière d’aliments entre époux s’oppose à la primauté donnée par la trilogie aux principes de la « rupture nette », mais cela ne veut pas dire que les principes qui animent la trilogie soient entièrement dénués de pertinence dans le nouveau contexte législatif. Au contraire, les objectifs d’autonomie et de règlement définitif, tout comme la reconnaissance du fait que les parties puissent un jour assumer de nouvelles obligations familiales, continuent d’animer l’actuelle *Loi sur le divorce* et demeurent importants. Ce qui a changé, c’est l’importance spécifiquement donnée à l’autonomie, comme principe directeur, à l’exclusion presque totale d’autres objectifs qui peuvent ou non être aussi urgents selon la situation particulière des parties. Privilégier ainsi l’autonomie va à l’encontre tant du modèle compensatoire de l’obligation alimentaire élaboré dans *Moge* que du modèle non compensatoire développé dans *Bracklow*. C’est, de plus, incompatible avec l’interprétation avancée dans ces deux arrêts selon laquelle aucun objectif du par. 15.2(6) n’est prédominant : *Bracklow*, par. 35; *Moge*, p. 852. Néanmoins, favoriser l’autonomie demeure un objectif exprès de la loi.

Outre ces principes directeurs contradictoires, nous observons que le texte actuel de la loi ne permet pas l’incorporation directe du critère de la trilogie. Dans *Pelech*, la juge Wilson statue que la personne qui demande la modification de la pension alimentaire entre époux doit démontrer, en application du par. 11(2), la survenance d’un changement radical

40

41

pursuant to s. 11(2). In *Richardson, supra*, she further held at p. 867 that the same test applied to initial applications for support where a pre-existing agreement that dealt finally with support was present:

In my view, the only difference under the two subsections is that in a s. 11(1) application the change being considered will have occurred between the signing of the agreement and the application for the decree *nisi* whereas in the s. 11(2) application the change will have occurred between the granting of the decree *nisi* and the application for variation.

42 The current statutory context, however, is quite different in that Parliament has explicitly directed the court to consider a change in circumstances only where the application is for variation to an existing spousal support order. Section 17(4.1) of the 1985 Act provides as follows:

17. . . .

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

43 Section 15.2 provides no such similar direction. Rather, the court is explicitly directed to take into account certain non-exhaustive factors, and instructed that a support order should advance certain specified objectives. On a plain reading of the statute, then, there is simply no basis for importing a change threshold, radical, material or otherwise, into the provision. Indeed, on an initial application for support, the very concept of “change of circumstances” has no relevance, except to the limited extent that there might have been a pre-existing order or agreement that needs to be considered.

44 How, then, should trial judges exercise the discretion vested in them by virtue of the Act where a party who makes an initial application for support has previously entered into an agreement that purports to

et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. Dans *Richardson*, précité, elle conclut en outre que le même critère s’applique, en présence d’une entente alimentaire préexistante et à caractère définitif, aux demandes initiales de pension alimentaire (à la p. 867) :

À mon avis, la seule différence entre les deux paragraphes, c’est que dans le cas d’une demande fondée sur le par. 11(1), le changement dont il faut tenir compte se sera produit entre la signature de la convention et la demande de jugement conditionnel de divorce alors que, dans le cas d’une demande fondée sur le par. 11(2), le changement sera survenu entre le jugement conditionnel de divorce et la demande de modification.

Cependant, le contexte législatif actuel est très différent en ce que le législateur prescrit expressément que le tribunal ne tient compte du changement dans la situation que dans les demandes de modification d’ordonnances alimentaires existantes. Le paragraphe 17(4.1) de la Loi de 1985 dit :

17. . . .

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux, le tribunal s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l’ordonnance modificative.

L’article 15.2 ne donne pas de directive similaire. Au contraire, il dit expressément que le tribunal doit prendre en considération certains facteurs non exhaustifs, et qu’une ordonnance alimentaire doit viser certains objectifs précis. Par conséquent, le sens ordinaire de la disposition ne permet aucun critère préliminaire de changement, qu’il soit radical, important ou autre. En fait, dans le cadre d’une demande initiale de pension alimentaire, le concept même de « changement dans la situation » n’a aucune pertinence, sauf dans la mesure limitée où préexiste une ordonnance ou une entente dont il faut tenir compte.

Comment les juges de première instance devraient-ils donc exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi lorsqu’une partie présentant une demande initiale de pension alimentaire a

have settled all matters between the spouses? How should trial judges assess the appropriate weight to be given such an agreement where s. 15.2 of the 1985 Act appears to accord it no greater priority than other factors?

It is helpful initially to identify several inappropriate approaches. In our view, the answer to these questions does not lie in adopting a near-impermeable standard such that a court will endorse any agreement, regardless of the inequities it reveals. Neither, however, does the solution lie in unduly interfering with agreements freely entered into and on which the parties reasonably expected to rely. It is also not helpful to read between the lines in s. 15.2 so as to identify a single implicit overriding legislative objective overshadowing the factors specifically set out. The fact that judicial and societal understandings of spousal support have changed since the release of *Pelech* and the adoption of admittedly competing factors in s. 15.2(6) does not lead to an unfettered discretion on the part of trial judges to substitute their own view of what is required for what the parties considered mutually acceptable. In this respect, we agree in principle with Wilson J.'s comments in *Pelech*, *supra*, at p. 853:

Where parties, instead of resorting to litigation, have acted in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs in a final way and their settlement is not vulnerable to attack on any other basis, it should not, in my view, be undermined by courts concluding with the benefit of hindsight that they should have done it differently.

Nevertheless, the language and purpose of the 1985 Act militate in favour of a contextual assessment of all the circumstances. This includes the content of the agreement, in order to determine the proper weight it should be accorded in a s. 15.2 application. In exercising their discretion, trial judges must balance Parliament's objective of equitable sharing of the consequences of marriage and its breakdown with the parties' freedom to arrange their affairs as they see fit. Accordingly, a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement

auparavant conclu une entente censée régler toutes les questions entre les époux? Comment les juges devraient-ils apprécier le poids à donner à une telle entente, puisque l'art. 15.2 de la Loi de 1985 ne paraît pas lui donner prééminence sur les autres facteurs?

Il est tout d'abord utile de décrire plusieurs méthodes inadaptées. À notre avis, la réponse à ces questions n'est pas dans l'adoption d'une norme quasi imperméable qui amènera le tribunal à entériner toute entente sans égard aux iniquités qu'elle comporte. La réponse n'est pas non plus dans l'intervention indue dans des ententes librement conclues et sur lesquelles les parties pensaient raisonnablement pouvoir compter. Rien ne sert non plus de lire entre les lignes de l'art. 15.2 pour en dégager un seul objectif législatif implicitement prédominant qui éclipserait les facteurs énumérés. Ni le changement de perception des tribunaux et de la société concernant l'obligation alimentaire entre conjoints depuis la trilogie *Pelech*, ni l'adoption de facteurs concurrents au par. 15.2(6), ne confèrent aux juges de première instance le pouvoir discrétionnaire illimité de substituer leur opinion de ce qui est équitable à ce que les parties ont jugé mutuellement acceptable. À cet égard, nous donnons notre accord de principe à ce commentaire de la juge Wilson dans *Pelech* (à la p. 853) :

Lorsque les parties, au lieu d'avoir recours à la justice, ont agi en adultes responsables pour régler leurs affaires financières d'une manière définitive, et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas, à mon avis, miner ce règlement en concluant, après coup, que les parties auraient dû régler leurs affaires différemment.

Malgré tout, le libellé et l'objet de la Loi de 1985 militent en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation. Cela inclut le contenu de l'entente, afin de déterminer le poids à lui accorder dans une demande fondée sur l'art. 15.2. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de première instance doivent soupeser l'objectif législatif du partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, et la liberté des parties de régler leurs affaires comme elles l'entendent. En conséquence,

45

46

unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives of the *Divorce Act*. This is particularly so when the pre-existing spousal support agreement is part of a comprehensive settlement of all issues related to the termination of the marriage. Since the issues, as well as their settlement, are likely interrelated, the support part of the agreement would at times be difficult to modify without putting into question the entire arrangement.

le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d'être convaincu que l'entente n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Cela est particulièrement vrai lorsque l'entente préexistante sur les aliments entre époux s'inscrit dans le cadre du règlement complet de toutes les questions liées à la fin du mariage. Puisque ces questions, tout comme leur règlement, sont vraisemblablement interreliées, il serait parfois difficile de modifier la partie de l'entente concernant les aliments sans remettre en question tout l'arrangement.

47 Having determined that the narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement is not appropriate in the current statutory context, we now consider the approaches taken by the courts below in this appeal.

Ayant conclu que le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d'une entente antérieure ne s'applique pas au contexte législatif actuel, nous allons examiner le raisonnement adopté dans les instances antérieures en l'espèce.

2. Did the Trial Judge Err in Applying a "Fairness" Test?

2. Le juge de première instance a-t-il fait erreur en appliquant un critère d'« équité »?

48 The trial judge was correct in finding that the presence of a duly executed pre-existing agreement between the parties did not oust the jurisdiction of the court to make an order for spousal support. He was also correct in proceeding under s. 15.2 (then s. 15) of the Act and not incorporating the "material change" requirement of s. 17 into Ms. Miglin's application for an initial order. Finally, he was correct in finding that the trilogy's threshold test of a radical change of circumstances, recently articulated and applied in *Santosoosso v. Santosoosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (Div. Ct.), was not appropriately viewed as governing s. 15 of the 1985 Act. Tobias J. found, at para. 24, that under s. 15 of the Act "the court is provided with authority to scrutinize a separation agreement without any requirement to find radical unforeseen changes".

Le juge de première instance a raison de conclure que l'existence d'une entente dûment signée par les parties n'exclut pas la compétence du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux. Il a aussi raison de procéder en vertu de l'art. 15.2 (anciennement art. 15) de la Loi et de ne pas appliquer l'exigence de l'art. 17 d'un « changement important » à la demande d'ordonnance initiale présentée par M^{me} Miglin. Enfin, il a raison de statuer que le critère préliminaire du changement radical dans la trilogie, récemment exposé et appliqué dans *Santosoosso c. Santosoosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (C. div.), ne s'applique pas à l'art. 15 de la Loi de 1985. Le juge Tobias conclut que l'art. 15 de la Loi [TRADUCTION] « accorde au tribunal le pouvoir d'examiner un accord de séparation sans devoir conclure au préalable à la survenance de changements radicaux et imprévisibles » (par. 24).

49 With the threshold requirement removed, Tobias J. went on to consider the scope of the court's discretion to scrutinize the pre-existing agreement. He reasoned as follows at para. 28:

Ayant écarté l'exigence préliminaire, le juge Tobias considère ensuite l'étendue de son pouvoir discrétionnaire d'examiner l'entente préexistante. Son raisonnement est le suivant (au par. 28):

Section 15(5)(c) [now s. 15.2(4)(c)] provides the court with the authority to scrutinize the separation agreement and to decide whether its provisions conform to the

[TRADUCTION] L'alinéa 15(5)c) [maintenant al. 15.2(4)c)] confère au tribunal le pouvoir d'examiner l'accord de séparation et de juger de la conformité de

policies enunciated in Section. 15(7) [now s. 15.2(6)]. If the separation agreement fails to provide for either spouse in a fashion consistent with these objectives, it is the obligation of this court to undertake a review under Section 15(5) [now s. 15.2(4)] of the conditions, means, needs, and other circumstances of each spouse, and any child of the marriage including the length of time the spouses cohabited, the functions performed by the spouses during cohabitation, and, as well, any order, agreement, or arrangement relating to the support of the spouse or child.

Applying the above test, Tobias J. found, at para. 27, that the Separation Agreement suffered from “a fundamental inequality of matrimonial asset distribution” because

it provides for the transfer of the one-half interest of the applicant in the hotel corporation for the sum of \$250,000.00 and proposes to replace her annual salary of \$80,200.00 with the consultation contract which provided \$15,000.00 per annum. . . . The separation agreement provides that the Respondent convey to the applicant his one-half interest of \$250,000.00 in the matrimonial home, a non-producing income asset, for the one-half-interest of the applicant in the hotel corporation having the same value. . . .

Accordingly, Tobias J. disregarded the spousal support waiver and, following his application of the spousal support objectives to the facts of this case, set spousal support at \$4,400 per month for five years.

It is settled that Parliament has vested in courts the discretion to review and reject the terms of a pre-existing agreement: *Pelech*, at p. 827. Nevertheless, this discretion should not be exercised lightly. A purported inequality in asset distribution is not necessarily a sufficient basis to disregard the parties’ declared intention to be bound by the terms of the agreement they reached. In fact, here there was no such inequality, as properly admitted by counsel for the respondent during the hearing of this appeal. Further, we do not accept that the weight to be afforded a pre-existing agreement should be determined solely by the extent to which that agreement is consistent with the specific objectives of spousal support orders listed in s. 15.2(6) of the Act. Such an interpretation is not consistent with the language and objectives of the *Divorce Act* more generally.

ses dispositions aux politiques énoncées au par. 15(7) [maintenant par. 15.2(6)]. Si l’accord de séparation ne pourvoit pas aux besoins de l’un ou l’autre des époux de façon conforme à ces objectifs, le tribunal a l’obligation d’entreprendre l’examen, aux termes du par. 15(5) [maintenant par. 15.2(4)], des ressources, des besoins et de la situation de chaque époux, ainsi que de tout enfant à charge, y compris la durée de la cohabitation des époux, les fonctions qu’ils ont remplies au cours de celle-ci, de même que toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit d’un époux ou d’un enfant.

Applicant ce critère, le juge Tobias conclut au par. 27 que l’accord de séparation porte la marque d’une [TRADUCTION] « inégalité fondamentale dans la répartition des biens matrimoniaux » car

[TRADUCTION] il prévoit la cession de l’intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière et envisage de remplacer son salaire annuel de 80 200 \$ par le contrat de consultation de 15 000 \$ par année [. . .] L’accord de séparation prévoit la cession par le défendeur de son intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, dans le foyer conjugal, un bien non productif de revenu, en contrepartie de l’intérêt de moitié de même valeur que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière . . .

En conséquence, le juge Tobias écarte la renonciation aux aliments et, appliquant aux faits de l’espèce les objectifs de la pension alimentaire au profit d’un époux, fixe le montant à verser à ce titre à 4 400 \$ par mois pendant cinq ans.

Il est bien établi que le législateur a investi les tribunaux du pouvoir discrétionnaire d’examiner et de rejeter les modalités d’une entente préexistante : *Pelech*, p. 827. Il ne faut pas cependant l’exercer à la légère. Une répartition supposément inéquitable des biens n’est pas nécessairement une raison suffisante pour écarter totalement l’intention déclarée des parties d’être liées par les modalités de l’entente qu’elles ont conclue. En fait, il n’y a en l’espèce aucune inégalité de ce type, comme l’a dûment admis l’avocat de l’intimée à l’audition du pourvoi. De plus, nous n’acceptons pas que le poids à accorder à une entente préexistante doive dépendre uniquement de la façon dont l’entente correspond aux objectifs spécifiques des ordonnances alimentaires au profit d’un époux énumérés au par. 15.2(6) de la Loi. Une telle interprétation ne correspond ni au libellé ni aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble.

50

51

52

The objectives listed in s. 15.2(6) are designed to guide trial judges in determining the quantum, if any, and duration of a spousal support award made in an order of the court. Such an order is made either in the absence of an agreement between the parties or in substitution for some unacceptable terms in a proposed agreement submitted to the court for approval. In our view, these objectives are not intended to dictate by themselves the precise terms of an enforceable negotiated agreement dealing with spousal support, distribution of assets and child support. In the first place, the language of s. 15.2(6) is suggestive only:

15.2 . . .

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should . . . [Emphasis added.]

Compare this provision with the mandatory language adopted in s. 15.2(4), which expressly directs the court to take certain factors into account in exercising its discretion to make an award:

15.2 . . .

(4) In making an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2), the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including . . . [Emphasis added.]

Nothing in these provisions indicates a duty on the court to subject a comprehensive agreement to scrutiny based solely on the objectives in s. 15.2(6) or to assume that any agreement by the parties will be enforceable only when its provisions substantially mirror what a trial judge, unfamiliar with the parties' motivations and subjective understanding of their relationship, would have awarded on the basis of these criteria alone.

53

The objectives in s. 15.2(6) do not accommodate within them the compelling objectives of finality, certainty and autonomy that Parliament has also seen fit to endorse in the *Divorce Act*. It should not be overlooked that s. 9(2) of the Act imposes a positive duty on counsel to advise clients of alternatives to litigation:

Les objectifs du par. 15.2(6) servent à guider les juges de première instance dans l'établissement, le cas échéant, du montant et de la durée d'une pension alimentaire accordée par ordonnance. Une telle ordonnance est prononcée, soit en l'absence d'accord entre les parties, soit pour remplacer des clauses inacceptables d'un projet d'entente soumis à l'approbation du tribunal. À notre avis, ces objectifs ne visent pas à dicter à eux seuls les modalités précises d'un accord négocié et exécutoire relatif aux aliments entre époux, à la répartition des biens et aux aliments au profit des enfants. Tout d'abord, le libellé du par. 15.2(6) est indicatif seulement :

15.2 . . .

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article visé : . . . [Nous soulignons.]

En revanche, avec un libellé directif, le par. 15.2(4) demande expressément au tribunal de tenir compte de certains facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance :

15.2 . . .

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris : . . . [Nous soulignons.]

Rien dans ces dispositions n'indique que le tribunal a l'obligation de soumettre un accord global à un examen fondé uniquement sur les objectifs du par. 15.2(6), ou de présumer qu'une entente conclue par les parties ne sera exécutoire que lorsque ses clauses refléteront essentiellement ce qu'aurait ordonné, sur le fondement de ces seuls critères, un juge de première instance mal informé des motivations des parties et de la façon dont elles conçoivent subjectivement leur relation.

Les objectifs du par. 15.2(6) n'englobent pas les objectifs impérieux du règlement définitif, de la certitude et de l'autonomie que le législateur a également jugé bon d'adopter dans la *Loi sur le divorce*. Il ne faut pas oublier que le par. 9(2) de la Loi impose à l'avocat l'obligation positive d'informer son client des options autres que le procès :

9. . . .

(2) It is the duty of every barrister, solicitor, lawyer or advocate who undertakes to act on behalf of a spouse in a divorce proceeding to discuss with the spouse the advisability of negotiating the matters that may be the subject of a support order or a custody order and to inform the spouse of the mediation facilities known to him or her that might be able to assist the spouses in negotiating those matters.

Section 9(2) of the 1985 Act clearly indicates Parliament's intention to promote negotiated settlement of all matters corollary to a divorce. This, coupled with the suggestive language of s. 15.2(6) and the mandatory language of s. 15.2(4), suggests that more must be shown than mere deviation from what a trial judge would have awarded in an order before it is appropriate for the court to disregard the parties' pre-existing agreement. Without some degree of certainty that the agreement will be respected by the court, parties have little incentive to negotiate a settlement and then to comply with the terms of their undertakings. The policy goal underlying s. 9(2) would then be entirely defeated.

Furthermore, exclusive focus on the s. 15.2(6) objectives leaves no room for the parties to apply their own values and pursue their own objectives in reaching a settlement. The objectives in s. 15.2(6) may not sufficiently account for the many ways in which couples structure their marital relationship and face its dissolution. To impose on all separating or divorcing persons an obligation to adhere strictly and exclusively to the statutory spousal support objectives denies them the autonomy to organize their lives as they see fit and to pursue their own sense of what is mutually acceptable in their individual circumstances. Accordingly, the spousal support objectives should not operate so as to preclude parties from bringing their own concerns, desires and objectives to the table in negotiating what they view as a mutually acceptable agreement, an agreement they consider to comply substantially with the objectives of the Act. In that way, the policy goals of autonomy and certainty will be rendered consistent with Parliament's recognition of "the diverse dynamics of the many

9. . . .

(2) Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation.

Le paragraphe 9(2) de la Loi de 1985 montre clairement l'intention du législateur de favoriser le règlement négocié de toute question accessoire au divorce. Lorsqu'à cela s'ajoutent le libellé indicatif du par. 15.2(6) et le libellé directif du par. 15.2(4), il semble qu'il faille démontrer davantage qu'une simple variation par rapport à l'ordonnance qu'aurait rendue un juge à un procès pour pouvoir écarter l'entente préexistante des parties. Sans une certitude raisonnable que les tribunaux respecteront leur entente, les parties ont peu d'intérêt à négocier un règlement et à se conformer par la suite aux modalités de leurs engagements. L'objectif de politique sous-tendant le par. 9(2) serait alors entièrement neutralisé.

Qui plus est, la considération exclusive des objectifs du par. 15.2(6) empêche les parties d'appliquer leurs propres valeurs et d'atteindre leurs propres objectifs dans leur tentative de parvenir à un règlement. Il se peut que les objectifs du par. 15.2(6) ne représentent pas suffisamment les nombreuses façons dont les couples structurent leur relation conjugale et font face à sa dissolution. Imposer aux couples en instance de séparation ou de divorce l'obligation d'adhérer strictement et exclusivement aux objectifs de la loi en matière d'aliments entre conjoints les privent de la liberté d'organiser leur vie comme ils l'entendent et de s'efforcer de réaliser ce qu'ils estiment être mutuellement acceptable dans leur propre situation. Par conséquent, les objectifs en matière d'aliments entre époux ne devraient pas avoir pour effet d'empêcher les parties de faire valoir leurs propres préoccupations, désirs et objectifs lorsqu'elles négocient ce qu'elles estiment être un accord mutuellement acceptable, un accord qu'elles considèrent essentiellement conforme aux objectifs de la Loi. De cette façon, les objectifs de l'autonomie et de la certitude deviennent compatibles avec la

54

55

unique marital relationships” (*Bracklow, supra*, at para. 35).

reconnaissance par le législateur de « la dynamique variée des nombreuses formes singulières de relation maritale » (*Bracklow, précité*, par. 35).

56

This is not to suggest that courts should prioritize the policy goal of autonomy to the exclusion of all other concerns. Nor are we suggesting that courts should condone agreements that manifestly prejudice one party. The trial judge would endorse a seemingly unlimited discretion to disregard pre-existing agreements and impose his own view of what, in light of the spousal support objectives, constitutes equitable sharing of the consequences of the marriage breakdown. In contrast, we are of the view that what constitutes equitable sharing in this sense cannot be informed solely by the list of objectives set out in s. 15.2(6) of the Act. Unlike child support, for which relatively clear normative standards have been set, spousal support rests on no similar social consensus. See M. Shaffer and C. Rogerson, “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (paper originally presented to the National Family Law Program, in Kelowna, B.C., July 14-18, 2002), at p. 61. We note too that Parliament’s adoption of broad, and at times competing, objectives for spousal support contrasts with its promulgation of uniform Child Support Guidelines. The discretion granted to trial judges respecting spousal support also contrasts with the detailed default provision for equalization of matrimonial property set out in s. 5 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and the obligatory regime of the family patrimony in arts. 414 *et seq.* of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Therefore, what is “fair” will depend not only on the objective circumstances of the parties, but also on how those parties conceive of themselves, their marriage and its dissolution, as well as their expectations and aspirations for the future.

Cela ne signifie pas que les tribunaux devraient privilégier l’objectif législatif d’autonomie à l’exclusion de toute autre considération, ni que les tribunaux devraient cautionner des accords manifestement préjudiciables à une partie. Le juge de première instance aurait alors un pouvoir discrétionnaire en apparence illimité d’écarter des accords préexistants et d’imposer son point de vue sur ce qui constituerait, en fonction des objectifs des aliments entre conjoints, une répartition équitable des conséquences de la rupture du mariage. Nous pensons, tout au contraire, que ce qui constitue un partage équitable ne peut se fonder uniquement sur la liste des objectifs du par. 15.2(6) de la Loi. À la différence des aliments au profit d’un enfant, pour lesquels des critères normatifs relativement clairs ont été établis, les aliments entre époux ne se fondent sur aucun consensus social de ce type. Voir M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (exposé présenté pour la première fois dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille à Kelowna (C.-B.), 14 au 18 juillet 2002), p. 61. Nous remarquons de plus que l’adoption par le législateur d’objectifs larges et parfois concurrents en matière d’aliments entre époux fait contraste avec l’adoption de lignes directrices uniformes sur les pensions alimentaires aux enfants. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges de première instance quant aux aliments entre époux contraste aussi avec le régime supplétif détaillé en matière d’égalisation des biens matrimoniaux prévu, par exemple, à l’art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et avec le régime impératif du patrimoine familial énoncé aux art. 414 et suiv. du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Ce qui est « juste » ne dépend donc pas seulement de la situation objective des parties, mais également de leur idée d’elles-mêmes, de leur mariage et de sa dissolution, de même que de leurs attentes et aspirations pour l’avenir.

57

We are of the view that, rather than trying to measure whether the terms of a comprehensive

À notre avis, plutôt que de tenter d’évaluer si les modalités d’un accord global vont dans le sens des

agreement advance the objectives of support set out in s. 15.2(6), trial judges must consider the agreement more broadly in light of all the objectives of the *Divorce Act*. These objectives of the Act as a whole, as compared with the objectives set out in s. 15.2(6), include the compelling policy goals of certainty, autonomy and finality. These legislative objectives require the trial judge to consider the extent to which the agreement represents a final settlement of the issues, negotiated under unimpeachable conditions, to which both parties agreed and on which each of them intended to rely. It is only then that the judge will consider whether the agreement must nevertheless be set aside in full or in part because it is not in substantial compliance with the broader objectives of the Act.

Accordingly, we cannot accept the trial judge's approach to assessing the appropriate weight to be given the pre-existing agreement.

3. Did the Court of Appeal Err in Applying a "Material Change" Test?

Abella J.A. began by agreeing with the trial judge that the application was properly brought under s. 15 of the *Divorce Act*, as an initial application for corollary relief. Regarding the applicability of the *Pelech* trilogy to the present statute, Abella J.A. held that she would not conclude that this Court had based its decision on a different statute from the one on which it expressly stated it was relying. Following a review of the jurisprudence and scholarly literature since the trilogy, she reasoned at para. 60:

In my view, based on the new language in the 1985 *Divorce Act*, and the revised approach to support developed by the Supreme Court of Canada in accordance with those statutory changes, it is difficult to justify the continued application of the trilogy which emanated from a completely different statutory scheme. The language in s. 15 of the 1985 *Divorce Act* is so dramatic a departure from the linguistic and conceptual minimalism of s. 11 of the former *Divorce Act* that statutory interpretations emanating from the old legislation, such as the trilogy, cannot, it seems to me, continue to apply.

objectifs du par. 15.2(6) en matière d'aliments, les juges de première instance doivent examiner l'accord plus généralement à la lumière de tous les objectifs de la *Loi sur le divorce*. Les objectifs de la Loi dans son ensemble, comparativement aux objectifs énoncés au par. 15.2(6), comprennent les objectifs impérieux de la certitude, de l'autonomie et du règlement définitif. Ces objectifs obligent le juge à déterminer si l'accord représente le règlement définitif des différends, négocié dans des conditions irréfutables, et sur lequel les parties se sont entendues et veulent pouvoir compter. Ce n'est qu'après cela que le juge considère si l'accord doit néanmoins être écarté totalement ou partiellement parce qu'il n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi.

En conséquence, nous ne pouvons accepter la méthode suivie par le juge de première instance pour évaluer le poids à donner à l'accord préexistant.

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant un critère de « changement important »?

La juge Abella commence par se dire d'accord avec le juge de première instance que la demande a été présentée à juste titre en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce*, comme requête initiale en mesures accessoires. Sur l'applicabilité de la trilogie *Pelech* à la loi actuelle, la juge Abella déclare ne pas être disposée à conclure que notre Cour a fondé sa décision sur une loi différente de celle sur laquelle elle déclare expressément s'être fondée. Après un aperçu de la jurisprudence et la doctrine postérieures à la trilogie, elle fait le raisonnement suivant (au par. 60) :

[TRADUCTION] À mon sens, compte tenu du nouveau libellé de la *Loi sur le divorce* de 1985 et du nouveau regard porté par la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire conformément aux modifications législatives, il est difficile de justifier l'application continue de la trilogie qui a émané d'un cadre législatif complètement différent. Le libellé de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce* de 1985 s'écarte de façon si frappante du minimalisme linguistique et conceptuel de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* que les interprétations procédant de la vieille loi, comme la trilogie, ne peuvent, il me semble, continuer de s'appliquer.

58

59

Abella J.A. commented further at para. 65, that in the *Divorce Act*:

Agreements are not, notably, given any primacy, nor is there any explicit statutory direction for how the existence of an agreement is to be factored into an assessment of whether or how much support should be awarded.

60 We agree with Abella J.A. that the inclusion of “any order, agreement or arrangement” in s. 15.2(4)(c) suggests an intention on the part of Parliament to provide parties with a certain degree of confidence that these prior determinations, whether in the form of an order pursuant to a provincial statute, a formalized separation agreement, or some other arrangement between the parties, will not be easily disturbed. We further agree with Abella J.A. that there is no reason for subjecting a pre-existing agreement to a different or higher threshold than that for an agreement incorporated into an order. As she notes, where the parties properly consider a court order approving their agreement for support to be presumptively binding, it is difficult conceptually to see why a separation agreement that the parties view as no less binding should be subjected to a different threshold. A different threshold might provide an inappropriate incentive militating either for or against judicial approval of agreements.

61 We disagree, however, with Abella J.A.’s importation of the “material change” test developed for s. 17 of the Act (see *Willick, supra*) into s. 15.2 in respect of pre-existing agreements. As we noted earlier, the statutory language simply does not support this. Whereas s. 17 of the Act directs the court to satisfy itself that a change has occurred, s. 15.2 respecting initial support applications does not. Rather, s. 15.2(4) requires the court to consider the length of cohabitation, the roles of the parties during the marriage, and any orders, agreements or arrangements. This explicit direction cannot be avoided, cast, as it is, in mandatory language.

La juge Abella ajoute ceci à propos de la *Loi sur le divorce* (au par. 65) :

[TRADUCTION] Il faut souligner que les ententes ne jouissent d’aucun caractère prépondérant, et qu’aucune directive statutaire explicite ne montre comment il faut tenir compte d’une entente lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il y a lieu d’accorder une pension alimentaire au conjoint et, le cas échéant, le montant auquel elle devrait s’élever.

Nous convenons avec la juge Abella que l’inclusion de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement » à l’al. 15.2(4)c) indique l’intention du législateur de donner aux parties une certaine assurance que ces décisions antérieures, qu’il s’agisse d’une ordonnance en vertu d’une loi provinciale, d’un accord formel de séparation ou de tout autre arrangement entre les parties, ne seront pas aisément modifiées. Nous convenons aussi avec la juge Abella qu’il n’y a aucune raison d’appliquer à un accord préexistant un critère préliminaire différent ou plus rigoureux que celui qui s’applique à un accord incorporé dans une ordonnance. Elle note que, lorsque les parties pensent à juste titre qu’une ordonnance judiciaire entérinant leur entente est présumée obligatoire, il est conceptuellement difficile de voir pourquoi un accord de séparation, que les parties considèrent tout aussi obligatoire, devrait être soumis à un critère différent. L’imposition d’un critère préliminaire différent pourrait être une incitation inopportune en faveur ou à l’encontre de l’approbation judiciaire des ententes.

Cependant, nous ne sommes pas d’accord avec la juge Abella pour introduire dans l’art. 15.2, lorsqu’il s’agit d’accords antérieurs, le critère du « changement important » développé pour l’art. 17 de la Loi (voir *Willick, précité*). Comme nous le notons précédemment, cette interprétation n’est tout simplement pas étayée par le libellé de la loi. L’article 17 de la Loi impose au tribunal de s’assurer qu’il est survenu un changement, alors qu’il n’en est rien pour l’art. 15.2 en matière de demandes initiales de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(4) exige plutôt du tribunal qu’il tienne compte de la durée de la cohabitation, des fonctions que les parties ont remplies au cours du mariage, et de toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement. On ne peut se soustraire à cette directive explicite dont le libellé est impératif.

As we shall explain below, consistency between treatment of consensual agreements incorporated into orders and those that are not is achieved another way. It is achieved when judges making variation orders under s. 17 limit themselves to making the appropriate variation, but do not weigh all the factors to make a fresh order unrelated to the existing one, unless the circumstances require the rescission, rather than a mere variation of the order.

As we shall discuss more fully, however, changes to the parties' circumstances after completion of a separation agreement are obviously not wholly irrelevant considerations in assessing the weight to be given to a pre-existing agreement at the time of the application. In our view, the court should focus not on change as a threshold matter, leading to the total setting aside of an agreement, but rather on the totality of the circumstances, of which a change in the parties' circumstances will likely be an element. Put another way, it is not the existence of change *per se* that matters but whether, at the time of the application, all the circumstances render continued reliance on the pre-existing agreement unacceptable.

4. The Proper Approach to Applications Under Section 15.2

An initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires an investigation into all the circumstances surrounding that agreement, first, at the time of its formation, and second, at the time of the application. In our view, this two-stage analysis provides the court with a principled way of balancing the competing objectives underlying the *Divorce Act* and of locating the potentially problematic aspects of spousal support arrangements in their appropriate temporal context. Before doing so, however, it is necessary to discuss some of the interpretive difficulties affecting spousal support.

As a starting point, we endorse the reasoning of this Court in *Moge, supra*, where L'Heureux-Dubé J. held that the spousal support objectives of

Comme nous le verrons, il y a une autre façon d'assurer le traitement cohérent des ententes consensuelles, qu'elles soient incorporées dans des ordonnances ou non. Il s'agit, pour les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l'art. 17, de se limiter à apporter les modifications qui s'imposent, sans soupeser l'ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l'ordonnance existante, à moins que les circonstances n'en requièrent l'annulation plutôt que la simple modification.

Cependant, comme nous le verrons plus en détail, les changements survenus dans la situation des parties après la conclusion de l'accord de séparation ne sont évidemment pas entièrement dénués de pertinence lorsqu'il s'agit d'évaluer le poids à donner à l'accord au moment de la demande. À notre avis, le tribunal devrait se préoccuper non pas d'un changement comme question préliminaire pouvant mener à écarter totalement l'accord, mais de l'ensemble des circonstances, dont le changement dans la situation des parties sera vraisemblablement une composante. Autrement dit, ce n'est pas la survenance d'un changement en soi qui importe, mais la question de savoir si, au moment de la demande, l'ensemble des circonstances rendent inacceptable le maintien de l'accord antérieur.

4. La marche à suivre dans les demandes fondées sur l'art. 15.2

Une demande initiale d'aliments entre époux incompatible avec un accord antérieur exige l'examen de toutes les circonstances relatives à l'accord d'abord au moment de sa conclusion, puis au moment de la demande. À notre avis, cette analyse en deux étapes fournit au tribunal les principes qui vont guider la pondération des objectifs concurrents de la *Loi sur le divorce* et l'identification d'aspects potentiellement problématiques des arrangements en matière d'aliments, dans le cadre temporel voulu. Cependant, il faut parler avant cela de certaines difficultés d'interprétation en matière d'aliments entre époux.

Tout d'abord, nous souscrivons au raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Moge*, précité, où la juge L'Heureux-Dubé statue que les objectifs de la *Loi*

62

63

64

65

the *Divorce Act* are designed to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage and marriage breakdown. By explicitly directing the court to consider the objectives listed in s. 15.2(6), the 1985 Act departs significantly from the exclusive “means and needs” approach of the former statute. We note, however, that there is a potential tension between recognizing any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown and promoting, even if only to the extent practicable, the economic self-sufficiency of each spouse (ss. 15.2(6)(a) and 15.2(6)(d)). The way to reconcile these competing objectives is to recognize that the meaning of the term “equitable sharing” is not fixed in the Act and will, rather, vary according to the facts of a particular marriage. Parliament, aware of the many ways in which parties structure a marriage and particularly its economic aspects, drafted legislation broad enough that one cannot say that the spousal support provisions have a narrow fixed content. Contrasted with the former Act, then, these objectives expressly direct the court to consider different criteria on which to base entitlement to spousal support, while retaining the objective of fostering the parties’ ability to get on with their lives.

sur le divorce en matière d’aliments entre époux visent à assurer un partage équitable des conséquences économiques résultant du mariage et de son échec. En obligeant expressément le tribunal à prendre en considération les objectifs énumérés au par. 15.2(6), la Loi de 1985 s’écarte considérablement de la méthode exclusive des « ressources et besoins » préconisée par l’ancienne loi. Nous constatons toutefois que la prise en compte des avantages ou des inconvénients économiques du mariage ou de son échec pour les époux peut être en contradiction avec la promotion, même dans la mesure du possible seulement, de l’indépendance économique de chacun d’eux (al. 15.2(6)a) et d)). Pour concilier ces objectifs concurrents, il faut reconnaître que le sens de l’expression « partage équitable » n’est pas déterminé dans la Loi et qu’il varie plutôt en fonction des faits propres à chaque mariage. Conscient des nombreuses manières dont les parties structurent leur mariage et plus particulièrement ses aspects économiques, le législateur a rédigé la loi en termes assez larges, de sorte qu’il n’est pas possible d’affirmer que les dispositions relatives aux aliments entre époux ont un contenu fixe étroit. Par contraste avec l’ancienne loi, ces objectifs obligent expressément le tribunal à prendre en considération divers critères sur lesquels repose le droit aux aliments, tout en maintenant l’objectif de promouvoir la capacité des parties à refaire leur vie.

66

The role that these objectives was intended to play, however, must be understood in the proper statutory context. Whether by way of an initial application or an application to vary, the criteria listed in s. 15.2(6) and s. 17(7) pertain to spousal support orders imposed by the court. Nowhere in the *Divorce Act* is it expressed that parties must adhere strictly, or at all, to these objectives in reaching a mutually acceptable agreement. Rather, the listed objectives relate only to orders for spousal support, that is, to circumstances where the parties have been unable to reach an agreement. Moreover, the positive obligation that the Act places on counsel to advise their clients of alternatives to litigation, noted above, indicates Parliament’s clear conception of the new divorce regime as one that places a high premium on private settlement. Parliament’s preference appears to be that parties settle their dispute,

Le rôle de ces objectifs doit cependant être situé dans le contexte législatif approprié. Qu’il s’agisse d’une demande initiale ou d’une demande de modification, les critères énumérés au par. 15.2(6) et au par. 17(7) s’appliquent aux ordonnances alimentaires rendues par un tribunal au profit d’un époux. La *Loi sur le divorce* ne mentionne nulle part que les parties doivent adhérer strictement — ni même du tout — à ces objectifs lorsqu’elles tentent de conclure un accord mutuellement acceptable. Les objectifs énumérés ne concernent que les ordonnances alimentaires, c’est-à-dire les cas où les parties sont incapables de s’entendre. Cela, ajouté à l’obligation positive qu’impose la Loi aux avocats d’aviser leurs clients des options autres que le procès, révèle clairement la conception par le législateur d’un nouveau régime de divorce privilégiant fortement le règlement privé

without asking a court to apply s. 15.2(6) to make an order. This is not to suggest that the objectives are irrelevant in the context of a negotiated agreement. The parties, or at least their counsel, will be conscious of the likely outcome of litigation in the event that negotiation fails. Consideration of the statutory entitlements will undoubtedly influence negotiations. But the mutually acceptable agreement negotiated by the parties will not necessarily mirror the spousal support that a judge would have awarded. Holding that any agreement that deviates from the objectives listed in s. 15.2(6) be given little or no weight would seriously undermine the significant policy goal of negotiated settlement. It would also undermine the parties' autonomy and freedom to structure their post-divorce lives in a manner that reflects their own objectives and concerns. Such a position would leave little room to recognize the terms that the parties determined were mutually acceptable to them and in substantial compliance with the objectives of the *Divorce Act*.

Having said this, we are of the view that there is nevertheless a significant public interest in ensuring that the goal of negotiated settlements not be pursued, through judicial approbation of agreements, with such a vengeance that individual autonomy becomes a straitjacket. Therefore, assessment of the appropriate weight to be accorded a pre-existing agreement requires a balancing of the parties' interest in determining their own affairs with an appreciation of the peculiar aspects of separation agreements generally and spousal support in particular.

Each of the parties in this appeal has suggested a model for the exercise of judicial discretion in the context of a s. 15.2 application. The appellant submits that the proper test for determining the weight due a pre-existing agreement mirrors that adopted by several provincial legislatures in statutes dealing with spousal support. In Ontario, for example, the *Family Law Act* confers on the court a discretion to set aside a domestic contract in certain circumstances. Concerning the court's

des affaires. Le législateur paraît préférer que les parties règlent leur différend sans demander au tribunal de rendre une ordonnance fondée sur le par. 15.2(6). Cela ne signifie pas que les objectifs sont dénués de pertinence dans le contexte d'une entente négociée. Les parties, ou du moins leurs avocats, connaissent l'issue probable d'un procès advenant l'échec des négociations. La connaissance des droits conférés par la loi influence inévitablement le déroulement des négociations. Pourtant l'accord mutuellement acceptable négocié par les parties ne reflète pas nécessairement la pension alimentaire qu'un juge accorderait au profit d'un époux. Conclure que tout accord dérogeant aux objectifs du par. 15.2(6) n'aura que peu ou pas de poids serait une atteinte sérieuse à l'important objectif d'encourager le règlement négocié des affaires, ainsi qu'une atteinte à l'autonomie et à la liberté des parties de structurer leur vie après le divorce d'une manière qui reflète leurs propres objectifs et préoccupations. Une telle interprétation laisserait peu de place à la reconnaissance des termes de l'entente que les parties ont jugés mutuellement acceptables et essentiellement conformes aux objectifs de la *Loi sur le divorce*.

Cela dit, nous sommes d'avis qu'il est nettement dans l'intérêt public de veiller à ce que l'objectif des règlements négociés ne soit pas poursuivi, par le truchement de l'approbation judiciaire des ententes, avec une ardeur telle que l'autonomie individuelle devienne un carcan. Par conséquent, pour évaluer le poids à donner à un accord préexistant, il faut mettre en balance l'intérêt des parties à régler leurs propres affaires et les aspects propres aux accords de séparation en général et aux aliments entre époux en particulier.

Chacune des parties au pourvoi a proposé un modèle d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 15.2. L'appelant fait valoir que le critère à utiliser pour déterminer le poids à donner à un accord préexistant correspond à celui qu'ont adopté plusieurs législatures provinciales dans leurs textes législatifs concernant les aliments entre époux. En Ontario, par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'annuler un

67

68

exercise of its supervisory discretion, s. 33(4) provides as follows:

33. . . .

(4) The court may set aside a provision for support or a waiver of the right to support in a domestic contract or paternity agreement and may determine and order support in an application under subsection (1) although the contract or agreement contains an express provision excluding the application of this section,

- (a) if the provision for support or the waiver of the right to support results in unconscionable circumstances [in French: *situation inadmissible*]; [Emphasis added.]

69

Counsel for the appellant urges this Court to adopt a similar test of “unconscionable circumstances”. She suggests that these provisions are directed to relieve unconscionable circumstances at the time of the support application, rather than to offer relief from an agreement that was unconscionable at the time of signing. In the appellant’s view, the latter situation can be remedied in accordance with the general law of contract.

70

The appellant’s counsel further submits that the “unconscionable circumstances” test gives sufficient weight to the binding nature of domestic contracts while being flexible enough to redress gross inequities. Moreover, she argues that it avoids the difficulties that arise where both the sufficiency and the foreseeability of “change” form part of the test. Finally, she submits that, because it already appears in several provincial regimes, such a test has the added benefit of offering a degree of uniformity to an important area of law.

71

In contrast, counsel for the respondent proposes a more searching standard of review. He proposes the following test, at para. 123 of his factum:

On an originating application for spousal support, where spousal support has been released or a time limited support arrangement has ended, examining a prior agreement as a whole, and having regard to the factors and objectives of a spousal support order listed in section 15.2 of the *Divorce Act*, a court should

contrat familial dans certaines situations. Sur l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire de surveillance, le par. 33(4) dispose :

33. . . .

(4) Le tribunal peut annuler une disposition alimentaire ou une renonciation au droit à des aliments qui figure dans un contrat familial ou un accord de paternité et il peut ordonner, à la suite d’une requête présentée en vertu du paragraphe (1), que des aliments, dont il fixe le montant, soient versés bien que le contrat ou l’accord contienne une disposition expresse excluant l’application du présent article si, selon le cas :

- a) la disposition alimentaire ou la renonciation au droit à des aliments donne lieu à une situation inadmissible [en anglais « *unconscionable circumstances* »]; [Nous soulignons.]

L’avocate de l’appelant exhorte la Cour à adopter un critère semblable à celui de la « situation inadmissible ». Selon elle, ces dispositions visent à remédier à une situation qui est inadmissible au moment de la demande de pension alimentaire, plutôt qu’à remédier à un accord qui était inadmissible au moment de sa conclusion. L’appelant prétend qu’il est possible de remédier à la dernière situation en recourant au droit général des contrats.

L’avocate de l’appelant soutient de plus que le critère de la « situation inadmissible » donne suffisamment de poids au caractère exécutoire des contrats familiaux tout en étant assez souple pour réparer les injustices graves. De plus, elle fait valoir qu’il permet d’éviter les difficultés qui surgissent lorsque le critère vise à la fois l’importance et la prévisibilité du « changement ». Enfin, elle avance que ce critère comporte l’avantage additionnel d’offrir un degré d’uniformité à un domaine important du droit étant donné qu’il s’applique déjà dans plusieurs régimes provinciaux.

En revanche, l’avocat de l’intimée propose une norme de contrôle plus rigoureuse (au par. 123 de son mémoire) :

[TRADUCTION] Dans le cadre d’une demande initiale de pension alimentaire au profit d’un époux, lorsqu’il y a eu renonciation aux aliments ou lorsqu’un arrangement à durée limitée a pris fin, le tribunal devrait, après avoir examiné l’entente antérieure dans son ensemble et eu égard aux facteurs et objectifs propres à une ordonnance

award reasonable spousal support to a claimant spouse where:

(a) the spousal support provisions of the previous agreement did not reasonably reflect the factors and objectives of section 15.2 of the *Act* at the time the agreement was executed or, in other words, where the spousal support provisions in the previous agreement were not within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible; or

(b) the provisions of the agreement have resulted in unfair circumstances such that the agreement does not meet the factors and objectives of the *Divorce Act* as anticipated.

We note, in passing, that neither of the proposals put forth by the parties resembles the tests adopted in the courts below. Indeed, counsel for both parties have provided this Court with able submissions on the unworkability of both the trial judge's loosely crafted "fairness" test and the Court of Appeal's "material change" test. We also note that the differences between the proposals put forth by the parties are subtle. Each reflects an attempt to balance the competing objectives at work in the *Divorce Act*. The difference lies in how that balance is ultimately struck.

In our view, there is merit to each of these positions. Nevertheless, we believe that the approach that will provide both negotiating spouses and, failing agreement, courts with a principled and consistent framework is not that proposed by either party. The test should ultimately recognize the particular ways in which separation agreements generally and spousal support arrangements specifically are vulnerable to a risk of inequitable sharing at the time of negotiation and in the future. At the same time, the test must not undermine the parties' right to decide for themselves what constitutes for them, in the circumstances of their marriage, mutually acceptable equitable sharing. Our approach, for example, takes greater account of the parties' subjective sense of equitable sharing than the objective "unconscionable circumstances" standard proposed by counsel for the appellant.

alimentaire qui sont énumérés à l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*, accorder à l'époux requérant un montant raisonnable au titre des aliments dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) les dispositions en matière d'aliments dans l'entente antérieure ne reflétaient pas raisonnablement les facteurs et objectifs prévus à l'article 15.2 de la *Loi* lors de la conclusion de l'entente; autrement dit, les dispositions en matière d'aliments dans l'entente antérieure débordaient le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible;

b) les dispositions de l'entente ont donné lieu à des circonstances injustes, de telle sorte que l'entente ne satisfait pas comme prévu aux facteurs et objectifs de la *Loi sur le divorce*.

Soulignons en passant qu'aucun des critères proposés par les parties ne ressemble à ceux que les juridictions inférieures ont adoptés. En fait, les avocats des deux parties ont présenté à la Cour des arguments éloquentes sur les difficultés d'application tant du critère mal défini de l'« équité » avancé par le juge de première instance que du critère du « changement important » énoncé par la Cour d'appel. Nous observons également que les distinctions entre les propositions des parties sont subtiles. Les deux cherchent à soulever les objectifs concurrents au sein de la *Loi sur le divorce*. La différence réside dans la façon de réaliser, en fin de compte, l'équilibre.

À notre avis, chacune de ces positions est valable. Nous estimons néanmoins que ni l'une ni l'autre des positions des parties ne propose la méthode qui fournira aux époux négociateurs et, en l'absence d'accord, aux tribunaux un cadre cohérent de principes. Le critère devrait reconnaître en définitive la façon particulière dont les accords de séparation, en général, et les arrangements en matière d'aliments entre époux, en particulier, comportent un risque de partage inequitable lors de la négociation et plus tard. En même temps, ce critère ne doit pas porter atteinte au droit des parties de décider elles-mêmes ce qui constitue pour elles, dans les circonstances de leur mariage, un partage équitable. Notre méthode, par exemple, tient davantage compte de la conception subjective des parties de ce qui est équitable que de la norme objective de la « situation inadmissible » proposée par l'avocate de l'appellant.

72

73

74

Negotiations in the family law context of separation or divorce are conducted in a unique environment. Both academics and practitioners have acknowledged that this is a time of intense personal and emotional turmoil, in which one or both of the parties may be particularly vulnerable. Unlike emotionally neutral economic actors negotiating in the commercial context, divorcing couples inevitably bring to the table a host of emotions and concerns that do not obviously accord with the making of rational economic decisions. As Payne and Payne note:

In the typical divorce scenario, spouses negotiate a settlement, often with the aid of lawyers, at a time when they are still experiencing the emotional trauma of marriage breakdown. Spouses who have not come to terms with the death of their marriage and who feel guilty, depressed or angry in consequence of the marriage breakdown are ill-equipped to form decisions of a permanent and legally binding nature.

(J. D. Payne and M. A. Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), at p. 78. See also *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118 (Ont. S.C.))

75

Add to this mix the intimate nature of the marital relationship that makes it difficult to overcome potential power imbalances and modes of influence. As Wilson J. notes in *Leopold*, at para. 128:

[F]or parties negotiating a separation agreement, one party may have power and dominance financially, or may possess power through influence over the children. Our courts have also recognized the need to curtail one spouse's power over the other. The reality . . . is that often both contracting parties are vulnerable emotionally, with their judgment and ability to plan diminished, without the other spouse preying upon or influencing the other. The complex marital relationship is full of potential power imbalance. In a sense, vulnerability is implicit in the difficult emotional process of separation.

76

We also note that, depending on the circumstances of the parties, a wide array of interrelated elements may make up a global separation agreement.

Les négociations dans le contexte juridique d'une séparation ou d'un divorce se déroulent dans un cadre particulier. Les auteurs et les praticiens reconnaissent qu'il s'agit d'une période d'intenses bouleversements personnels et émotifs au cours de laquelle les parties, ou l'une d'elles, peuvent se sentir particulièrement vulnérables. Contrairement aux acteurs économiques émotivement neutres des négociations commerciales, les couples qui divorcent apportent inévitablement à la table des négociations une multitude d'émotions et de préoccupations qui ne cadrent manifestement pas avec la prise de décisions économiques rationnelles. Payne et Payne soulignent :

[TRADUCTION] Dans le scénario typique d'un divorce, les époux négocient le règlement de leurs affaires, souvent avec l'aide d'avocats, dans une période où ils vivent encore le traumatisme émotif de l'échec de leur mariage. Les époux qui n'ont pas accepté la fin de leur mariage et qui se sentent coupables, déprimés ou en colère par suite de l'échec du mariage ne sont pas en mesure de prendre des décisions à caractère permanent et exécutoire.

(J. D. Payne et M. A. Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), p. 78. Voir également *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118 (C.S. Ont.))

S'ajoute à cela le caractère intime de la relation conjugale, qui accroît la difficulté de surmonter le déséquilibre potentiel des forces et les modes d'influence. Comme le fait observer la juge Wilson dans *Leopold*, précité, par. 128 :

[TRADUCTION] [P]our les parties qui négocient un accord de séparation, l'une peut avoir un pouvoir financier prédominant ou peut jouir d'un certain pouvoir grâce à son influence sur les enfants. Nos tribunaux ont également reconnu le besoin de restreindre le pouvoir d'un époux sur l'autre. La réalité [. . .] est que souvent les deux parties contractantes sont vulnérables sur le plan émotif, leur jugement et leur capacité de planification diminués, sans que l'une cherche à nuire ou à influencer l'autre. La relation conjugale complexe recèle de nombreux déséquilibres potentiels des forces. Dans un certain sens, la vulnérabilité est implicite dans le difficile processus émotif de la séparation.

Nous remarquons aussi que, selon la situation des parties, un accord de séparation global peut comprendre un vaste éventail d'éléments

Such a separation agreement may comprise division or equalization of marital property, provision for custody and support of any children, as well as provisions for spousal support, be it in the form of lump sum, periodic payment, time-limited payment or a waiver and release. These matters, with the exception of the property division, are primarily prospective in nature, although compensatory spousal support is retrospective. As Shaffer and Rogerson point out, *supra*, at pp. 68-69:

At the point separation agreements are being negotiated it is difficult to know what post-divorce life will be like and how it will unfold. . . .

[The] economic advantages and disadvantages are often difficult to predict in advance; rather the full impact of the marriage and its breakdown is something that only becomes apparent over time. In our view one of the main problems with contracting spousal support is that spouses routinely underestimate the time it will take a formerly dependent spouse to overcome the economic disadvantages of the marriage and become self-sufficient. But foreseeability problems can also affect payors who may experience unexpected decreases in their income.

In our view, Parliament's recognition of the potential complications in the process of contracting spousal support is reflected in the *Divorce Act* itself. We see this in the direction to the court to consider an agreement as only one factor among others, rather than to treat it as binding, subject merely to remedies in contract law. Accordingly, contract law principles are not only better suited to the commercial context, but it is implicit in s. 15 of the 1985 Act that they were not intended to govern the applicability of private contractual arrangements for spousal support.

Therefore, in searching for a proper balance between consensus and finality on the one hand, and sensitivity to the unique concerns that arise in the post-divorce context on the other, a court should be guided by the objectives of spousal support listed in the Act. In doing so, however, the court should treat the parties' reasonable best efforts to

interreliés. L'accord peut prévoir la division ou l'égalisation des biens matrimoniaux, la garde et les aliments des enfants, de même que les aliments au profit d'un époux, que ce soit sous la forme d'un capital, d'une pension ou d'un paiement à durée limitée, ou d'une renonciation. À l'exception du partage des biens, ces questions sont essentiellement de nature prospective, quoique la pension alimentaire compensatoire au conjoint ait un caractère rétrospectif. Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, soulignent aux p. 68-69 :

[TRADUCTION] Au moment de la négociation des accords de séparation, il est difficile de savoir ce que réservera la vie après le divorce . . .

[II] est souvent difficile de prévoir d'avance les avantages et les inconvénients économiques; les répercussions réelles du mariage et de son échec ne deviennent apparentes qu'avec le temps. À notre avis, un des principaux problèmes des accords contractuels sur les pensions alimentaires entre époux tient au fait que les époux sous-estiment couramment le temps que prendra l'époux anciennement dépendant pour surmonter les inconvénients économiques liés au mariage et devenir autonome. Toutefois, les problèmes de prévisibilité peuvent aussi toucher les payeurs dont les revenus peuvent diminuer soudainement.

Selon nous, la *Loi sur le divorce* elle-même indique que le législateur est conscient des complications pouvant survenir dans le processus de négociation d'un accord sur les aliments entre époux. Cela ressort de la directive au tribunal de considérer l'accord comme un facteur parmi d'autres, plutôt que de le considérer exécutoire, sous réserve seulement des recours du droit des contrats. En conséquence, les principes du droit des contrats se prêtent mieux au contexte commercial et, de plus, il ressort implicitement de l'art. 15 de la Loi de 1985 qu'ils ne sont pas conçus pour régir l'applicabilité d'arrangements contractuels privés en matière d'aliments entre époux.

Donc, dans la recherche d'un juste équilibre entre consensus et règlement définitif, d'une part, et l'attention aux problèmes très particuliers qui surviennent après le divorce, d'autre part, le tribunal devrait être guidé par les objectifs de la Loi en matière d'aliments entre époux. Ce faisant, toutefois, le tribunal devrait présumer déterminants, en matière

meet those objectives as presumptively dispositive of the spousal support issue. The court should set aside the wishes of the parties as expressed in a pre-existing agreement only where the applicant shows that the agreement fails to be in substantial compliance with the overall objectives of the Act. These include not only those apparent in s. 15.2 but also, as noted above, certainty, finality and autonomy.

79 With these broad concerns in mind, we now turn to the specifics of the two-stage approach to the exercise of the court's discretion.

(a) *Stage One*

80 In an originating application for spousal support, where the parties have executed a pre-existing agreement, the court should first look to the circumstances in which the agreement was negotiated and executed to determine whether there is any reason to discount it.

(i) The Circumstances of Execution

81 It is difficult to provide a definitive list of factors to consider in assessing the circumstances of negotiation and execution of an agreement. We simply state that the court should be alive to the conditions of the parties, including whether there were any circumstances of oppression, pressure, or other vulnerabilities, taking into account all of the circumstances, including those set out in s. 15.2(4)(a) and (b) and the conditions under which the negotiations were held, such as their duration and whether there was professional assistance.

82 We pause here to note three important points. First, we are not suggesting that courts must necessarily look for "unconscionability" as it is understood in the common law of contract. There is a danger in borrowing terminology rooted in other branches of the law and transposing it into what all agree is a unique legal context. There may be persuasive evidence brought before the court that one party took advantage of the vulnerability of the other party in separation or divorce negotiations that would fall short of evidence of the power

d'aliments, les efforts raisonnables qu'ont faits les parties pour atteindre ces objectifs. Le tribunal ne devrait faire abstraction des désirs exprimés par les parties dans un accord préexistant que si le requérant démontre que l'accord n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la Loi. Nous avons vu qu'ils comprennent non seulement ceux de l'art. 15.2, mais également les objectifs de la certitude, du règlement définitif et de l'autonomie.

À la lumière de ces considérations générales, passons aux détails des deux étapes de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

a) *Première étape*

Dans le cadre d'une demande initiale d'aliments entre époux, le tribunal devrait, en présence d'un accord préexistant, examiner d'abord les circonstances dans lesquelles l'accord a été négocié et conclu afin de décider s'il y a lieu de l'écarter.

(i) Les circonstances de la conclusion de l'accord

Il est difficile de fournir une liste définitive des facteurs à considérer lorsqu'on examine le contexte de la négociation et de la conclusion d'un accord. Nous disons simplement que le tribunal devrait être conscient de la situation des parties, notamment la présence d'oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité, compte tenu de toutes les circonstances, y compris celles énumérées aux al. 15.2(4)a) et b), et des conditions dans lesquelles les négociations se sont déroulées, comme leur durée et l'apport d'une aide professionnelle.

Arrêtons-nous ici pour faire ressortir trois points importants. Premièrement, nous ne voulons pas laisser entendre que les tribunaux doivent nécessairement rechercher une situation « abusive » au sens de la common law en matière contractuelle. Il est dangereux d'emprunter la terminologie d'autres branches du droit et de la transposer à ce que nous reconnaissons tous être un contexte juridique très particulier. Il peut être présenté au tribunal des preuves convaincantes qu'une partie a profité de la vulnérabilité de l'autre dans les négociations en matière

imbalance necessary to demonstrate unconscionability in a commercial context between, say, a consumer and a large financial institution. Next, the court should not presume an imbalance of power in the relationship or a vulnerability on the part of one party, nor should it presume that the apparently stronger party took advantage of any vulnerability on the part of the other. Rather, there must be evidence to warrant the court's finding that the agreement should not stand on the basis of a fundamental flaw in the negotiation process. Recognition of the emotional stress of separation or divorce should not be taken as giving rise to a presumption that parties in such circumstances are incapable of assenting to a binding agreement. If separating or divorcing parties were generally incapable of making agreements it would be fair to enforce, it would be difficult to see why Parliament included "agreement or arrangement" in s. 15.2(4)(c). Finally, we stress that the mere presence of vulnerabilities will not, in and of itself, justify the court's intervention. The degree of professional assistance received by the parties will often overcome any systemic imbalances between the parties.

Where vulnerabilities are not present, or are effectively compensated by the presence of counsel or other professionals or both, or have not been taken advantage of, the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions. Accordingly, the court should be loathe to interfere. In contrast, where the power imbalance did vitiate the bargaining process, the agreement should not be read as expressing the parties' notion of equitable sharing in their circumstances and the agreement will merit little weight.

(ii) The Substance of the Agreement

Where the court is satisfied that the conditions under which the agreement was negotiated are satisfactory, it must then turn its attention to the

de séparation ou de divorce qui seraient insuffisantes pour démontrer le déséquilibre des forces permettant de conclure à l'existence d'une situation abusive dans un contexte commercial mettant en présence, par exemple, un consommateur et une importante institution financière. Ensuite, le tribunal ne devrait pas présumer l'existence d'un déséquilibre des forces ou la vulnérabilité d'une partie, ni présumer que la partie en apparence plus forte a profité de la vulnérabilité de l'autre. Il faut apporter une preuve qui justifie la conclusion que l'accord ne peut être maintenu en raison d'un vice fondamental dans le processus de négociation. La reconnaissance du stress émotif résultant de la séparation ou du divorce ne crée pas une présomption que les parties se trouvant dans cette situation sont incapables de consentir à une entente qui les liera. Si les parties en instance de séparation ou de divorce étaient en général incapables de conclure des ententes équitables et exécutoires, il serait difficile de comprendre pourquoi le législateur a inclus l'expression « toute entente ou tout arrangement » à l'al. 15.2(4)c). Enfin, nous tenons à souligner que la simple existence d'une situation de vulnérabilité ne justifie pas en soi l'intervention du tribunal. L'aide professionnelle donnée aux parties vient souvent à bout d'un déséquilibre systémique entre les parties.

En l'absence de vulnérabilité, ou lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la présence d'un avocat, d'un autre professionnel ou des deux, ou lorsqu'il n'a pas été tiré parti de la vulnérabilité, le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions. Le tribunal doit donc être réticent à intervenir. En revanche, lorsque le déséquilibre des forces a effectivement vicié le processus de négociation, l'accord ne doit pas être interprété comme exprimant l'idée que se font les parties d'un partage équitable, dans leur situation, et il n'a donc que peu de poids.

(ii) Le contenu de l'accord

Lorsque le tribunal estime satisfaisantes les conditions dans lesquelles l'accord a été négocié, il doit alors s'attacher à son contenu. Il doit déterminer

substance of the agreement. The court must determine the extent to which the agreement takes into account the factors and objectives listed in the Act, thereby reflecting an equitable sharing of the economic consequences of marriage and its breakdown. Only a significant departure from the general objectives of the Act will warrant the court's intervention on the basis that there is not substantial compliance with the Act. The court must not view spousal support arrangements in a vacuum, however; it must look at the agreement or arrangement in its totality, bearing in mind that all aspects of the agreement are inextricably linked and that the parties have a large discretion in establishing priorities and goals for themselves.

85

When examining the substance of the agreement, the court should ask itself whether the agreement is in substantial compliance with the *Divorce Act*. As just noted, this "substantial compliance" should be determined by considering whether the agreement represents a significant departure from the general objectives of the Act, which necessarily include, as well as the spousal support considerations in s. 15.2, finality, certainty, and the invitation in the Act for parties to determine their own affairs. The greater the vulnerabilities present at the time of formation, the more searching the court's review at this stage.

86

Two comments are necessary here. First, assessment of an agreement's substantial compliance with the entire Act will necessarily permit a broader gamut of arrangements than would be the case if testing agreements narrowly against the support order objectives in s. 15.2(6). Second, a determination that an agreement fails to comply substantially with the Act does not necessarily mean that the entire agreement must be set aside and ignored. Provided that demonstrated vulnerability and exploitation did not vitiate negotiation, even a negotiated agreement that it would be wrong to enforce in its totality may nevertheless indicate the parties' understanding of their marriage and, at least in a general sense, their intentions for the future. Consideration of such an agreement would continue to be mandatory under s. 15.2(4). For example, if it appeared inappropriate to enforce a time limit in a support agreement,

dans quelle mesure l'accord tient compte des facteurs et des objectifs énumérés dans la Loi, et correspond à un partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. Seule une dérogation importante aux objectifs généraux de la Loi justifie l'intervention du tribunal selon le motif que l'accord n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi. Les arrangements alimentaires entre époux ne doivent pas être envisagés dans l'abstrait; le tribunal doit examiner l'accord ou l'arrangement dans son ensemble, sans perdre de vue que tous les aspects de l'accord sont inextricablement liés et que les parties disposent d'une grande latitude pour établir leurs priorités et leurs objectifs.

Lorsqu'il examine le contenu de l'accord, le tribunal doit se demander s'il est conforme pour l'essentiel à la *Loi sur le divorce*. Nous venons de voir que l'évaluation de la « conformité pour l'essentiel » consiste à se demander si l'accord marque un écart important par rapport aux objectifs généraux de la Loi qui, outre les considérations relatives aux aliments entre époux à l'art. 15.2, comprennent nécessairement la finalité, la certitude et l'invitation aux parties de régler leurs propres affaires. Plus la vulnérabilité était importante au moment de la formation de l'accord, plus l'examen du tribunal sera rigoureux à ce stade.

Deux commentaires s'imposent ici. Premièrement, l'appréciation de la conformité générale de l'accord à l'ensemble de la Loi permet nécessairement une gamme plus large d'arrangements qu'un examen restreint à son évaluation au regard des objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments. Deuxièmement, la conclusion qu'une entente n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi ne signifie pas forcément qu'il faille l'écarter ou l'annuler entièrement. Dans la mesure où la vulnérabilité et l'exploitation n'ont pas vicié le processus de négociation, même une entente négociée qui, parce que défectueuse, ne devrait pas être appliquée intégralement peut néanmoins témoigner de la façon dont les parties conçoivent leur mariage et, du moins de manière générale, leurs projets futurs. La prise en compte d'une telle convention demeurerait obligatoire en vertu du par. 15.2(4). Par exemple,

the quantum of support agreed upon might still be appropriate, and the agreement might then simply be extended, indefinitely or for a different fixed term.

(b) *Stage Two*

Where negotiation of the agreement is not impugned on the basis set out above and the agreement was in substantial compliance with the general objectives of the Act at its time of creation, the court should defer to the wishes of the parties and afford the agreement great weight. Nevertheless, the vicissitudes of life mean that, in some circumstances, parties may find themselves down the road of their post-divorce life in circumstances not contemplated. Accordingly, on the bringing of an application under s. 15.2, the court should assess the extent to which enforcement of the agreement still reflects the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act.

The parties' intentions, as reflected by the agreement, are the backdrop against which the court must consider whether the situation of the parties at the time of the application makes it no longer appropriate to accord the agreement conclusive weight. We note that it is unlikely that the court will be persuaded to disregard the agreement in its entirety but for a significant change in the parties' circumstances from what could reasonably be anticipated at the time of negotiation. Although the change need not be "radically unforeseen", and the applicant need not demonstrate a causal connection to the marriage, the applicant must nevertheless clearly show that, in light of the new circumstances, the terms of the agreement no longer reflect the parties' intentions at the time of execution and the objectives of the Act. Accordingly, it will be necessary to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned.

We stress that a certain degree of change is foreseeable most of the time. The prospective nature

s'il paraissait inopportun d'appliquer une limite de temps à une entente alimentaire, le montant convenu pourrait demeurer approprié et l'entente pourrait donc simplement être prorogée, indéfiniment ou pour une autre durée fixe.

b) *Deuxième étape*

Lorsque la négociation de l'accord n'est pas contestée pour les raisons évoquées précédemment et qu'à sa conclusion, l'accord était conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi, le tribunal devrait s'en remettre à la volonté des parties et donner une grande importance à l'accord. Néanmoins, les vicissitudes de la vie étant ce qu'elles sont, les parties peuvent parfois se retrouver, après le divorce, dans des situations qu'elles n'avaient pas envisagées. En conséquence, lorsqu'il est saisi d'une demande fondée sur l'art. 15.2, le tribunal devrait examiner dans quelle mesure l'application de l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et la mesure dans laquelle l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi.

Telle qu'elle se traduit dans l'accord, la volonté des parties est la toile de fond sur laquelle le tribunal détermine si la situation des parties, au moment de la demande, fait qu'il n'est plus justifié de donner à l'accord une importance déterminante. Nous signalons qu'il est peu probable que le tribunal se laisse convaincre d'écarter totalement l'accord en l'absence de changement important dans la situation des parties par rapport à ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation. Quoique le changement n'ait pas à être « radicalement imprévisible » et qu'il n'y ait pas à établir le lien de causalité avec le mariage, le requérant doit néanmoins démontrer clairement que, compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l'accord ne traduisent plus ce qu'était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi. Il sera donc nécessaire de démontrer que ces nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée.

Nous tenons à souligner que, dans la plupart des cas, un certain degré de changement est prévisible.

87

88

89

of these agreements cannot be lost on the parties and they must be presumed to be aware that the future is, to a greater or lesser extent, uncertain. It will be unconvincing, for example, to tell a judge that an agreement never contemplated that the job market might change, or that parenting responsibilities under an agreement might be somewhat more onerous than imagined, or that a transition into the workforce might be challenging. Negotiating parties should know that each person's health cannot be guaranteed as a constant. An agreement must also contemplate, for example, that the relative values of assets in a property division will not necessarily remain the same. Housing prices may rise or fall. A business may take a downturn or become more profitable. Moreover, some changes may be caused or provoked by the parties themselves. A party may remarry or decide not to work. Where the parties have demonstrated their intention to release one another from all claims to spousal support, changes of this nature are unlikely to be considered sufficient to justify dispensing with that declared intention. That said, we repeat that a judge is not bound by the strict *Pelech* standard to intervene only once a change is shown to be "radical". Likewise, it is unnecessary for the party seeking court-ordered support to demonstrate that the circumstances rendering enforcement of the agreement inappropriate are causally connected to the marriage or its breakdown. The test here is not strict foreseeability; a thorough review of case law leaves virtually no change entirely unforeseeable. The question, rather, is the extent to which the unimpeachably negotiated agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application.

Les parties ne peuvent ignorer le caractère prospectif de ces accords et elles doivent être réputées savoir que l'avenir est plus ou moins incertain. Par exemple, il est peu convaincant de dire au juge que l'accord n'a jamais envisagé que le marché du travail puisse changer, ou que les responsabilités parentales prévues dans l'accord puissent se révéler plus onéreuses que prévu, ou encore que la transition vers le marché du travail puisse être difficile. Les parties négociatrices devraient savoir qu'on ne peut garantir à personne une santé stable. L'accord doit également envisager, par exemple, la fluctuation de la valeur relative des actifs après leur répartition. Les prix des maisons peuvent augmenter ou baisser. Une entreprise peut connaître un ralentissement ou un bel essor. De plus, certains changements peuvent être causés ou provoqués par les parties elles-mêmes. Une partie peut se remarier ou décider de ne pas travailler. Lorsque les parties ont démontré leur volonté de se libérer mutuellement de toute créance alimentaire, il est peu probable que de tels changements soient jugés suffisants pour écarter cette volonté déclarée. Cela dit, il faut répéter que le juge n'est pas tenu à la norme stricte de l'arrêt *Pelech*, de n'intervenir qu'au seul cas où la preuve d'un changement « radical » est apportée. De même, il n'est pas nécessaire que la partie qui demande au tribunal une ordonnance alimentaire démontre que les circonstances militant contre l'application de l'accord ont un lien de causalité avec le mariage ou son échec. Le critère applicable n'est pas l'imprévisibilité absolue; un examen approfondi de la jurisprudence révèle que pratiquement aucun changement n'est entièrement imprévisible. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure on peut dire que l'accord négocié de façon irréprochable a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande.

90

The court's focus should be on the agreement's continued correspondence to the parties' original intentions as to their relative positions and the overall objectives of the Act, not on whether a change occurred *per se*. That is to say, we do not consider "change" of any particular nature to be a threshold requirement which, once established, entitles the court to jettison the agreement entirely. Rather, the court should be persuaded that both the intervention

Le tribunal doit axer l'examen sur la correspondance continue entre l'accord et la volonté initiale des parties quant à leurs positions relatives, et les objectifs généraux de la Loi, et non sur la survenance d'un changement en soi. Autrement dit, nous ne considérons pas le « changement », quel qu'il soit, comme étant une exigence préliminaire qui, une fois remplie, permet au tribunal d'écarter totalement l'accord. Le tribunal devrait plutôt être

and the degree of intervention are warranted. That is, at this stage, even if unbending enforcement of the agreement is inappropriate, that agreement may still indicate to a trial judge the parties' understanding of their relationship and their intentions. Even an agreement that is not determinative as a result of the parties' circumstances at the time of the application warrants compulsory consideration under s. 15.2(4).

Although we recognize the unique nature of separation agreements and their differences from commercial contracts, they are contracts nonetheless. Parties must take responsibility for the contract they execute as well as for their own lives. It is only where the current circumstances represent a significant departure from the range of reasonable outcomes anticipated by the parties, in a manner that puts them at odds with the objectives of the Act, that the court may be persuaded to give the agreement little weight. As we noted above, it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17. In our view, the Act does not create such inconsistency. We do not agree with the Ontario Court of Appeal when it suggests at para. 71, that once a material change has been found, a court has "a wide discretion" to determine what amount of support, if any, should be ordered, based solely on the factors set out in s. 17(7). As La Forest J. said in his dissent in *Richardson, supra*, at p. 881, an order made under the Act has already been judicially determined to be fit and just. The objectives of finality and certainty noted above caution against too broad a discretion in varying an order that the parties have been relying on in arranging their affairs. Consideration of the overall objectives of the Act is consistent with the non-exhaustive direction in s. 17(7) that a variation order "should" consider the four objectives listed there. More generally, a contextual approach to interpretation, reading the entire Act, would indicate that the court would apply those objectives in light of the entire statute. Where the order at issue incorporated the mutually acceptable agreement of the parties, that order reflected the parties' understanding of what constituted an equitable sharing of the economic consequences of the

convaincu que l'intervention et le degré d'intervention sont justifiés. À ce stade, même s'il n'est pas approprié de l'appliquer strictement, l'accord peut encore révéler au juge de première instance la manière dont les parties conçoivent leur relation et leurs intentions. Même un accord qui n'a pas d'effet déterminant en raison de la situation des parties au moment de la demande doit obligatoirement être pris en compte en vertu du par. 15.2(4).

Quoique nous reconnaissons la nature particulière des accords de séparation et ce qui les différencie des contrats commerciaux, ils n'en demeurent pas moins des contrats. Les parties doivent assumer la responsabilité du contrat qu'elles signent, tout comme elles doivent prendre leur vie en main. Ce n'est que lorsque la situation actuelle représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties, au point d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi, qu'on pourra convaincre le tribunal de donner peu de poids à l'accord. Nous avons vu qu'il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 et pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17. Nous sommes d'avis que la Loi ne crée pas une telle incohérence. Nous sommes en désaccord avec la Cour d'appel de l'Ontario lorsqu'elle dit au par. 71 que, dès qu'il conclut à la survenance d'un changement important, le tribunal dispose d'un [TRADUCTION] « large pouvoir discrétionnaire » pour déterminer le montant des aliments accordés, le cas échéant, en se fondant exclusivement sur les facteurs exposés au par. 17(7). Comme le dit le juge La Forest, dissident dans l'arrêt *Richardson*, précité, p. 881, le caractère juste et approprié d'une ordonnance rendue en vertu de la Loi a déjà été déterminé en justice. Le règlement définitif et la certitude recherchés contre-indiquent un pouvoir discrétionnaire trop large dans la modification d'une ordonnance sur laquelle les parties se sont appuyées pour régler leurs affaires. La prise en compte des objectifs généraux de la Loi est compatible avec la directive non exhaustive du par. 17(7), selon laquelle l'ordonnance modificative « vise à » prendre en considération les quatre objectifs qui y sont énumérés. De façon plus générale, une interprétation contextuelle

marriage. In our view, whether acting under s. 15.2 or under s. 17, the Court should take that into consideration.

C. *Application to the Facts of this Case*

92

In the circumstances of this appeal, we are of the view that the global Separation Agreement should be accorded significant and determinative weight. Looking to the Separation Agreement at the time of its formation, we find nothing to indicate that circumstances surrounding the negotiation and execution of the agreement were fraught with vulnerabilities. On the contrary, the record reveals that these parties underwent extensive negotiation over a substantial time period and engaged the services of several professionals, including experienced and expert counsel. Negotiation of the Separation Agreement lasted some 15 months. Ms. Miglin, in addition to legal advice, received detailed financial advice, both in terms of tax planning and income projections, throughout the negotiation process.

93

At the trial, Ms. Miglin suggested that she was not content with the Separation Agreement and felt pressured by her husband to agree to the spousal support release. As she phrased it, it was a confusing and emotional time for her. We do not doubt that marital separation is almost inevitably a time of emotional upheaval and confusion. Regardless, in this case there is ample evidence to conclude that any vulnerability experienced by Ms. Miglin was more than adequately compensated by the independent and competent legal counsel representing her interests over a prolonged period, not to mention the services provided to her by other professionals. It is unnecessary, therefore, for us to determine whether Ms. Miglin's evidence relating to her personal feelings would have been sufficient to demonstrate a vulnerability in this case and, if so, whether that vulnerability was exploited. The extent of

de toute la Loi indiquerait que le tribunal devrait appliquer ces objectifs en fonction de l'ensemble de la Loi. Lorsque l'ordonnance en cause incorpore l'accord mutuellement acceptable pour les parties, elle reflète la conception qu'ont les parties d'un partage équitable des conséquences économiques du mariage. À notre avis le tribunal devrait garder cela à l'esprit, qu'il agisse en vertu de l'art. 15.2 ou de l'art. 17.

C. *Application aux faits de l'espèce*

Dans les circonstances du pourvoi, nous estimons qu'il y a lieu de donner à l'accord global de séparation un poids considérable et déterminant. Si l'on se reporte au moment de sa formation, rien n'indique selon nous que les circonstances entourant la négociation et la conclusion de l'accord étaient marquées par la vulnérabilité. Au contraire, le dossier révèle que les parties ont entrepris de longues négociations étalées sur une période de temps considérable et qu'elles ont retenu les services de plusieurs professionnels, parmi lesquels des avocats spécialisés et chevronnés. La négociation de l'accord de séparation a duré environ 15 mois. Outre les conseils juridiques, M^{me} Miglin a reçu d'abondants conseils financiers tout au long du processus de négociation tant en matière de planification fiscale que de prévisions de revenus.

Au procès, M^{me} Miglin a laissé entendre qu'elle n'était pas satisfaite de l'accord de séparation et qu'elle s'était sentie obligée de renoncer aux aliments en raison de la pression exercée par son époux. Elle traversait alors, dit-elle, une période de confusion et d'émotivité. Nous ne doutons pas que la séparation est presque inévitablement une période de bouleversements émotionnels et de confusion. Quoi qu'il en soit, la preuve en l'espèce permet amplement de conclure que toute vulnérabilité vécue par M^{me} Miglin a été largement compensée par la présence de conseillers juridiques indépendants et compétents qui ont veillé à ses intérêts durant une longue période, sans parler des services rendus par d'autres professionnels. Il est donc inutile de nous prononcer sur la question de savoir si le témoignage de M^{me} Miglin sur ses sentiments personnels aurait suffi à démontrer en l'occurrence l'existence d'une

Ms. Miglin's professional assistance obviously comes at the upper end of the range, and we would not wish to suggest that hers was the minimum required to assure fair negotiation.

Turning to the substance of the Separation Agreement, we also find nothing to demonstrate a significant departure from the overall objectives of the *Divorce Act*. At the time of separation both the Lodge and the matrimonial home had net values of approximately \$500,000. The Separation Agreement provided for Ms. Miglin to transfer to Mr. Miglin her one-half interest in the Lodge in exchange for the transfer to her of his one-half interest in the matrimonial home. Mr. Miglin agreed to assume sole responsibility for the mortgage on the house. We cannot agree with the trial judge's characterization of this arrangement as not an equal split. He made this assessment on the basis that the business was income-producing and the house was not. Valuation of an asset necessarily takes into account its characteristics, including its potential income, capital appreciation and risks. In the same way that a single asset should not be counted twice (*Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43), the factors that went into an asset's valuation should not be considered a second time. Presumably, viewed subjectively, in light of Mr. Miglin's and Ms. Miglin's respective abilities, interests and needs, the business was of greater interest to him and the matrimonial home more attractive to her. That is why they divided the assets as they did. There was no basis for the trial judge to conclude that one asset was worth more than another of identical value. In our view, the division in the Separation Agreement reflects the parties' needs and wishes and fairly distributed the assets acquired and created by them over the course of their marriage.

The Separation Agreement also provided that Ms. Miglin would receive child support in the amount of \$1,250 per month, per child, for an annual total of approximately \$60,000, taxable in her hands and tax-deductible to Mr. Miglin. The child

situation de vulnérabilité et, dans l'affirmative, si sa vulnérabilité a été exploitée. L'aide professionnelle donnée à M^{me} Miglin se situait manifestement dans le haut de la gamme, et nous ne voudrions pas laisser entendre qu'il s'agit là du minimum requis pour une juste négociation.

Quant au contenu de l'accord de séparation, rien n'indique non plus à notre avis une dérogation importante aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Au moment de la séparation, l'hôtel et le foyer conjugal avaient tous deux une valeur nette d'environ 500 000 \$. L'accord de séparation prévoyait la cession par M^{me} Miglin à M. Miglin de son intérêt de moitié dans l'hôtel en contrepartie de la cession par celui de son intérêt de moitié dans le foyer conjugal. M. Miglin a accepté d'assumer seul la responsabilité de l'hypothèque grevant la maison. Nous ne pouvons accepter la description de cet arrangement par le juge de première instance, qui estime que ce n'est pas un partage égal parce que l'entreprise produisait un revenu et que la maison n'en produisait pas. L'évaluation d'un actif prend nécessairement en compte ses caractéristiques, y compris les revenus qu'il peut produire, la plus-value en capital et les risques. De même qu'il ne faut pas compter deux fois le même actif (*Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43), il ne faut pas considérer deux fois les facteurs pris en compte dans l'évaluation. D'un point de vue subjectif, on peut penser qu'en raison des aptitudes respectives de M. Miglin et de M^{me} Miglin, de leurs intérêts et de leurs besoins, l'entreprise présentait plus d'intérêt pour lui et que la maison familiale plus d'attrait pour elle. C'est pour cela qu'ils ont partagé les biens comme ils l'ont fait. Rien ne fondait la conclusion du juge de première instance qu'un actif valait plus qu'un autre actif de même valeur. À notre avis, le partage effectué dans l'accord de séparation reflète les besoins et la volonté des parties et répartit équitablement les actifs acquis et créés par elles au cours de leur mariage.

L'accord de séparation prévoyait de plus que M^{me} Miglin recevrait une pension alimentaire de 1 250 \$ par enfant, par mois, pour un montant total d'environ 60 000 \$ par an imposable entre ses mains et déductible pour M. Miglin. L'entente sur la

support arrangement was subject to both an annual cost of living increase and the caveat that it would be revisited, if necessary, once reasons for judgment were released from this Court in *Thibaudeau*, *supra*, or Parliament enacted legislation that altered the child support tax scheme. The record reveals that the quantum of child support was arrived at in full contemplation of Ms. Miglin's spousal support release. We also note that correspondence between counsel suggests that it was Ms. Miglin's preference to release Mr. Miglin from spousal support on condition that her economic needs were addressed through child support.

96

The Consulting Agreement, executed between the Lodge and Ms. Miglin, was for a term of five years, with an option to renew on the consent of both parties. Both the trial judge and the Court of Appeal found this arrangement to be "thinly veiled spousal support." If it was, there should be no pejorative sense to the term. If the commercial contract is construed as a form of spousal support, it simply means that the agreement contains a time-limited spousal support agreement with a renewal option, rather than a total waiver of spousal support. Either way, neither is intrinsically unfair nor contrary to the objectives of the Act. There is nothing inherently sinister about a release or a waiver any more than there is about a time-limited arrangement. Any support clause has to be assessed in the full context of the broader agreement, the overall circumstances of the parties, and the degree of compliance with the objectives of the Act. In our view, the Consulting Agreement reflects the parties' intentions to provide Ms. Miglin with a source of employment income for a limited time. That the parties chose such a method to provide the income to Ms. Miglin does not detract from the commercial nature of the contract. Moreover, the vehicle chosen is appropriate to the manner in which the parties structured their economic lives during the marriage.

97

It is true that Ms. Miglin stopped receiving her salary of \$80,500 from the Lodge. The obvious reason, though, is that she had also stopped working

pension alimentaire des enfants prévoyait une majoration annuelle au coût de la vie et qu'elle serait réexaminée, au besoin, après le dépôt des motifs du jugement de notre Cour dans *Thibaudeau*, précité, ou après modification législative du régime fiscal des pensions alimentaires aux enfants. Le dossier révèle que le montant de la pension alimentaire aux enfants a été fixé en pleine connaissance de la renonciation de M^{me} Miglin aux aliments à son profit. Nous observons également que la correspondance entre les avocats montre que la préférence de M^{me} Miglin était de libérer M. Miglin de toute obligation alimentaire envers elle à la condition qu'il subviennne à ses besoins économiques par l'entremise de la pension alimentaire versée aux enfants.

L'entente de consultation, conclue par l'hôtel et M^{me} Miglin, avait une durée de cinq ans avec option de renouvellement par consentement mutuel. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». Même si c'était le cas, il ne faudrait pas lui attribuer un sens péjoratif. Si on conçoit le contrat commercial comme une forme de pension alimentaire, cela signifie simplement que l'accord comporte une entente alimentaire d'une durée déterminée avec option de renouvellement, plutôt qu'une renonciation complète aux aliments entre époux. Ni l'un ni l'autre cas n'est intrinsèquement inéquitable ou contraire aux objectifs de la Loi. Il n'y a rien de sinistre en soi dans une renonciation, pas plus que dans un arrangement limité dans le temps. Toute clause alimentaire doit être examinée dans l'ensemble du contexte de l'accord global, de la situation générale des parties et du degré de conformité avec les objectifs de la Loi. À notre avis, l'entente de consultation reflète l'intention des parties d'assurer à M^{me} Miglin une source de revenu d'emploi pendant un certain temps. Le fait que les parties aient choisi cette méthode pour garantir un revenu à M^{me} Miglin n'altère en rien le caractère commercial du contrat. De plus, le moyen que les parties ont choisi est adapté à la manière dont elles ont structuré leur vie économique pendant le mariage.

Il est vrai que M^{me} Miglin a cessé de recevoir son salaire de 80 500 \$ de l'hôtel. La raison évidente en est, toutefois, qu'elle a cessé de travailler

more or less full-time for the Lodge. During the marriage she had hired babysitters to permit her to work at the Lodge. After the separation she could hire babysitters so she could work for a new employer. Or, as in fact she chose, she was free not to seek other employment and to support herself and her children, during the five years of the Consulting Agreement, on the combined income of roughly \$75,000 consisting of \$60,000 in child support and \$15,000 from the Consulting Agreement. Her own financial analyst's tables indicated her choice not to work. Recall too that, since Mr. Miglin had assumed sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home, Ms. Miglin's expenses included no rent or mortgage payments.

It is in the context of these arrangements that the final release and waiver of spousal support must be assessed. Overall, the Separation Agreement provided for a certain level of revenue to the wife, in the form of ongoing child support and the consulting fees for a five-year period, with a possibility of renewal. In this way, the Agreement sought to redress any disadvantages arising from the marriage and its breakup in part through the vehicle of the business which was, as it had been throughout the marriage, the parties' major source of income. At the same time, the Separation Agreement sought to facilitate the disentanglement of the parties' economic lives and promote their self-sufficiency. The Separation Agreement advances the 1985 Act's goals of finality and autonomy. During the marriage, Ms. Miglin continued her education (obtaining her B.A.), earned a salary and obtained work experience; a case was therefore not made out for compensatory support. It is unnecessary, therefore, to determine whether the Separation Agreement would still have complied substantially with the objectives of the Act on facts closer, say, to those in *Moge*.

Accordingly, we find the Separation Agreement at the time of its formation to have been in substantial compliance with the *Divorce Act*.

à plein temps ou presque pour l'hôtel. Pendant le mariage, elle avait engagé des gardiennes d'enfants afin de pouvoir travailler à l'hôtel. Après la séparation, elle pouvait engager des gardiennes d'enfants afin de pouvoir travailler pour un nouvel employeur. Ou encore, et c'est ce qu'elle a choisi, elle était libre de ne pas chercher d'autre emploi et de faire face à ses besoins et à ceux de ses enfants, pendant les cinq années de l'entente de consultation, avec un revenu total d'environ 75 000 \$, dont 60 000 \$ de pension alimentaire aux enfants et 15 000 \$ provenant de l'entente de consultation. Les tables financières de son propre analyste indiquent qu'elle a choisi de ne pas travailler. N'oublions pas non plus que puisque M. Miglin assumait toute la responsabilité de l'hypothèque grevant la maison familiale, M^{me} Miglin n'avait pas de frais de location ou d'hypothèque.

C'est dans le contexte de ces arrangements qu'il faut examiner la renonciation définitive aux aliments entre époux. Globalement, l'accord de séparation assurait un certain niveau de revenu à l'épouse sous forme de pension alimentaire aux enfants et d'honoraires de consultation échelonnés sur une période de cinq ans renouvelable. L'accord visait ainsi à remédier à tout désavantage résultant du mariage et de son échec par l'entremise notamment de l'entreprise qui constituait, comme elle l'avait été pendant la durée du mariage, la principale source de revenu pour les parties. L'accord de séparation visait en même temps à désenchevêtrer la situation économique des parties et à favoriser leur indépendance. L'accord favorise les objectifs du règlement définitif et de l'autonomie que privilégie la Loi de 1985. Pendant le mariage, M^{me} Miglin a poursuivi ses études (pour obtenir son baccalauréat ès arts), touché un salaire et acquis une expérience de travail; il n'y avait donc pas lieu à pension alimentaire compensatoire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de décider si l'accord de séparation aurait encore été conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi si les faits du litige avaient davantage ressemblé à ceux, par exemple, de l'arrêt *Moge*.

En conséquence, nous sommes d'avis qu'au moment de sa formation, l'accord de séparation était conforme pour l'essentiel à la *Loi sur le divorce*.

100 The Court of Appeal found that, at the time of the support application, the non-renewal of the Consulting Agreement and changes in the child-care arrangements constituted a material change sufficient to justify overriding the spousal support release. As we noted earlier, we do not accept the Court of Appeal's "material change" test as the appropriate basis for dispensing with an otherwise enforceable agreement. Still, with respect to the findings, we believe them to be in error.

101 With respect to the Consulting Agreement, we note that Ms. Miglin brought her application for corollary relief in June of 1998 — prior to the expiry of the five-year term of the contract. Moreover, the parties agree that Ms. Miglin performed the terms of her contract for a period but performed no work for the Lodge, contrary to the Consulting Agreement, for the last two years of the contract. She did, however, continue to receive payment under that contract until its expiry in December 1998. Needless to say, Mr. Miglin opted not to renew the Consulting Agreement at the end of its term. We fail to see how, at the time of application, the ongoing receipt of payment for services not being performed can constitute a change of any kind.

102 Regarding the purported changes to the child-care arrangements, the *ad hoc* parenting arrangements that developed during the period of amicable relations between the parties no doubt reflected the changing needs of the growing children. These changes are an ordinary fact of life. We note too that by the time of the trial, the eldest child was residing primarily with Mr. Miglin.

103 Moreover, even if we accept that the expiry of the Consulting Agreement can be construed as occurring at the time of Ms. Miglin's application, we do not consider its non-renewal to be sufficient to render continued reliance on the original agreement inappropriate. First, the contract stipulated that renewal required the consent of both parties. Second, the income projections and tax planning advice provided by Ms. Miglin's accountant at the

La Cour d'appel conclut qu'au moment de la demande d'aliments, le non-renouvellement de l'entente de consultation et la modification des arrangements relatifs au soin des enfants constituaient un changement suffisamment important pour justifier d'écarter la renonciation aux aliments entre époux. Nous avons déjà indiqué que nous n'acceptons pas le critère du « changement important » appliqué par la Cour d'appel pour écarter une entente par ailleurs exécutoire. Nous estimons aussi que les conclusions susmentionnées sont erronées.

Sur l'entente de consultation, nous constatons que M^{me} Miglin a déposé sa requête en mesures accessoires en juin 1998 — avant l'expiration du contrat de cinq ans. En outre, les parties conviennent que M^{me} Miglin s'est acquittée de ses obligations contractuelles pendant un certain temps mais que, contrairement à l'entente de consultation, elle n'a accompli aucune tâche pour l'hôtel au cours des deux dernières années du contrat. Elle a cependant continué d'être payée en vertu de ce contrat jusqu'à son expiration en décembre 1998. Il va sans dire que M. Miglin a choisi de ne pas renouveler l'entente de consultation une fois échue. Nous ne voyons pas en quoi, au moment de la demande, le maintien de paiements pour des services qui n'étaient pas fournis peut constituer un changement quelconque.

Sur les modifications alléguées aux arrangements relatifs aux enfants, les modalités souples de garde que les parties avaient adoptées à l'époque où elles entretenaient des relations amicales ont certainement évolué en fonction des besoins changeants d'enfants qui grandissent. Ces changements sont de simples réalités de la vie. Nous notons aussi qu'au moment du procès l'aînée des enfants résidait principalement chez M. Miglin.

De plus, même si nous acceptons l'interprétation permettant de considérer que l'expiration de l'entente de consultation coïncidait avec le dépôt de la demande de M^{me} Miglin, nous estimons que son non-renouvellement ne suffit pas pour déclarer inapproprié le maintien de l'accord initial. Premièrement, le contrat stipulait que les deux parties devaient consentir au renouvellement. Deuxièmement, les prévisions de revenus et les

time of negotiation carried that assumption and thus made her fully aware that she would be without that income in five years. Third, there is no evidence of any damaging long-term impact of the marriage on Ms. Miglin's employability or that at the time of negotiation she underestimated how long it would take to become self-sufficient. Ms. Miglin is an educated woman with employable skills who worked in the business throughout the marriage. Although she is no doubt responsible for the day-to-day care of the three children residing with her, she has previously demonstrated her willingness to engage childcare services. The parties dispute whether Ms. Miglin attempted to pursue any employment. What is clear from the correspondence between counsel during negotiation of the agreement, however, is that Ms. Miglin had no intention of working.

The only real changes we see are the variation of the child support award in accordance with the Guidelines and the fact that the eldest child is now residing primarily with Mr. Miglin. The quantum of child support established in the Agreement provided Ms. Miglin with a minimum amount of income in contemplation of her not working. Her lawyer, in a letter to Mr. Miglin's counsel, states: "She is clearly not going to be working. Taking care of the children is a full time job at this time. It does not change the nature of the spousal support release anyway . . ." Furthermore, the correspondence makes it clear that Ms. Miglin contemplated a reduction in income when the Consulting Agreement ended and was advised by her accountant to plan ahead for this drop in income. In our view, the change to the obligations regarding childcare did not take Ms. Miglin's current position outside the reasonable range of circumstances that the parties contemplated in making the Separation Agreement.

conseils de planification fiscale fournis par le comptable de M^{me} Miglin au moment de la négociation reposaient sur l'hypothèse du non-renouvellement, et M^{me} Miglin était donc pleinement consciente du fait qu'elle serait privée de ce revenu après cinq ans. Troisièmement, rien dans la preuve n'indique que le mariage a eu un impact préjudiciable à long terme sur la capacité de M^{me} Miglin de trouver un emploi ou qu'elle a sous-estimé, au moment de la négociation, le temps qu'il lui faudrait pour devenir autonome. M^{me} Miglin est une femme instruite et qualifiée, qui a travaillé dans l'entreprise pendant toute la durée du mariage. S'il est vrai qu'elle assume la responsabilité quotidienne des trois enfants qui résident chez elle, elle a montré auparavant qu'elle était disposée à avoir recours à des services de garde pour les enfants. Les parties ne s'entendent pas sur le point de savoir si M^{me} Miglin a tenté de trouver un emploi. Cependant, il ressort clairement de la correspondance entre les avocats au cours de la négociation de l'accord que M^{me} Miglin n'avait nullement l'intention de travailler.

Les seuls changements réels que nous constatons sont la modification du montant de la pension alimentaire aux enfants, en conformité avec les Lignes directrices, et le fait que l'aînée des enfants réside principalement aujourd'hui chez M. Miglin. Le montant de la pension alimentaire aux enfants fixé dans l'accord fournissait à M^{me} Miglin un minimum de revenus, au cas où elle ne travaillerait pas. Son avocat, dans une lettre adressée à l'avocate de M. Miglin, dit : [TRADUCTION] « Il est clair qu'elle ne travaillera pas. En ce moment, s'occuper des enfants est un travail à plein temps. Quoi qu'il en soit, cela ne change pas la nature de la renonciation aux aliments entre époux . . . ». De plus, la correspondance montre clairement que M^{me} Miglin s'attendait à une réduction de son revenu à l'échéance de l'entente de consultation et que son comptable lui avait conseillé de planifier à l'avance pour tenir compte de cette diminution de revenu. À notre avis, le changement survenu dans les obligations relatives au soin des enfants n'a pas placé la situation actuelle de M^{me} Miglin en dehors de la gamme des circonstances raisonnablement envisagées par les parties lorsqu'elles ont négocié l'accord de séparation.

105 At the Court of Appeal, counsel for Ms. Miglin suggested that her financial position deteriorated after the breakdown of the marriage. The record demonstrates (and she concedes), however, that her net worth in fact increased by at least 20 percent. At the time of her support application, a financial statement dated June 2, 1998, filed as part of the record, valued her net worth at \$750,000 with essentially no debt. The statement shows that she held \$246,000 in RRSPs, \$83,000 in cash, and an unencumbered five-bedroom home valued at \$395,000. The only debt listed on the statement was an unsubstantial debt for a credit card. By the time of trial, one year later, she valued her home at \$400,000. There was no evidence that the terms of the agreement resulted in conditions under which Ms. Miglin could not assure her family's livelihood and had to deplete her assets, thus bringing her outside the range of circumstances in which she pictured herself at the time of executing the Separation Agreement.

106 The respondent's evidence and argument regarding her circumstances at the time of her support application fail to demonstrate that the agreement fairly negotiated and substantially compliant with the objectives of the 1985 Act at its formation should not continue to govern the parties' post-divorce obligations towards each other.

VI. Disposition and Costs

107 For the reasons discussed, we would reverse both the decision of the trial judge and that of the Court of Appeal with respect to the application for spousal support. In these circumstances, both courts erred in giving the parties' agreement insufficient weight. On this issue, therefore, the appeal is allowed. With respect to the reasonable apprehension of bias, we would affirm the decision of the Court of Appeal. Given the result, we do not find a cost award to be appropriate in this Court. The parties shall bear their own costs.

Devant la Cour d'appel, l'avocat de M^{me} Miglin a laissé entendre que sa situation financière s'était détériorée à la suite de l'échec du mariage. Le dossier révèle cependant — et M^{me} Miglin l'admet — que la valeur nette de son actif a en fait augmenté d'au moins 20 p. 100. Un état financier daté du 2 juin 1998 versé au dossier au moment de la demande d'aliments indique une valeur nette de son actif de 750 000 \$, pratiquement sans dette. Selon cet état financier, M^{me} Miglin possédait 246 000 \$ en REER, 83 000 \$ en liquidités, ainsi qu'une maison de cinq chambres à coucher, libre de toute hypothèque, évaluée à 395 000 \$. La seule dette mentionnée était une petite dette de carte de crédit. Au procès, un an plus tard, elle a évalué la valeur de sa maison à 400 000 \$. Aucune preuve n'indique que les modalités de l'accord ont créé une situation dans laquelle M^{me} Miglin ne pouvait assurer la subsistance de sa famille et était contrainte de dilapider ses biens, ce qui l'aurait placée hors de la gamme des circonstances dans lesquelles elle s'imaginait au moment de signer l'accord de séparation.

Par sa preuve et son argumentation concernant sa situation au moment de la demande d'aliments, l'intimée n'a pas réussi à démontrer que l'accord équitablement négocié et conforme pour l'essentiel, au moment de sa formation, aux objectifs de la Loi de 1985, devrait cesser de régir les obligations réciproques des parties postérieures au divorce.

VI. Dispositif et dépens

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'infirmar la décision du juge de première instance et celle de la Cour d'appel en ce qui a trait à la demande de pension alimentaire au profit de l'épouse. À cet égard, les deux cours ont commis une erreur en ne donnant pas suffisamment de poids à l'accord des parties. Sur ce point, le pourvoi est donc accueilli. Sur la crainte raisonnable de partialité, nous sommes d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel. Compte tenu de ce résultat, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dépens devant notre Cour. Les parties supporteront leurs propres dépens.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal concerns an application for corollary relief under s. 15.2 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (“1985 Act”), in the face of a spousal support agreement entered into by the parties at the time of their separation, but not incorporated into their divorce order. The Court must first determine whether the *Pelech* trilogy (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892) continues to govern the threshold for judicial intervention in the spousal support provisions of a final separation agreement. If not, what threshold should apply in light of the 1985 Act and the current jurisprudence?

I have had the benefit of reading the majority’s reasons but, with respect, I do not agree with them in the result or in principle. Given the nature of the disagreement, I find it necessary to provide my own overview of the background in this case and the decisions in the courts below.

Because I conclude that the trilogy no longer applies and because the 1985 Act itself clearly sets out the objectives of spousal support, I find that Parliament intended to permit courts to order corollary relief under s. 15.2 where the parties’ agreement does not reasonably realize the spousal support objectives indicated in the Act. Because the Miglins’ agreement does not reflect these objectives, and in fact explicitly disavows them, I would dismiss the appeal and allow Ms. Miglin to receive the relief to which she is entitled under s. 15.2.

This case also requires the Court to determine whether the comments and interventions of the trial judge give rise to a reasonable apprehension

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

Le pourvoi a pour objet une requête en mesures accessoires fondée sur l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (« Loi de 1985 »), en présence d’une entente alimentaire conclue par les parties, au moment de leur séparation, mais qui n’a pas été incorporée dans l’ordonnance de divorce. La Cour doit d’abord décider si la trilogie *Pelech* (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892) régit encore le critère préliminaire d’intervention des tribunaux à l’égard des stipulations relatives au soutien alimentaire contenues dans un accord de séparation définitif intervenu entre deux conjoints. Dans la négative, quel critère s’appliquera au regard de la Loi de 1985 et de la jurisprudence actuelle?

J’ai pris connaissance des motifs majoritaires. Avec respect pour l’avis contraire, je ne puis souscrire ni au résultat proposé ni aux principes qui le sous-tendent. La nature du désaccord m’impose de présenter ma propre analyse du contexte et l’historique judiciaire de la présente affaire.

Parce que je conclus que la trilogie ne s’applique plus et parce que la Loi de 1985 elle-même expose clairement les objectifs des aliments entre époux, j’estime que le législateur entendait autoriser les tribunaux à ordonner des mesures accessoires aux termes de l’art. 15.2 lorsque l’accord des parties ne permet pas raisonnablement d’atteindre les objectifs de la Loi au sujet du soutien alimentaire entre époux. Comme l’entente des Miglin ne reflète pas ces objectifs et, en fait, les désavoue expressément, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et d’accorder à M^{me} Miglin la pension alimentaire à laquelle elle a droit en application de l’art. 15.2.

La Cour doit également décider si les commentaires et les interventions du juge de première instance font naître une crainte raisonnable de

108

109

110

111

of bias. I concur with the majority's findings on this issue.

II. Background

112 Eric and Linda Miglin were married on February 17, 1979. They had four children: Samantha, born October 4, 1985; Alexandra, born October 31, 1988; Charlotte, born December 31, 1989; and Jonathan, born March 18, 1991. They separated after 14 years of marriage in 1993.

113 When the parties met in 1976, both were employed by the Toronto Dominion Bank. Mr. Miglin, then a newly minted Harvard M.B.A., was a management trainee. Ms. Miglin worked in an administrative role. Mr. Miglin left his position at the Bank to operate concession stores in Algonquin Provincial Park with his brother. In 1978, Mr. Miglin invited Ms. Miglin to work for his new business and she agreed, quitting her job at the Bank to work for him.

114 After marrying in 1979, the parties purchased a hotel business in Algonquin Park, Killarney Lodge Limited (the "Lodge") for \$1,015,000 in 1984. They became equal shareholders in the corporation which owned the Lodge. The Lodge business served as the family's primary source of income throughout the course of the marriage. As the trial judge outlined, by the date of the parties' separation in 1993, the parties' combined efforts had "pumped up" the business substantially; at the time of trial, the Lodge had yearly gross earnings of about \$1.5 million.

115 The parties' representations of their respective roles in the business diverge, but it is clear that Mr. Miglin was in charge of the overall management of the business, while Ms. Miglin was responsible for its administrative and housekeeping aspects. The trial judge found that Ms. Miglin and her husband had contributed equally to the success of their business. In addition, Ms. Miglin had earlier contributed significantly to the development of the outfitting business, Alquon Ventures Inc. ("Alquon"),

partialité. Je souscris à l'opinion et aux conclusions des juges majoritaires sur ce point.

II. Les faits

Eric et Linda Miglin se sont mariés le 17 février 1979. Ils ont eu quatre enfants : Samantha, née le 4 octobre 1985; Alexandra, née le 31 octobre 1988; Charlotte, née le 31 décembre 1989, et Jonathan, né le 18 mars 1991. Le couple s'est séparé en 1993 après 14 ans de mariage.

Les Miglin se sont rencontrés en 1976 quand ils se trouvaient tous deux à l'emploi de la Banque Toronto Dominion. M. Miglin, récemment titulaire d'une maîtrise en administration des affaires de l'Université Harvard, était stagiaire en gestion. M^{me} Miglin occupait un poste de nature administrative. M. Miglin a quitté son emploi à la banque pour se lancer, avec son frère, dans l'exploitation de concessions dans le parc provincial Algonquin. En 1978, acceptant l'invitation de M. Miglin de venir travailler dans sa nouvelle entreprise, M^{me} Miglin a laissé son travail à la banque.

Après leur mariage en 1979, ils ont acheté en 1984 une entreprise hôtelière dans le parc Algonquin, Killarney Lodge Limited (l'« hôtel »), pour la somme de 1 015 000 \$. Ils sont devenus actionnaires à parts égales de la société à laquelle appartenait l'hôtel. Pendant toute la durée du mariage, l'entreprise hôtelière était la principale source de revenu de la famille. Le juge de première instance souligne qu'à la date de la séparation, en 1993, les efforts combinés des parties avaient considérablement stimulé l'entreprise; à la date du procès, les recettes brutes de l'hôtel atteignaient environ 1,5 million de dollars par année.

Les parties ont offert des versions divergentes de leurs rôles respectifs dans l'entreprise, mais il ressort de la preuve que M. Miglin veillait à sa gestion générale, alors que les tâches administratives et matériels incombaient à M^{me} Miglin. Selon le juge de première instance, M^{me} Miglin et son époux ont tous deux contribué également à la réussite de leur entreprise. De plus, M^{me} Miglin avait auparavant fourni un apport considérable au développement de l'entreprise de pourvoirie détenue conjointement

co-owned by Mr. Miglin and his brother. At the time of separation, Ms. Miglin was earning a salary from the Lodge representing roughly half of the net profits of the business, approximately \$80,500 per annum.

Ms. Miglin was the primary caregiver of the four children throughout the marriage. While the children were very young, both parties lived and worked at the Lodge from May until October, hiring a babysitter to assist with childcare. At the end of the season, usually in November, Mr. Miglin would take a vacation alone. During the off-season, the parties resided in Toronto. Once the eldest child started school, the family would spend the summer months together at the Lodge but, when school started in September, Ms. Miglin would return to Toronto with the children. The family followed a similar pattern in the spring, with Mr. Miglin returning to Algonquin Park some months before Ms. Miglin and the children joined him there for the summer season.

In 1993, the parties separated. After protracted negotiations during which both parties were represented by independent legal counsel, they entered into three agreements: a Separation Agreement signed by Mr. Miglin on June 15, 1994 and by Ms. Miglin on June 17, 1994; a Parenting Plan signed by Mr. Miglin on June 15, 1994, and by Ms. Miglin on June 17, 1994; and a Consulting Agreement “made as of February 28, 1994” that was signed, but not dated, by both parties (with Mr. Miglin signing “per Killarney Lodge Limited”).

The Separation Agreement provided for a division of the parties’ property. At the time of the separation, the parties had three main assets: the jointly owned Lodge; the matrimonial home in Toronto; and the husband’s one-half interest in Alquon. Ms. Miglin transferred her one-half interest in the Lodge, which had been valued at the time of separation at \$250,000, in exchange for Mr. Miglin’s one-half interest in their matrimonial home, also valued at \$250,000 although, as the trial judge noted, a non-income producing asset. Mr. Miglin assumed sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home. The Separation Agreement also provided that

par M. Miglin et son frère, Alquon Ventures Inc. (« Alquon »). À la date de la séparation, M^{me} Miglin recevait de l’hôtel un salaire correspondant à peu près à la moitié des bénéfices nets de l’entreprise, soit environ 80 500 \$ par an.

M^{me} Miglin s’est occupée principalement des quatre enfants pendant le mariage. Lorsque les enfants étaient en bas âge, les parties vivaient et travaillaient à l’hôtel de mai à octobre, avec l’assistance d’une gardienne pour le soin des enfants. À la fin de la saison, habituellement en novembre, M. Miglin prenait des vacances seul. Durant la basse saison, les parties résidaient à Toronto. Quand l’aînée des enfants a commencé à fréquenter l’école, la famille passait l’été à l’hôtel mais, à la rentrée des classes en septembre, M^{me} Miglin retournait à Toronto avec les enfants. La famille se séparait de la même façon au printemps, M. Miglin retournant au parc Algonquin quelques mois avant que M^{me} Miglin et les enfants viennent l’y rejoindre pour la saison estivale.

Les parties se sont séparées en 1993. Au terme des longues négociations au cours desquelles elles étaient représentées par des conseillers juridiques indépendants, les parties ont signé trois ententes : un accord de séparation signé par M. Miglin le 15 juin 1994 et par M^{me} Miglin le 17 juin 1994, un plan parental signé par M. Miglin le 15 juin 1994 et par M^{me} Miglin le 17 juin 1994, et une entente de consultation [TRADUCTION] « établie le 28 février 1994 » signée sans date par les deux parties (M. Miglin signant « pour Killarney Lodge Limited »).

L’accord de séparation prévoyait le partage des biens des parties. À la séparation, les conjoints possédaient trois biens principaux : l’hôtel détenu conjointement, le foyer conjugal à Toronto et l’intérêt de moitié de l’époux dans Alquon. M^{me} Miglin cédait son intérêt de moitié dans l’hôtel, évalué au moment de la séparation à 250 000 \$, en contrepartie de l’intérêt de moitié de M. Miglin dans le foyer conjugal, évalué aussi à 250 000 \$, mais que le juge de première instance a décrit comme un bien non productif de revenu. M. Miglin assumait la responsabilité exclusive de l’hypothèque grevant le domicile conjugal. L’accord de séparation prévoyait en

116

117

118

Ms. Miglin release any claim to Alquon, to which no value was assigned under the Agreement.

119 The Separation Agreement provided for child support in the amount of \$1,250 per month per child (totalling \$5,000), so long as the children's principal residence continued to be with Ms. Miglin. The child support payments were subject to an annual cost of living increase, which is standard for child support.

120 While providing for child support, the Separation Agreement contained the following spousal support release:

a. The Husband and the Wife each agree that neither shall be obliged to make any payment or payments in the nature of support, or any similar payment, whether periodic or by way of lump sum, directly or indirectly, to or for the benefit of the other. Without restricting the generality of the foregoing, the Husband and the Wife further agree that neither of them shall maintain, commence or prosecute or cause to be maintained, commenced or prosecuted any action against the other of them for support or interim support pursuant to the Family Law Act, the Succession Law Reform Act or any comparable Provincial legislation in force from time to time, or the Divorce Act, or any successor or similar legislation whereby a spouse or former spouse is given a cause of action against his or her spouse or the spouse's estate for relief in the nature of support.

b. The Wife specifically abandons any claims she has or may have against the Husband for her own support. The Wife acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to her by her solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Husband's death shall the Wife seek support for herself, regardless of the circumstances.

c. The Husband specifically abandons any claims he has or may have against the Wife for his own support. The Husband acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to him by his solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Wife's death shall the Husband seek support for himself, regardless of the circumstances.

autre la renonciation de M^{me} Miglin à toute créance qu'elle pourrait faire valoir contre Alquon, sans qu'aucune valeur ne lui soit assignée dans l'accord.

L'accord de séparation établissait une pension alimentaire de 1 250 \$ par mois par enfant (pour un total de 5 000 \$), tant qu'ils demeuraient principalement chez M^{me} Miglin. Une majoration annuelle était prévue pour le coût de la vie selon la pratique en matière de pension alimentaire pour les enfants.

S'il prévoyait une pension alimentaire pour les enfants, l'accord de séparation comportait toutefois une renonciation aux aliments entre conjoints :

[TRADUCTION] a. L'époux et l'épouse conviennent que ni l'un ni l'autre ne sera tenu à aucun paiement de pension alimentaire ou de la nature d'une pension alimentaire, sous forme de paiements échelonnés ou de somme forfaitaire, directement ou indirectement, à l'autre époux ou au bénéfice de celui-ci. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, l'époux et l'épouse conviennent en outre que ni l'un ni l'autre ne pourra intenter ou poursuivre ou faire intenter ou poursuivre une action contre l'autre en vue d'obtenir une pension alimentaire ou une pension provisoire conformément à la Loi sur le droit de la famille, la Loi portant réforme du droit des successions, ou autre texte législatif provincial comparable, ou la Loi sur le divorce, ou toute autre loi semblable ou la remplaçant, qui accorderait au conjoint ou à l'ancien conjoint une cause d'action contre son conjoint ou sa succession en vue d'une réparation sous forme d'aliments.

b. L'épouse renonce expressément à tout droit qu'elle a ou pourrait avoir contre l'époux pour ses aliments. L'épouse reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son époux, l'épouse ne cherchera à obtenir une pension pour elle-même, indépendamment des circonstances.

c. L'époux renonce expressément à tout droit qu'il a ou pourrait avoir contre l'épouse pour ses aliments. L'époux reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son épouse, l'époux ne cherchera à obtenir une pension pour lui-même, indépendamment des circonstances.

d. The parties are aware that this is a final Agreement and intended to be a final break between them. No further claims will be made against either party by the other arising from the marriage or upon the dissolution thereof, including any claims under Section 15 of the Divorce Act or upon the death of one of them. Both parties are aware of the possibilities of fluctuation in their respective incomes and assets, are cognizant of the possible increases and decreases in the cost of living and are aware that radical, material, profound or catastrophic changes may affect either of them. Each party is prepared to accept the terms of this Agreement as a full and final settlement and waive all further claims against the other, except a claim to enforce the terms of this Agreement or for dissolution of their marriage. The parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage. No pattern of economic dependency has been established in their marriage.

Although Ms. Miglin received no spousal support under the Separation Agreement, the concurrent Consulting Agreement provided her with \$15,000 in annual income from the Lodge ostensibly for services such as updating and revising mailing lists, writing newsletters, confirming reservations, helping with advertising and promotion, and advancing the Lodge's image at trade shows. The Consulting Agreement provided for five years of consulting fees for Ms. Miglin for the period from 1994 to 1998, with the possibility of renewal. The consulting payments were subject to an annual cost of living increase, which is unusual for this type of payment. Ms. Miglin performed some work for the Lodge in the first two years after the Consulting Agreement was signed, but this had stopped apparently without objection by the third year of the five-year Agreement. Ms. Miglin nonetheless continued to receive the agreed upon amounts until Mr. Miglin failed to renew the Consulting Agreement in December of 1998, a decision that coincided with a deterioration in the parties' post-separation relationship.

d. Les parties sont conscientes que la présente est une convention définitive visant à constituer une rupture définitive entre elles. Aucune des parties ne fera valoir contre l'autre d'autres créances résultant du mariage ou de sa dissolution, y compris toute créance visée à l'article 15 de la Loi sur le divorce ou à la suite du décès de l'une des parties. Les parties reconnaissent que leurs revenus respectifs et la valeur de leurs biens respectifs peuvent fluctuer; elles savent que le coût de la vie peut augmenter ou diminuer, sont conscientes de la possibilité d'être touchées par des changements radicaux, importants, profonds ou catastrophiques. Les parties sont disposées à accepter les modalités de la présente convention, qu'elles reconnaissent comme réglant intégralement et définitivement leurs affaires, et renoncent à toute autre créance qu'elles pourraient faire valoir contre l'autre, sauf en ce qui concerne l'application des modalités de la présente convention ou la dissolution de leur mariage. Les parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage. Leur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique.

Aux termes de l'accord de séparation, M^{me} Miglin n'obtenait pas de pension alimentaire mais l'entente de consultation lui assurait un revenu annuel de 15 000 \$ provenant de l'hôtel, en contrepartie apparemment de services comme la mise à jour et la révision de listes de distribution, la rédaction de bulletins d'information, la confirmation de réservations, l'aide en matière de publicité et la promotion de l'hôtel dans des foires commerciales. L'entente de consultation prévoyait le versement à M^{me} Miglin de ces honoraires de consultation pendant cinq ans, de 1994 à 1998 avec une option de renouvellement. Les honoraires devaient être majorés en fonction de l'augmentation annuelle du coût de la vie, ce qui est inhabituel pour ce type de paiement. M^{me} Miglin a accompli certaines tâches au profit de l'hôtel pendant les deux premières années, mais a arrêté de le faire au cours de la troisième année de l'entente de cinq ans, sans que cela ne suscite apparemment aucune objection. M^{me} Miglin a néanmoins continué à recevoir les montants convenus jusqu'à ce que M. Miglin décide en décembre 1998 de ne pas renouveler l'entente de consultation, décision qui coïncide avec la détérioration de la relation des parties après la séparation.

- 122 The Parenting Plan, which was incorporated into the Separation Agreement, set out the parties' parenting responsibilities. The parties were to share responsibility for raising the children, but the children's principal residence was to be with Ms. Miglin. The Plan contemplated that Ms. Miglin would essentially be the children's sole caregiver during the four "shoulder months" of the year when the children were in school in Toronto while Mr. Miglin was at the Lodge. During the remainder of the year, Ms. Miglin was the children's primary caregiver, though Mr. Miglin had extensive access to the children. The trial judge noted that, over time, the parties deviated from the Parenting Plan, making their own *ad hoc* arrangements for the welfare of the four children. Under these *ad hoc* arrangements, Ms. Miglin remained the children's primary caregiver.
- 123 The trial judge found that Mr. Miglin and Ms. Miglin appeared to be able to arrange their affairs and the affairs of their children in a reasonable fashion under their three agreements until about 1997. The Miglins' divorce was finalized on January 23, 1997. The divorce order made no provision for corollary relief either in the form of child support or spousal support payments.
- 124 Several months after the divorce, Ms. Miglin sold the matrimonial home in downtown Toronto. She used the proceeds to repay debts she had incurred post-separation, and she purchased a new home in Thornhill for herself and the children. Her personal reasons for relocating included her growing interest in, and study of, Orthodox Judaism; she converted to Judaism in the spring of 1999.
- 125 Although Mr. Miglin had shared a cooperative post-separation relationship with Ms. Miglin, he changed his behaviour as a result of Ms. Miglin's relocation to Thornhill and her conversion to Judaism, both of which, as the Court of Appeal noted, he objected to. The trial judge described this change in Mr. Miglin, whom he characterized as a "strong-willed, intelligent and manipulative individual", as a dramatic one ((1999), 3 R.F.L.
- Incorporé dans l'accord de séparation, le plan parental énonçait les responsabilités des parents. Ils devaient se partager la responsabilité d'élever les enfants, mais la résidence principale des enfants devait être établie chez M^{me} Miglin. Selon le plan, M^{me} Miglin assumait, pour l'essentiel, l'entière charge des enfants pendant les quatre mois de l'année où les enfants fréquentaient l'école à Toronto alors que M. Miglin se trouvait à l'hôtel. Le reste de l'année, M^{me} Miglin s'occupait principalement du soin des enfants, mais M. Miglin jouissait d'un large droit de visite. Le juge de première instance a noté que les parties s'étaient écartées graduellement du plan parental, prenant ponctuellement les dispositions qu'elles jugeaient appropriées pour le bien-être des quatre enfants. Selon ces accords ponctuels, M^{me} Miglin continuait de s'occuper principalement des enfants.
- Le juge de première instance a conclu que, jusqu'à 1997 environ, M. Miglin et M^{me} Miglin paraissaient capables d'aménager raisonnablement leurs affaires et celles de leurs enfants aux termes des trois ententes. Leur divorce a été prononcé le 23 janvier 1997. L'ordonnance de divorce ne prévoyait aucune mesure accessoire sous forme d'aliments aux enfants ou entre époux.
- Plusieurs mois après le divorce, M^{me} Miglin a vendu le foyer conjugal situé au centre-ville de Toronto. Avec le produit de la vente, elle a remboursé des dettes qu'elle avait contractées après la séparation, et elle a acheté une nouvelle maison à Thornhill pour elle-même et les enfants. Les raisons personnelles de son déménagement tenaient notamment à son intérêt grandissant pour le judaïsme orthodoxe et l'étude de cette religion; elle s'y est convertie au printemps 1999.
- Bien qu'il ait conservé des relations de coopération avec M^{me} Miglin après leur séparation, M. Miglin a changé d'attitude par suite du déménagement de M^{me} Miglin à Thornhill et de sa conversion au judaïsme, deux décisions auxquelles il s'opposait comme le souligne la Cour d'appel. Le juge de première instance qualifie de dramatique le changement d'attitude de M. Miglin, qu'il décrit comme un [TRADUCTION] « individu déterminé, intelligent et

(5th) 106, at para. 10). He observed at paras. 14 and 16-18:

... he became aggressive, dominating, and often acted in an outlandish fashion towards her and her children. After the Fall closing of the hotel at the end of the 1997 season, the Respondent appears to have made up his mind to go to school with his children. Almost every day saw him seated behind one of them in their public school classroom, listening with them to their lessons, and, no doubt, reviewing and discussing the significance of what they were receiving from their teachers. He became involved in the parent/teacher association. It appears to me that his focus on his children became obsessive. Ultimately, he was ordered by a Superior Court judge not to go to school with them. That order was subsequently rescinded.

When the Petitioner decided to move from the matrimonial home in Toronto and strike out on her own in Thornhill, the respondent became noticeably upset. His attitude towards his wife, her need for support and her custody of the children changed abruptly. The Petitioner's move made it clear he was no longer in control. As a result of that rapid change of spirit, the Respondent caused the hotel not to extend the consulting agreement. Shortly after the Petitioner's move to Thornhill, the husband began a campaign to involve himself in all aspects of the children's lives, particularly their schooling. His obsessive involvement with his children was oppressive to them. They were disturbed by his continued presence in school. The Respondent attempted to pre-empt the applicant's time with the children. He demanded, whenever possible, full time involvement with the children to the exclusion of their mother. In my opinion, he was unreasonable in his demands. He intensified the tension between himself and the petitioner to the point where the applicant became almost unable to meet her obligations to her young family and to her private life.

As a result of the increasing pressure applied by the Respondent, the children became harder and harder to manage, and in the end, the eldest child, left her mother to live with her father in Toronto. . . .

The Petitioner claims that the circumstances surrounding her life and the lives of her children were altered dramatically with the change of attitude of the Respondent after her move to Thornhill. . . . His escalated interference in the day to day lives of the children caused them great stress. He confronted his former wife on every occasion; he was determined to make her life unhappy.

manipulateur » ((1999), 3 R.F.L. (5th) 106, par. 10). Il fait les observations suivantes, aux par. 14 et 16-18 :

[TRADUCTION] . . . il est devenu agressif, dominateur, et il a souvent agi de façon excentrique envers elle et ses enfants. Après la fermeture de l'hôtel à l'automne à la fin de la saison de 1997, l'intimé semble avoir décidé de fréquenter l'école avec ses enfants. Presque chaque jour, il s'asseyait derrière l'un d'eux dans la classe de l'école publique, écoutant les leçons avec eux et, sans doute, analysant et discutant du sens de ce qui leur était enseigné. Il s'est impliqué dans l'association des parents d'élèves. Il me semble qu'il est devenu obsédé par ses enfants. Finalement, un juge de la Cour supérieure lui a ordonné de ne plus aller à l'école avec eux. Cette ordonnance a été plus tard annulée.

L'intimé a été fortement contrarié quand la requérante a décidé de déménager de Toronto pour s'établir à Thornhill. Son attitude envers elle, son besoin de soutien alimentaire et la garde des enfants a changé brusquement. La mesure prise par la requérante montrait clairement que M. Miglin avait perdu le contrôle. À la suite de ce brusque changement d'attitude, l'intimé a fait en sorte que l'hôtel ne prolonge pas l'entente de consultation. Peu de temps après le déménagement de la requérante à Thornhill, l'époux a systématiquement cherché à s'impliquer dans tous les aspects de la vie des enfants, surtout leur éducation. Son ingérence obsessive auprès de ses enfants les étouffait. Sa présence continue à l'école les dérangeait. L'intimé a tenté de monopoliser le temps que la demanderesse consacrait à ses enfants. Il exigeait, lorsque c'était possible, de passer tout son temps avec ses enfants, à l'exclusion de leur mère. À mon avis, ses exigences n'étaient pas raisonnables. Il a augmenté la tension entre lui et la requérante au point où elle est devenue presque incapable de satisfaire à ses obligations envers sa jeune famille et sa vie privée.

À la suite de la pression croissante imposée par l'intimé, les enfants sont devenus de plus en plus difficiles à contrôler et, finalement, l'aînée des enfants a quitté sa mère pour vivre avec son père à Toronto . . .

La requérante prétend que sa vie, comme celle des enfants, a radicalement changé depuis que l'intimé a changé d'attitude à la suite de son déménagement à Thornhill. [. . .] Son intervention de plus en plus grande dans la vie quotidienne de ses enfants leur infligeait un stress considérable. Il avait avec son ex-épouse des affrontements presque continuels; il était déterminé à lui rendre la vie dure.

126 In June 1998, Ms. Miglin brought proceedings pursuant to s. 15.2 of the 1985 Act for sole custody, spousal support, and child support in accordance with the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175. In December 1998, Mr. Miglin terminated all payments under the Consulting Agreement and refused to renew it.

127 At the time of the trial, Mr. Miglin was 50 years old. He held an M.B.A. from Harvard University. He owned a home in downtown Toronto. He was the sole owner of the Lodge and co-owner of the successful Alquon outfitting business, each of which the trial judge found was generating an annual gross income of approximately \$1.5 million. His annual income was determined at trial to be approximately \$200,000.

128 At the time of the trial, Ms. Miglin was 47 years old. She held a Bachelor of Arts in English Literature from the University of Toronto, which she had earned during the early years of the marriage. She owned a home in Thornhill and had investments in RRSPs, made in part with monies borrowed from friends and received from the sale of the matrimonial home. She continued to assume a majority of the childcare responsibilities in the post-separation period, as she had during the marriage, and at the time of the trial she was a full-time mother and homemaker. She was receiving support for her children in the amount of \$67, 200 per annum. Ms. Miglin had not worked outside of the family business since 1978 and she had not worked outside of the home, with the exception of the consulting work for the Lodge, since the parties separated in 1993. With the cessation of the payment of monies under the Consulting Agreement, she had no independent source of income beyond a minimal amount of investment income. After the separation, it appears that Ms. Miglin did not actively seek employment, as she felt that most of her time was taken up dealing with childcare and with the problems arising from the breakdown of the marriage.

En juin 1998, M^{me} Miglin a engagé des procédures, conformément à l'art. 15.2 de la Loi de 1985 pour obtenir la garde exclusive des enfants, des aliments à son profit et des aliments aux enfants selon les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. En décembre 1998, M. Miglin a mis fin aux paiements prévus dans l'entente de consultation et a refusé de renouveler cette dernière.

Au moment du procès, M. Miglin était âgé de 50 ans. Il détenait une maîtrise en administration des affaires de l'Université Harvard. Il possédait une maison au centre-ville de Toronto. Unique propriétaire de l'hôtel, il se trouvait aussi copropriétaire de la florissante pourvoirie Alquon, chacune de ces entreprises produisant, selon le juge de première instance, un revenu annuel brut d'environ 1,5 million de dollars. Au procès, on a établi le revenu annuel de M. Miglin à environ 200 000 \$.

Au moment du procès, M^{me} Miglin était âgée de 47 ans. Elle avait un baccalauréat en littérature anglaise de l'Université de Toronto, qu'elle avait terminé durant les premières années du mariage. Elle était propriétaire d'une maison à Thornhill et avait investi dans des REER grâce en partie à des emprunts consentis par des amis et au produit de la vente du foyer conjugal. Après la séparation, elle a continué à assumer la responsabilité principale du soin des enfants, comme pendant le mariage. Au moment du procès, elle se consacrait entièrement à son rôle de mère et de femme au foyer. Elle recevait une pension alimentaire de 67 200 \$ par an pour ses enfants. M^{me} Miglin n'a pas travaillé à l'extérieur de l'entreprise familiale depuis 1978. À l'exception du travail de consultation pour l'hôtel, elle n'a pas travaillé à l'extérieur de la maison depuis la séparation en 1993. Après la cessation des paiements prévus dans l'entente de consultation, M^{me} Miglin n'avait plus aucune source indépendante de revenu sauf de petits revenus de placement. M^{me} Miglin ne semble pas avoir recherché activement un emploi après la séparation, estimant devoir consacrer l'essentiel de son temps au soin des enfants et aux problèmes résultant de la rupture du mariage.

The trial judge awarded Ms. Miglin \$4,400 per month in spousal support for a period of five years and \$3,000 in monthly support for the children, all but the eldest of whose principal residence would continue to be with her. The Court of Appeal dismissed Mr. Miglin's appeal, but granted Ms. Miglin's cross-appeal, eliminating the five-year term from the award of spousal support. Child support was reduced by agreement of the parties, based upon a more accurate determination of Mr. Miglin's income as \$186,130 per annum. Mr. Miglin now appeals from the decision of the Court of Appeal with regard to Ms. Miglin's entitlement to spousal support, arguing that she waived her right to any support by signing the Separation Agreement.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

On the issue of custody and access, Tobias J. noted that, at the completion of trial, the parties had agreed to joint custody of the children. Tobias J. held that, while both parents were to have generous access to all four children, the principal residence of the three younger children would be with Ms. Miglin, while the eldest child would live with Mr. Miglin. He rejected as "patently not in the best interests of the children" (para. 11) a Parenting Plan that Mr. Miglin proposed under which the children would live with him in Toronto every other week and, during those periods, be driven daily by him to their school in Thornhill.

Tobias J. also expressed concern over what he found to be Mr. Miglin's aggressive and dominating attitude towards Ms. Miglin and the children after Ms. Miglin moved the family to Thornhill. He found that Mr. Miglin's obsessive involvement with all aspects of the children's lives, and particularly their schooling, during this period was oppressive to them. His order included restrictions on Mr. Miglin's attendance at the children's school, as Mr. Miglin had adopted the habit of sitting in on his children's classes.

Le juge de première instance a accordé à M^{me} Miglin une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pour une période de cinq ans et une pension alimentaire de 3 000 \$ par mois pour les enfants qui, à l'exception de l'aînée, continueraient de résider principalement chez elle. La Cour d'appel a rejeté l'appel de M. Miglin, mais a fait droit à l'appel incident de M^{me} Miglin et éliminé la limite de cinq ans à sa pension alimentaire. Le revenu annuel de M. Miglin ayant été établi plus exactement à 186 130 \$, les parties ont convenu de réduire la pension alimentaire au profit des enfants. M. Miglin se pourvoit contre le jugement de la Cour d'appel relativement au droit de M^{me} Miglin à des aliments, en faisant valoir qu'elle y a renoncé lorsqu'elle a signé l'accord de séparation.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

À propos de la garde et du droit de visite des enfants, le juge Tobias note qu'au terme du procès les parties ont convenu de s'en partager la garde. Le juge Tobias ordonne que la résidence principale des trois plus jeunes d'entre eux soit établie chez M^{me} Miglin et celle de l'aînée chez M. Miglin, mais accorde des droits de visite généreux à chacun des parents. Estimant [TRADUCTION] « qu'il n'est évidemment pas dans l'intérêt supérieur des enfants » (par. 11), le juge rejette le plan parental proposé par M. Miglin, qui prévoyait que les enfants vivraient avec lui à Toronto toutes les deux semaines, pendant lesquelles il les conduirait chaque jour à leur école de Thornhill.

Le juge Tobias se dit préoccupé aussi par ce qu'il considère comme l'attitude agressive et dominante de M. Miglin envers M^{me} Miglin et les enfants à la suite de leur déménagement à Thornhill. Il conclut que M. Miglin étouffe ses enfants par son ingérence obsessive dans tous les aspects de leur vie au cours de cette période, et tout particulièrement leur éducation. Son ordonnance inclut des restrictions à la présence de M. Miglin à l'école des enfants où il avait pris l'habitude d'assister à leurs cours.

129

130

131

132 On the issue of spousal support, Tobias J. did not accept that Ms. Miglin had actually waived her entitlement to support. He pointed to the Consulting Agreement, describing the payments under the Agreement as “thinly disguised spousal support” (para. 27): “[c]learly, this type of consulting agreement was a convenient vehicle [for Mr. Miglin] to provide spousal support to his wife without paying it out of his own pocket. These payments as expenses of the hotel likely improved the incidence of taxation of the Respondent and his corporation” (para. 15).

133 Tobias J. held that the alleged threshold test of “a radical unforeseen change in circumstances” (para. 18) that is causally connected to the marriage did not apply to applications for corollary relief under s. 15 of the 1985 Act, such as that of Ms. Miglin. Rather, in determining whether the provisions of an informed separation agreement bind the parties at the time of the application, the court’s role under s. 15 is to scrutinize the separation agreement to decide whether it provides support to the dependent spouse in a fashion consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). Where an agreement contains an element of unfairness to one of the spouses which is inconsistent with the objectives of s. 15(7), the court need not enforce it, and can enter a support order that diverges from the agreement in order to ensure that the objectives in s. 15(7) are met.

134 Tobias J. found such unfairness on the facts of the case (at para. 27):

In my opinion, the separation agreement, of which the parenting plan and the consulting agreement form a part, treats the applicant unfairly because it provides for the transfer of the one-half interest of the applicant in the hotel corporation for the sum of \$250,000.00 and proposes to replace her annual salary of \$80,200.00 with the consultation contract which provided \$15,000.00 per annum plus a cost of living index. In my opinion, the payments under the consulting contract are thinly disguised spousal support payments, which amount to less than twenty-five percent of the annual salary earned by the Applicant as an owner of a one-half interest in the hotel corporation before separation. The separation

Passant à la discussion de la pension alimentaire à l’épouse, le juge Tobias rejette le moyen selon lequel M^{me} Miglin aurait réellement renoncé à son droit aux aliments. Il se reporte à l’entente de consultation dont il décrit les paiements comme étant une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » (par. 27) : « [m]anifestement, ce type d’entente de consultation était un moyen pratique [pour M. Miglin] de verser des aliments à son épouse sans devoir les payer de sa poche. Le fait de traiter ces paiements comme des dépenses de l’hôtel avait vraisemblablement des incidences fiscales avantageuses pour l’intimé et sa société » (par. 15).

Le juge Tobias statue que la condition préliminaire du [TRADUCTION] « changement radical et imprévu de circonstances » (par. 18) ayant un lien de causalité avec le mariage ne s’applique pas aux requêtes en mesures accessoires fondées sur l’art. 15 de la Loi de 1985, comme celle de M^{me} Miglin. Pour déterminer si, au moment du dépôt de la requête, les parties restent liées par les clauses d’un accord de séparation conclu en toute connaissance de cause, le tribunal doit examiner l’accord en fonction de l’art. 15 afin de vérifier si la pension alimentaire versée à l’époux dépendant respecte les politiques et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Si l’accord comporte un élément injuste à l’égard d’un des époux, et contraire aux objectifs du par. 15(7), le tribunal n’est pas tenu de l’entériner et peut rendre une ordonnance alimentaire qui s’écarte des termes de la convention, afin d’assurer le respect des objectifs du par. 15(7).

Le juge Tobias conclut que les faits révèlent une telle injustice (au par. 27) :

[TRADUCTION] À mon avis, l’accord de séparation, dont font partie le plan parental et l’entente de consultation, est injuste à l’endroit de la demanderesse car il prévoit la cession de l’intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière et envisage de remplacer son salaire annuel de 80 200 \$ par le contrat de consultation de 15 000 \$ par année, indexé sur le coût de la vie. À mon sens, les paiements prévus dans le contrat de consultation constituent une pension alimentaire à peine déguisée équivalant à moins de vingt-cinq pour cent du salaire annuel que la demanderesse tirait de son intérêt de moitié dans l’entreprise hôtelière avant la séparation. L’accord de séparation prévoit la

agreement provides that the Respondent convey to the applicant his one-half interest of \$250,000.00 in the matrimonial home, a non-producing income asset, for the one-half interest of the applicant in the hotel corporation having the same value, \$250,000.00. It is interesting to note that within approximately three years following the evaluation of \$500,000.00 obtained by the parties after separation, the hotel corporation was producing an annual gross profit of close to \$1,000,000.00. The total purchase price paid by the parties for the hotel operation in 1981 was that same amount, \$1,000,000.00. In my opinion, the provisions of the separation agreement suffer from a fundamental inequality of matrimonial asset distribution.

In Tobias J.'s view, in these circumstances the releases and waiver contained in the Separation Agreement were not a bar to a claim for relief under s. 15. Given that the provisions of the Separation and Consulting Agreements failed to conform to the objectives enunciated in s. 15(7), the court was obliged to undertake a review under s. 15(5) (now s. 15.2(4)) of the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse, including the length of time the spouses cohabitated and the functions performed by the spouses during the cohabitation. The court was required to assess these factors in light of the economic consequences for both parties of the marriage and its breakdown in order to determine whether support was warranted and, if so, in what amount.

Applying s. 15 to the matter at bar, Tobias J. determined that Mr. Miglin, according to his last income tax return, had an annual income of \$172,370. In addition, Mr. Miglin received \$30,000 per annum from his common-law spouse for her share of the rent of the couple's home in Toronto, for a total annual income of approximately \$200,000. Although describing Mr. Miglin's evidence that he did not receive substantial income from the Alquon outfitting business as "equivocal and evasive" (para. 31), Tobias J. was ultimately unable to quantify the amount of Mr. Miglin's income from this source. While he ventured the opinion that Mr. Miglin's annual income from this business exceeded \$100,000, he concluded that there was insufficient evidence upon which to make a conclusive finding on this point.

cession par le défendeur de son intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, dans le foyer conjugal, un bien non productif de revenu, en contrepartie de l'intérêt de moitié de même valeur que détient la demanderesse dans l'entreprise hôtelière. Fait intéressant à noter, près de trois ans après l'évaluation de 500 000 \$ que les parties ont obtenue à la suite de la séparation, l'entreprise hôtelière produisait un bénéfice brut annuel de près de 1 000 000 \$. Les parties avaient déboursé ce même montant en 1981 pour l'achat de l'hôtel. À mon avis, les clauses de l'accord de séparation portent la marque d'une inégalité fondamentale dans la répartition des biens matrimoniaux.

Dans ces circonstances, selon le juge Tobias, les renoncements contenues dans l'accord de séparation ne rendent pas irrecevable la requête en vertu de l'art. 15. Puisque les clauses des ententes de séparation et de consultation ne sont pas conformes aux objectifs énoncés au par. 15(7), le tribunal doit entreprendre, en vertu du par. 15(5) (maintenant par. 15.2(4)), l'examen des ressources, des besoins et de la situation de chaque époux, y compris la durée de la cohabitation des époux et les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci. Le tribunal apprécie ces facteurs en tenant compte des conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux parties afin de décider si l'octroi d'aliments se justifie et pour en fixer le montant, le cas échéant.

Applicant alors l'art. 15 aux faits de l'espèce, le juge Tobias conclut que, d'après sa dernière déclaration fiscale, le revenu annuel de M. Miglin atteint 172 370 \$. En outre, M. Miglin reçoit 30 000 \$ par an de sa conjointe de fait pour sa part du loyer de la maison du couple à Toronto. Le revenu total de l'appelant équivaut donc à environ 200 000 \$ par an. Quoiqu'il considère [TRADUCTION] « équivoque et évasif » le témoignage de M. Miglin selon lequel il ne reçoit pas un montant considérable de l'entreprise de pourvoirie Alquon (par. 31), le juge Tobias ne réussit pas en définitive à quantifier le montant du revenu que M. Miglin tire de cette source. Bien qu'il ait avancé l'hypothèse que celui-ci dépasse 100 000 \$ par an, le juge estime toutefois que la preuve ne lui permet pas de se prononcer de façon concluante sur ce point.

135

136

137 Tobias J. held that, once the payments due under the Consulting Agreement ended, Ms. Miglin had no income and that she continued to have no income at the time of the trial. He noted that Mr. Miglin was fully aware at the time of negotiating the Separation Agreement that Ms. Miglin would be involved in the full-time care of the parties' four children and that, as a result, there was little possibility that she could become economically self-sufficient until the children matured. Notwithstanding the language in the Separation Agreement, it was beyond doubt that a pattern of economic dependency had been established in the marriage and that it continued to affect Ms. Miglin.

138 As indicated above, Tobias J. found that Ms. Miglin was entitled to spousal support of \$4,400 per month for a period of five years. Based upon Mr. Miglin's annual income, and the *Federal Child Support Guidelines*, he awarded Ms. Miglin child support of \$3,000 per month.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 53 O.R. (3d) 641

139 Abella J.A. declined to interfere with the trial judge's conclusion, which she found to be reasonably supported on the evidence, that Mr. Miglin's proposal that the children spend every other week with him was patently not in the children's best interests. She approved the agreed-upon joint custody plan, and upheld the trial judge's order with regard to the children's principal residences. Abella J.A. also lifted the trial judge's order restricting Mr. Miglin's attendance at the children's school. She found that, since it was no longer Mr. Miglin's practice to sit in on his children's classes, which had caused the children significant discomfort, the order was no longer necessary.

140 As indicated above, Abella J.A. varied the quantum of child support to \$2,767 per month in accordance with the parties' concession that there had been an error in the calculation of Mr. Miglin's income at trial.

Le juge Tobias constate qu'au moment du procès, et depuis la cessation des paiements prévus dans l'entente de consultation, M^{me} Miglin ne dispose d'aucun revenu. Il fait remarquer que, lors de la négociation de l'accord de séparation, M. Miglin savait fort bien que M^{me} Miglin s'occuperait à plein temps de leurs quatre enfants et qu'en conséquence, il lui serait difficilement possible de parvenir à l'autonomie financière avant que les enfants grandissent. Abstraction faite du libellé de l'accord de séparation, il ne fait aucun doute qu'une situation de dépendance économique s'est établie dans le mariage et que M^{me} Miglin continue à en subir les conséquences.

Le juge Tobias statue donc que M^{me} Miglin a droit à des aliments s'élevant à 4 400 \$ par mois pendant cinq ans. Se fondant sur le revenu annuel de M. Miglin et sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, il accorde à M^{me} Miglin des aliments de 3 000 \$ par mois au profit des enfants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 53 O.R. (3d) 641

La juge Abella refuse de modifier la conclusion du juge de première instance, qu'elle estime raisonnablement étayée par la preuve, selon laquelle la proposition de M. Miglin que les enfants passent une semaine sur deux avec lui ne respecte manifestement pas le meilleur intérêt des enfants. Elle approuve le plan relatif à la garde partagée des enfants dont les parties ont convenu. Elle confirme aussi l'ordonnance du juge de première instance quant aux résidences principales de chacun des enfants. La juge Abella supprime également les restrictions imposées par le juge de première instance à la présence de M. Miglin à l'école des enfants. À son avis, cette partie du jugement n'a plus de raison d'être, puisque M. Miglin a abandonné cette habitude d'assister aux cours de ses enfants, qui mettait ceux-ci très mal à l'aise.

La juge Abella réduit à 2 767 \$ par mois le montant de la pension alimentaire aux enfants. En effet, les parties concèdent qu'une erreur s'est glissée au procès dans le calcul du revenu de M. Miglin.

On the issue of spousal support, Abella J.A. agreed with Tobias J.'s characterization of the Consulting Agreement as "thinly disguised spousal support". She noted that, since the payments under the Consulting Agreement were found by the trial judge to be support payments, the parties must have anticipated the possibility that such support would still be required beyond the initial five years, since they negotiated a flexible renewal clause of indeterminate duration.

On the question of Ms. Miglin's entitlement to support, Abella J.A. rejected Mr. Miglin's argument that the release of spousal support in the Separation Agreement triggered the application of the *Pelech* trilogy. Abella J.A. held that the *Pelech* trilogy's threshold for the variation of final agreements, decided under the provisions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 ("1968 Act"), did not have any application under the substantially amended support provisions in the 1985 Act (at para. 60):

In my view, based on the new language in the 1985 *Divorce Act*, and the revised approach to support developed by the Supreme Court of Canada in accordance with those statutory changes, it is difficult to justify the continued application of the trilogy which emanated from a completely different statutory scheme. The language in s. 15 of the 1985 *Divorce Act* is so dramatic a departure from the linguistic and conceptual minimalism of s. 11 of the former *Divorce Act* that statutory interpretations emanating from the old legislation, such as the trilogy, cannot, it seems to me, continue to apply.

Abella J.A. stressed as the major difference between the 1968 Act and the 1985 Act the fact that, while the former Act did not set out support objectives, the latter Act established a "comprehensive scheme" for support. Given this key difference, Abella J.A. held that it was crucial to examine the 1985 scheme, rather than resorting to the trilogy, for guidance on how agreements are now to be treated.

Abella J.A. noted that, in contrast to s. 11 of the 1968 Act, which made no explicit reference to

141
Sur la question de la pension alimentaire au conjoint, la juge Abella est d'accord avec le juge Tobias que l'entente de consultation est une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». Elle fait remarquer que, puisque le juge de première instance a conclu que les paiements prévus dans l'entente de consultation étaient en réalité une pension alimentaire, les parties ont dû prévoir que cette pension pourrait demeurer nécessaire, même après les cinq premières années puisqu'elles ont négocié une clause flexible de renouvellement d'une durée indéterminée.

142
Au sujet du droit de M^{me} Miglin à une pension alimentaire, la juge Abella rejette l'argument de M. Miglin selon lequel la renonciation de son épouse aux aliments dans l'accord de séparation déclenche l'application de la trilogie *Pelech*. La juge Abella décide plutôt que le seuil établi par la trilogie *Pelech* pour la modification d'accords définitifs, sous le régime de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 (« Loi de 1968 »), ne s'applique pas aux dispositions considérablement modifiées de la Loi de 1985 en matière d'aliments (au par. 60) :

[TRADUCTION] À mon sens, compte tenu du nouveau libellé de la *Loi sur le divorce* de 1985 et du nouveau regard porté par la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire conformément aux modifications législatives, il est difficile de justifier l'application continue de la trilogie qui a émané d'un cadre législatif complètement différent. Le libellé de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce* de 1985 s'écarte de façon si frappante du minimalisme linguistique et conceptuel de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* que les interprétations procédant de la vieille loi, comme la trilogie, ne peuvent, il me semble, continuer de s'appliquer.

143
La juge Abella souligne que la principale différence entre la Loi de 1968 et la Loi de 1985 tient au fait que l'ancienne loi n'exposait pas les objectifs de la pension alimentaire, alors que la nouvelle loi établit un [TRADUCTION] « cadre détaillé » à cet égard. Compte tenu de cette différence fondamentale, elle juge crucial d'étudier le régime établi en 1985, plutôt que la trilogie, pour déterminer comment traiter les ententes de séparation aujourd'hui.

144
La juge Abella note que, contrairement à l'art. 11 de la Loi de 1968 qui ne mentionne

separation agreements, s. 15.2(4) of the 1985 Act provides that agreements are one of several factors for courts to consider in awarding support. Abella J.A. recognized that s. 15.2(4), which is animated by the objectives for ordering spousal support outlined in s. 15.2(6), does not give an agreement primacy, nor does the 1985 Act provide explicit direction as to how a court is to factor an agreement into the assessment of whether or how much support should be awarded.

145 Though noting the absence of any legislative requirement to defer to separation agreements in the 1985 Act, Abella J.A. justified according some measure of deference to parties' arrangements on the basis that court orders and agreements are referred to together in s. 15.2(4)(c). In Abella J.A.'s view, both court orders and private agreements represent a kind of economic certainty around which parties have arranged their affairs and with which courts should not lightly interfere. For support on this point, she cited s. 17(4.1) of the 1985 Act which stipulates that a court order for spousal support may only be varied if there has been a change in circumstances, defined by this Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688, as a material change which, if known at the time, would likely have resulted in different terms.

146 Abella J.A. reasoned that if a court order could be varied by meeting a threshold of material change, it was difficult to conceive of why a separation agreement should be subjected to a different or higher threshold before a court could review what amount of support, if any, was justified. While court orders could be "presumed to be in reasonable compliance with the objectives of the Act by virtue of their having received judicial screening or scrutiny", parties' own agreements could be "deemed to be in reasonable compliance only with the negotiated wishes of the parties" (para. 73). Abella J.A. thus held that there was no basis in the current Act for imposing a threshold as stringent as the one

pas expressément les accords de séparation, le par. 15.2(4) de la Loi de 1985 reconnaît les ententes comme l'un des facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte dans toute décision relative à l'octroi d'aliments au profit d'un époux. Toutefois, selon la juge Abella, orienté dans son application par les objectifs du soutien alimentaire entre époux énoncés au par. 15.2(6), le par. 15.2(4) n'accorde pas un rôle prépondérant aux ententes. La Loi de 1985 ne donne aucune indication explicite sur la façon dont le tribunal prend l'entente en compte pour décider s'il y a lieu d'accorder des aliments et, le cas échéant, fixer leur montant.

Bien qu'elle note que rien dans la Loi de 1985 n'exige de s'en tenir aux ententes de séparation, la juge Abella estime justifié de leur accorder une certaine considération, puisque l'al. 15.2(4)c renvoie en même temps aux ordonnances judiciaires et aux ententes. Selon elle, les ordonnances judiciaires et les ententes privées établissent toutes deux un degré de certitude économique, en fonction duquel les parties ont ordonné leurs affaires et que les tribunaux ne devraient pas modifier à la légère. Elle cite à l'appui de cette proposition le par. 17(4.1) de la Loi de 1985. Celui-ci dispose qu'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux ne peut être modifiée que dans l'hypothèse d'un changement de situation, selon la définition que notre Cour en a donné dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688, comme un changement important qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes.

Suivant le raisonnement de la juge Abella, si une ordonnance judiciaire est susceptible de modification lorsque le seuil du changement important est atteint, on comprend difficilement pourquoi un seuil différent ou plus élevé serait exigé pour autoriser le tribunal à examiner la justification d'un soutien alimentaire ou, le cas échéant, le montant de celui-ci. Si on peut présumer que les ordonnances judiciaires sont [TRADUCTION] « raisonnablement conformes aux objectifs de la Loi puisqu'elles ont reçu un minutieux examen judiciaire », les ententes que les parties ont elles-mêmes conclues pourraient être « présumées raisonnablement conformes seulement aux souhaits négociés des parties » (par. 73). La juge

pronounced in the trilogy for overriding separation agreements.

Abella J.A. stressed that it had been open to Parliament when it amended the *Divorce Act* in 1985 to limit the vulnerability of agreements to judicial review and variation by requiring deference to their terms. In the absence of any such statutory direction, the court should look for guidance to the overall scheme of the support provisions in the 1985 Act, which establish economic equity as the overriding objective. In this regard, Abella J.A. expanded her analysis of s. 15.2 to include a review of the recent jurisprudence of this Court, including *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420. In her view, this jurisprudence reinforced the conclusion she had reached on a plain reading of s. 15.2 of the 1985 Act: “there has been so significant a change in the legislative directions for awarding spousal support in the 1985 *Divorce Act*, that judicial interpretations founded on the old language cannot survive, let alone prevail” (para. 76).

Abella J.A. emphasized that the stringent threshold for variation under the trilogy was rooted not only in a belief in reinforcing the rights of parties to arrange their affairs with finality, but also in the “clean break” theory of spousal support, and the concept of the state as the ultimate provider. She found these principles to be inconsistent with the philosophies of spousal support that this Court has outlined in its recent jurisprudence. As L’Heureux-Dubé J. stressed in *Moge*, in applications for corollary relief, courts must be attentive to all four of the objectives in s. 15.2. Within this legislative framework, self-sufficiency, the primary support objective prevailing at the time of the trilogy, can no longer be prioritized at the expense of equally important goals.

Abella conclut donc que rien dans la Loi actuelle ne justifie un seuil d’intervention aussi rigoureux que celui de la trilogie, pour écarter une entente de séparation.

La juge Abella fait observer que, lors des modifications de la *Loi sur le divorce* en 1985, le législateur aurait pu limiter la vulnérabilité des ententes face au contrôle et à l’intervention judiciaires en exigeant que leurs termes soient respectés. En l’absence d’une volonté législative de ce type, le tribunal devrait se laisser guider par le régime global établi par les dispositions alimentaires de la Loi de 1985, dont l’équité économique constitue l’objectif primordial. À cet égard, la juge Abella élargit son analyse de l’art. 15.2 pour passer en revue la jurisprudence récente de notre Cour, notamment *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420. À son avis, cette jurisprudence renforce la conclusion à laquelle elle est arrivée à la simple lecture de l’art. 15.2 de la Loi de 1985 : [TRADUCTION] « la *Loi sur le divorce* de 1985 comporte une modification si importante des directives applicables à l’octroi des aliments à l’autre époux que les interprétations judiciaires fondées sur l’ancien libellé ne peuvent se maintenir, et encore moins l’emporter sur les plus récentes » (par. 76).

La juge Abella rappelle avec insistance que le seuil rigoureux établi par la trilogie pour la modification d’une entente tire son origine non seulement de l’idée d’un renforcement nécessaire du droit des parties d’ordonner leurs affaires de manière définitive, mais également de la théorie de la « rupture nette » en matière de soutien alimentaire entre époux ainsi que de la reconnaissance de la fonction de l’État comme débiteur ultime de l’obligation alimentaire. Elle juge ces principes incompatibles avec les théories fondamentales sur la nature des obligations alimentaires entre conjoints que la Cour a exposées dans sa jurisprudence récente. La juge L’Heureux-Dubé souligne dans l’arrêt *Moge* que les tribunaux saisis de requêtes en mesures accessoires doivent prendre en considération les quatre objectifs de l’art. 15.2. Sous ce régime législatif, l’indépendance économique, dont la trilogie faisait l’objectif primordial des aliments, ne peut plus désormais prévaloir au détriment d’objectifs tout aussi importants.

147

148

- 149 In addition to discussing *Moge* and *Bracklow*, Abella J.A. referenced in some detail the minority judgment of L'Heureux-Dubé J. in *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370. Abella J.A. agreed in principle with L'Heureux-Dubé J.'s finding that, while parties should continue to be encouraged to resolve their disputes by agreement under the 1985 Act, the question of whether their autonomous decision-making capacity will be insulated from judicial scrutiny and thus whether their agreement will be final depends on the degree to which the terms of the agreement take into account the Act's objectives, even where the agreement was consensual and the parties were fully informed.
- 150 Abella J.A. concluded that the threshold for variation of a spousal support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties' circumstances since the agreement was made. In other words, she imported the test from s. 17 into s. 15.2 so as to ensure that an agreement would be accorded some deference, but would not preclude attention to the other considerations enumerated in s. 15.2. She held that where the material change threshold is met, the court should determine what amount of spousal support, if any, is justified having regard to the statutory principles set out in s. 15.2 of the 1985 Act and refined in the leading cases from this Court.
- 151 On the facts, Abella J.A. held that two factors combined to represent a material change in circumstances. First, the extent of Ms. Miglin's childcare responsibilities was greater than had been anticipated in the Parenting Agreement. This had a negative impact on her range of employment options and thus affected her ongoing need for support. Second, the support Ms. Miglin had received through the vehicle of the Consulting Agreement had been terminated by Mr. Miglin despite her ongoing need. Having concluded that these factors represented a material change which, if known at the time, would likely have resulted in an agreement for ongoing spousal support, Abella J.A. turned to the question
- En plus des arrêts *Moge* et *Brucklow*, la juge Abella renvoie abondamment aux motifs minoritaires de la juge L'Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370. La juge Abella accepte, en principe, la conclusion de la juge L'Heureux-Dubé au sujet des ententes de séparation. D'après celle-ci, il faut certes continuer d'encourager les parties à résoudre leurs différends au moyen d'ententes sous le régime de la Loi de 1985. La question de déterminer si leur capacité de décision autonome restera à l'abri de toute révision judiciaire, et donc si leur entente acquerra un caractère définitif, dépend toutefois du degré de conformité de ses stipulations aux objectifs de la Loi, non du caractère consensuel de l'entente ni du fait qu'elle ait été conclue en toute connaissance de cause.
- La juge Abella conclut que, dans une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'intervention judiciaire à l'égard d'une entente alimentaire entre conjoints exige au préalable la démonstration d'un changement important dans la situation des parties depuis la conclusion de l'accord. Autrement dit, elle introduit le critère de l'art. 17 dans l'art. 15.2, pour garantir une certaine déférence à l'entente, sans toutefois oublier les autres facteurs qu'énonce l'art. 15.2. Une fois remplie la condition préliminaire du changement important, le tribunal doit fixer, le cas échéant, le montant de la pension au niveau que justifient les principes exposés à l'art. 15.2 de la Loi de 1985, tels que précisés dans les arrêts de principe de notre Cour.
- Analysant ensuite les faits du litige, la juge Abella estime que la combinaison de deux facteurs distincts constitue un changement important. D'abord, les responsabilités de M^{me} Miglin dans le soin des enfants étaient devenues plus lourdes que ce qui avait été prévu dans le plan parental. Cette situation a nui à ses possibilités d'emploi et a prolongé son besoin de prestations alimentaires. Ensuite, M. Miglin a mis fin aux paiements alimentaires que M^{me} Miglin recevait par le truchement de l'entente de consultation, alors qu'elle en avait encore besoin. Puisque ces facteurs représentent, à son avis, un changement important qui, s'il avait été connu à l'époque, aurait vraisemblablement donné

of whether, and to what extent, support should be ordered.

Abella J.A. held that the Consulting Agreement, which the trial judge had found to be the true agreement for spousal support, fell short of meeting the 1985 Act's objectives in s. 15.2(6) (at para. 100):

... it took insufficient account, both in quantum and duration, of how fundamentally Ms. Miglin's role during the 15-year marriage had created a financial dependency on Mr. Miglin and impaired her capacity to become economically self-sufficient. Only Ms. Miglin experienced economic disadvantage or hardship arising from the marriage and its dissolution, yet the long-term financial consequences of her childcare responsibilities were not equitably acknowledged in the economic arrangements made by the parties.

Abella J.A. upheld the quantum of support awarded by the trial judge, concluding that it was not unreasonable in the circumstances. Abella J.A. removed, however, the trial judge's imposition of a five-year time limit on support, as she held that it was not easy to anticipate when and to what extent the disadvantageous impact of Ms. Miglin's childcare responsibilities on her earning capacities would be attenuated. The five-year limitation was thus "unhelpfully speculative" (para. 102).

In this fashion, Abella J.A., like the trial judge, used her authority under s. 15.2 to award corollary relief to Ms. Miglin in light of the deficiencies identified in the Separation Agreement and the Consulting Agreement.

In addition, Abella J.A. concluded that the trial judge's interventions did not raise a reasonable apprehension of bias.

IV. Analysis

A. *Issues*

The initial question to be addressed in this case is identical to that which confronted this Court in

lieu à la conclusion d'une entente alimentaire prolongée, la juge Abella se tourne vers la question de la pension alimentaire et de son montant.

La juge Abella statue alors que l'entente de consultation, que le juge de première instance considèrerait comme la véritable entente alimentaire au profit de l'épouse, ne respecte pas les objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la Loi de 1985 (au par. 100) :

[TRADUCTION] ... elle ne tenait pas suffisamment compte, tant pour le montant versé que pour sa durée, de la mesure fondamentale dans laquelle le rôle assumé par M^{me} Miglin au cours des 15 années de son mariage l'avait rendue financièrement dépendante de M. Miglin et avait nui à sa capacité de devenir économiquement autonome. Seule M^{me} Miglin a éprouvé un désavantage ou des difficultés économiques en raison du mariage et de sa dissolution, et cependant les dispositions financières prises par les parties ne reflétaient pas équitablement les conséquences financières à long terme des responsabilités de M^{me} Miglin à l'égard de sa prise en charge des enfants.

Puisqu'il n'apparaît pas déraisonnable dans les circonstances, la juge Abella confirme le montant de la pension accordée par le juge de première instance, mais supprime la limite de cinq ans imposée à la durée de celle-ci. À son avis, il n'est pas facile de prévoir quand et dans quelle mesure l'incidence défavorable des responsabilités parentales de M^{me} Miglin sur sa capacité de gain s'atténueront. L'imposition d'une limite de cinq ans tenait de [TRADUCTION] « la conjecture » (par. 102).

De cette manière, la juge Abella, comme le juge de première instance, exerce les pouvoirs que lui confère l'art. 15.2 pour accorder des mesures accessoires à M^{me} Miglin, en raison des faiblesses relevées dans l'accord de séparation et l'entente de consultation.

En outre, la juge Abella conclut que les interventions du juge de première instance ne soulèvent aucune crainte raisonnable de partialité.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

La question initiale dans le pourvoi est identique à celle dont la Cour était saisie dans la trilogie

152

153

154

155

156

the *Pelech* trilogy: “Should the parties be held to the terms of their contract or should the court intervene to remedy the inequities now alleged by one of the parties to be flowing from the bargain previously entered into freely and on full knowledge and with the advice of counsel?” (p. 806) If the Court does intervene, should the threshold for this intervention continue to be that established in the trilogy, or is a different approach required under the 1985 Act and in light of the current jurisprudence?

(1) The Trilogy’s Key Precepts

157

The trilogy stands for the proposition that in order to vary the terms of a valid separation agreement whereby the parties have purported to settle finally the issue of spousal support, an applicant must show a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage. This strict threshold test for judicial intervention was intended to foster finality in the affairs of former spouses. It reflected what Wilson J. termed the “overriding policy consideration” of encouraging people “to take responsibility for their own lives and their own decisions” (*Pelech*, *supra*, at p. 850).

158

It is important to stress, as Professor M. Shaffer and D. S. Melamed do, that the trilogy’s privileging of finality was rooted in both practical and theoretical concerns: “Separation Agreements Post-*Moge*, *Willick* and *L.G. v. G.B.: A New Trilogy?*” (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51. Practically speaking (at p. 53):

Wilson J. clearly saw separation agreements as a desirable way of settling the spouses’ affairs. In her view, separation agreements allowed parties to take responsibility for their lives by deciding how they — rather than the courts — would settle their affairs; they also provided parties with the freedom to sever the financial ties between them and to get on with their lives. To encourage people to enter into settlement agreements, Wilson J. held that the law should take the parties at their word. Adopting a deferential approach to agreements would, in Wilson J.’s opinion, create an incentive for people to settle rather than to go to court since they would have the

Pelech : « Les parties devraient-elles s’en tenir aux conditions de leur contrat ou le tribunal devrait-il intervenir pour remédier aux inéquités qui, selon ce qu’allègue maintenant l’une des parties, découleraient de l’entente déjà conclue librement, en parfaite connaissance de cause et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques? » (p. 806) Si le tribunal doit effectivement intervenir, le seuil d’intervention doit-il rester celui que la trilogie a établi, ou faut-il adopter une nouvelle démarche en vertu de la Loi de 1985 et de la jurisprudence actuelle?

(1) Les préceptes fondamentaux de la trilogie

Selon la trilogie, pour obtenir la modification des stipulations d’un accord de séparation valide par lequel les époux entendaient régler de manière définitive la question du soutien alimentaire, le requérant doit démontrer un changement radical de circonstances, ayant un lien de causalité avec le mariage. Cette condition préliminaire stricte à l’intervention des tribunaux visait à promouvoir le règlement définitif des affaires des anciens conjoints. Elle reflète ce que la juge Wilson a appelé le « souci d’ordre public prédominant », qui consiste à encourager les gens « à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions » (*Pelech*, précité, p. 850).

Il importe de souligner, avec la professeure M. Shaffer et D. S. Melamed, que l’importance attribuée dans la trilogie au règlement définitif se fonde autant sur des considérations pratiques que théoriques (« *Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy?* » (1999), 16 *Rev. can. d. fam.* 51), c’est-à-dire concrètement (à la p. 53) :

[TRADUCTION] La juge Wilson pensait clairement que les ententes de séparation étaient pour les époux un bon moyen de régler leurs affaires. Selon elle, les ententes de séparation permettent aux parties d’assumer la responsabilité de leur propre vie en décidant — plutôt que les tribunaux — comment régler leurs affaires; elles leur donnent également la liberté de rompre leurs liens financiers et de refaire leur vie. Pour les encourager à conclure des ententes, dit la juge Wilson, la loi doit prendre les parties au mot. À son avis une attitude de déférence à l’égard des ententes inciterait les parties à régler leurs affaires plutôt qu’à engager des procédures judiciaires,

certainty of knowing that their desires as expressed in the agreement would be respected.

More theoretically, Wilson J.'s insistence on finality reflected her stance on both "individual autonomy and gender equality" (at p. 53):

In Wilson J.'s view, holding parties to their agreements manifested respect for people's ability to make important personal decisions; in contrast, overriding agreements too lightly based simply on the court's notion of fairness was "paternalistic." In a similar vein, Wilson J. opined that permitting the court to override settlements on the basis of systemic gender inequality would "ultimately reinforce the very bias" that the court would be seeking to counteract.

The trilogy's emphasis on the promotion of individual responsibility and finality in the affairs of former spouses both reflected and promoted what is customarily labelled the "clean break" model of support, which had been strongly advocated in Lamer J.'s dissent in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401. This model, premised on an understanding of marriage as an equal partnership between autonomous individuals, views the primary goal of a support order as facilitating the economic self-sufficiency of the dependent former spouse as quickly as possible after the divorce. This allows the parties "to make new lives for themselves" without carrying forward any "ongoing contingent liability" for each other's misfortunes after the marriage (*Pelech*, at p. 851). The clean break theory of spousal support is of necessity buttressed by another theoretical assumption, that of the state as the ultimate provider, as Abella J.A. noted (para. 77).

The trilogy's approach to spousal support has generated extensive literature, much of which, as Abella J.A. observed, is critical of its "restrictive impact on the ability to redress the disadvantageous economic consequences of a separation" (para. 54). Academics have critiqued both the practical results of the trilogy's strict threshold — the enforcement of agreements that are unfair to one party, typically the wife — and the theoretical assumptions

puisqu'elles seraient certaines que leurs volontés exprimées dans l'entente seraient respectées.

Sur un plan plus théorique, l'importance que la juge Wilson attache au règlement définitif reflète sa position sur l'autonomie individuelle et sur l'égalité des sexes (à la p. 53) :

[TRADUCTION] Selon la juge Wilson, tenir les parties à leurs ententes témoigne d'un respect pour leur capacité de prendre d'importantes décisions personnelles; en revanche, il est « paternaliste » d'écarter trop à la légère des ententes sur la seule base de la conception que le tribunal se fait de l'équité. Dans la même veine, la juge Wilson estime que permettre au tribunal de passer outre aux conventions au nom de l'égalité systémique fondée sur le sexe finira par « renforcer l'inéquité même » qu'il cherche à combattre.

L'importance donnée, dans la trilogie, à la promotion de la responsabilité individuelle et au règlement définitif des affaires des ex-époux reflétait et renforçait ce qu'on appelle communément le modèle de la « rupture nette » en matière d'obligation alimentaire, qu'avait préconisé vigoureusement le juge Lamer, dissident dans *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401. La prémisse de ce modèle considère le mariage comme une association à parts égales d'individus autonomes. En conséquence, l'ordonnance alimentaire vise avant tout à faciliter l'indépendance économique de l'ancien époux dépendant, dans les meilleurs délais, après le divorce. Les parties peuvent ainsi « refaire leur vie » et prendre de nouveaux engagements sans avoir à assumer après le mariage une « responsabilité contingente permanente » pour les infortunes de l'autre (*Pelech*, p. 851). Comme le souligne la juge Abella, la théorie de la rupture nette, en matière d'aliments entre époux, s'appuie nécessairement sur un autre postulat, d'après lequel l'État reste le débiteur de dernier recours de l'obligation d'entretien du conjoint dépendant (par. 77).

La démarche préconisée par la trilogie en matière d'aliments entre époux a provoqué le développement d'une littérature abondante dont la majeure partie critique [TRADUCTION] « les restrictions qu'elle met à la capacité de remédier aux conséquences économiques désavantageuses de la séparation », comme le fait observer la juge Abella (par. 54). Des universitaires ont commenté négativement tant les conséquences pratiques du critère préliminaire strict de la

on which this threshold is premised. Wilson J.'s insistence on the "sanctity of spousal contracts" and her "supposed promotion of equal autonomy" did not stand uncontested even in their origins, with La Forest J. challenging Wilson J.'s approach in dissent in *Richardson*, *supra* (see J. W. Durnford and S. J. Toope, "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1. As Durnford and Toope outline at p. 18:

... La Forest J. questioned the model of rational choice implicit in the majority reasons in *Pelech* and *Richardson*. He noted that divorce is one of the most stressful occasions in any person's life and that many people do "very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel." Agreements should not be treated as sacrosanct in this emotionally fraught context. [Footnotes omitted.]

(See also *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, at para. 35 (*per* L'Heureux-Dubé J.).)

161 Academic criticism went further still, with some commentators suggesting that the trilogy's insistence on the formal equality and autonomy of spouses may efface substantive gender inequalities and fail to recognize the complex patterns of economic dependence that may develop during a marriage (see, for example, M. J. Bailey, "*Pelech*, *Caron*, and *Richardson*" (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615; N. Bala, "Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: 'A Deal is a Deal'" (1988), 13 *Queen's L.J.* 1; the Honourable Madame Justice B. McLachlin, "Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131).

162 The criticism of the support theories and objectives underpinning the trilogy points to the same conclusion that I find flows inevitably from two developments in the law subsequent to this Court's decisions in *Pelech* and its companion cases, namely that the high threshold for judicial scrutiny articulated in the trilogy is no longer good law. These

trilogie — la confirmation d'ententes inéquitable à l'égard d'une partie, le plus souvent l'épouse — que ses fondements théoriques. L'accent mis par la juge Wilson sur [TRADUCTION] « le caractère sacré des contrats entre conjoints » et « la promotion de l'égalité dans l'autonomie » n'a pas fait l'unanimité, même au premier jour, puisque le juge La Forest conteste alors la validité de cette approche, dans sa dissidence dans l'arrêt *Richardson*, précité (voir J. W. Durnford et S. J. Toope, « Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation » (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1). Ces auteurs soulignent (à la p. 18) :

[TRADUCTION] ... le juge La Forest a contesté le modèle du choix rationnel qui sous-tend implicitement les motifs des juges majoritaires dans les arrêts *Pelech* et *Richardson*. Le divorce, a-t-il souligné, est l'un des moments les plus traumatisants de la vie et il porte bien des gens à faire « des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables, même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique. » Dans ce contexte chargé d'émotion, les conventions ne devraient pas être considérées comme des textes sacro-saints. [Notes omises.]

(Voir aussi *G. (L.) c. B. (G.)*, par. 35, la juge L'Heureux-Dubé.)

Portant leurs critiques plus loin, certains universitaires ont ajouté que l'accent mis sur l'égalité formelle et l'autonomie des conjoints par la trilogie pouvait occulter des inégalités réelles entre les sexes et ne reconnaissait pas la diversité des modèles complexes de dépendance économique que le mariage peut créer (voir, par exemple, M. J. Bailey, « *Pelech*, *Caron*, and *Richardson* » (1989-90), 3 *R.j.f.d.* 615; N. Bala, « Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy : "A Deal is a Deal" » (1988), 13 *Queen's L.J.* 1; l'honorable juge B. McLachlin, « Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131).

Les critiques des théories et des objectifs qui sous-tendent la trilogie sur la question du soutien alimentaire mènent à la conclusion même qui, à mon avis, découle inévitablement de deux changements dans l'état du droit après l'arrêt *Pelech* et les arrêts connexes : le seuil élevé que préconisait la trilogie pour l'intervention judiciaire ne représente plus une

developments, each of which I will discuss in some detail, are: (1) the 1985 amendments to the *Divorce Act* and (2) the more contextual approach to spousal support that characterizes this Court's recent jurisprudence. In light of these developments, it is no longer appropriate to require an applicant to demonstrate a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage before a court may intervene in a "final" support agreement. Instead, a more flexible and contextual approach must be applied, as well as a broader view of causation in the context of the untangling of marital relationships.

(2) The Parties' Agreements

Prior to exploring why the trilogy no longer applies given the revised statute and the contemporary jurisprudence, a preliminary question must be addressed: Ms. Miglin's argument that, given the particular facts at issue, it is possible for this Court to decide this appeal without determining whether the trilogy is still good law. Ms. Miglin applied for corollary relief pursuant to s. 15.2 of the 1985 Act before the expiry of the Consulting Agreement, which the courts below described as "thinly disguised spousal support". As a result, Ms. Miglin submits this is really a case "about the jurisdiction of the Court to award spousal support in the face of an existing spousal support agreement, not about an award of spousal support in the face of a full and final release". Ms. Miglin stresses that the Consulting Agreement, while time-limited, contained a renewal clause and in her view is thus properly construed not as a final agreement but rather as an agreement anticipating a review, variation or continuation of support. In Ms. Miglin's submission, then, the facts do not engage the trilogy, which was intended to apply only to "final agreement[s] entered into [by] the parties in order to settle the economic consequences of their divorce" (*Moge*, *supra*, at p. 839; see also *Pelech*, *supra*, at p. 849).

règle de droit valable. Ces changements, que j'examinerai en détail, sont : (1) les modifications apportées en 1985 à la *Loi sur le divorce* et (2) la démarche plus contextuelle en matière d'aliments entre conjoints qui caractérise la jurisprudence récente de notre Cour. Compte tenu de ces changements, on ne doit plus exiger que le requérant fasse la preuve d'un changement radical de circonstances, découlant du mariage avant qu'un tribunal puisse intervenir pour modifier une entente alimentaire « définitive ». Au contraire, une démarche plus souple et plus contextuelle s'impose ainsi qu'une conception plus large de la causalité dans le contexte du dénouement des relations conjugales.

(2) Les ententes des parties

Avant d'examiner pourquoi la trilogie ne s'applique plus, en raison de la nouvelle loi et de la jurisprudence récente, je dois aborder une question préliminaire : l'argument avancé par M^{me} Miglin selon lequel, vu les faits particuliers de l'espèce, la Cour peut trancher le présent pourvoi, sans se prononcer sur la validité actuelle de la trilogie. M^{me} Miglin a déposé une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2 de la Loi de 1985 avant l'expiration de l'entente de consultation, décrite dans les jugements antérieurs comme une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». M^{me} Miglin prétend donc qu'il s'agit en réalité de la question [TRADUCTION] « de la compétence de la Cour d'attribuer des aliments à un époux en présence d'une entente alimentaire existante, et non de l'octroi d'aliments à l'époux en présence d'une renonciation totale et définitive ». M^{me} Miglin insiste sur le fait que, bien que limitée dans le temps, l'entente de consultation contenait une clause de renouvellement. À son avis, la présence de cette stipulation enlevait à l'entente son caractère définitif. Celle-ci devait être considérée comme un accord dont les termes prévoyaient le réexamen, la modification ou le maintien du soutien alimentaire. M^{me} Miglin plaide donc que les faits du pourvoi ne font pas intervenir la trilogie qui s'applique seulement à une « convention définitive par laquelle les parties auraient réglé les conséquences économiques de leur divorce » (*Moge*, précité, p. 839; voir aussi *Pelech*, précité, p. 849).

164

Even if Ms. Miglin is correct in her characterization of the Consulting Agreement, this argument adopts an unjustifiably narrow view of the parties' agreements. As I will outline in more detail below, the determination of an application for corollary relief under s. 15.2 in the face of an antecedent agreement between the parties requires an evaluation of the entirety of the parties' negotiated arrangement. In this case, the financial "package" that the parties negotiated consisted of both the Separation Agreement and the Consulting Agreement. The framework Separation Agreement contains a waiver of spousal support. At the same time, the Consulting Agreement referenced therein and attached as Schedule E thereto, whether or not it is properly understood as "thinly veiled spousal support", provides evidence of the parties' awareness and acknowledgment that Ms. Miglin would require a post-separation income. As Abella J.A. noted, the fact that it contained an open-ended renewal clause suggests that the parties understood that her need might continue past a five-year period.

165

The peculiar nature of the parties' agreements militates against adopting Ms. Miglin's approach of considering only the Consulting Agreement, to the exclusion of the Separation Agreement, as a way of avoiding the question of the trilogy's continued applicability. This Court must be attentive to the entirety of the parties' negotiated settlement, including the apparent inconsistencies therein, namely, the coexistence of a support waiver based on a declaration of future self-sufficiency with a *de facto* support provision based on an acknowledgement of future need. With this backdrop in mind, I must now turn to the issue of whether the trilogy's threshold test for judicial intervention in final support agreements remains good law.

(3) The State of the Law: the Courts Below

166

The courts below each addressed the question of whether the trilogy applies on the facts of this case. Although he did not specifically reference the trilogy, the trial judge held that the threshold test of a

À supposer même que M^{me} Miglin ait raison de qualifier l'entente de consultation de cette manière, son argument repose sur une conception indûment étroite des ententes des parties. Comme je l'exposerai plus en détail, une requête en mesures accessoires aux termes de l'art. 15.2, en présence d'une entente antérieure liant les parties, exige l'examen de l'arrangement négocié dans son intégralité. En l'espèce, l'« entente » financière négociée par les parties comprenait l'accord de séparation et l'entente de consultation. L'accord de séparation, qui en établit le cadre, contient une renonciation de l'épouse à ses droits alimentaires. Par ailleurs, l'entente de consultation à laquelle l'accord renvoie et qui y est jointe en annexe E, qu'elle soit considérée à juste titre ou non comme une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée », témoigne du fait que les parties savaient et reconnaissaient que M^{me} Miglin aurait besoin d'un revenu après la séparation. Comme la juge Abella le souligne, l'insertion d'une clause non-limitative de renouvellement permet de penser que les parties comprenaient que ce besoin pouvait se prolonger au-delà de cinq ans.

La nature particulière des ententes des parties milite contre la démarche préconisée par M^{me} Miglin, qui consiste à n'examiner que l'entente de consultation, à l'exclusion de l'accord de séparation, de manière à éviter la question de l'applicabilité actuelle de la trilogie. La Cour doit considérer l'ensemble du règlement négocié, y compris ses incohérences apparentes; c'est-à-dire la coexistence d'une renonciation à des aliments fondée sur une déclaration d'autonomie future et d'une disposition alimentaire de facto fondée sur la reconnaissance d'un besoin futur. C'est sur cette toile de fond que j'aborde la question de la validité du critère préliminaire imposé par la trilogie à l'intervention des tribunaux pour modifier des ententes alimentaires définitives.

(3) L'état du droit : les juridictions inférieures

Les juridictions inférieures traitent de la question de l'application de la trilogie aux faits du pourvoi. Sans mentionner spécifiquement la trilogie, le juge de première instance statue que le

radical change causally connected to the marriage did not apply under s. 15 of the 1985 Act. Instead, in his estimation, s. 15 requires the court to determine whether the separation agreement provides support to the dependent spouse in a fashion consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). In reaching this conclusion, the trial judge declined to follow *Santosuosso v. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (Div. Ct.), a case that I will review in more detail below.

The Court of Appeal took a broader approach, characterizing the main issue in this case as “whether the threshold established in the *Pelech* trilogy survives [the] amendments and continues to apply under the new 1985 *Divorce Act*” (para. 2). After a comprehensive review of the 1985 Act and this Court’s jurisprudence on spousal support, Abella J.A. answered this question in the negative, holding that the appropriate threshold test under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties’ circumstances since the time the Agreement was made.

The differences between the approaches of the trial judge and the Court of Appeal reflect a much broader confusion among lower courts generally as to whether the trilogy’s “radical change” and “causal connection” threshold test for judicial intervention in final spousal support agreements continues to be a valid one and, if not, what threshold test now applies. This confusion underscores the importance of approaching the question of the trilogy’s continued viability directly and definitively. This is a step which to date this Court has not taken, despite reconceptualizing the nature and purpose of spousal support based on the 1985 Act in cases such as *Moge* and *Bracklow* (the exception is the minority judgment of L’Heureux-Dubé J. in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, which I will discuss in more detail later in these reasons). This area of the law cannot remain in this state of turmoil. Guidance is needed if trial courts are to be able to evaluate, and family law practitioners are to be able to draft, support

critère préliminaire du changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage ne s’applique pas sous le régime de l’art. 15 de la Loi de 1985. Selon lui, l’art. 15 exige plutôt que le tribunal détermine si l’accord de séparation accorde un soutien alimentaire au conjoint dépendant, d’une façon compatible avec les politiques et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance refuse de suivre la décision *Santosuosso c. Santosuosso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (C. div.), à laquelle je reviendrai plus loin.

Adoptant une démarche plus globale, la Cour d’appel décrit la principale question comme celle de savoir [TRADUCTION] « si le seuil établi dans la trilogie *Pelech* survit [aux] modifications et continue à s’appliquer dans le contexte de la *Loi sur le divorce* de 1985 » (par. 2). Après un examen exhaustif de la Loi de 1985 et de la jurisprudence de la Cour sur les aliments entre époux, la juge Abella répond par la négative et statue que le critère préliminaire sous le régime de l’art. 15.2 consiste en la survenance d’un changement important dans la situation des parties, depuis la conclusion de l’entente.

Les divergences entre les démarches du juge de première instance et de la Cour d’appel traduisent l’état de confusion générale, dans l’ensemble des tribunaux, sur le maintien de la validité du critère préliminaire du « changement radical » et du « lien de causalité », établi dans la trilogie, pour justifier l’intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires définitives entre conjoints. Dans la négative, il faut alors rechercher quel critère s’applique aujourd’hui. La présence de cette confusion souligne l’importance de régler directement et définitivement la question de la viabilité continue de la trilogie. C’est une étape que la Cour n’a pas franchie jusqu’à maintenant, bien qu’elle ait reconceptualisé la nature et l’objet des aliments entre époux au regard de la Loi de 1985 dans des arrêts tels *Moge* et *Bracklow* (l’exception étant les motifs minoritaires de la juge L’Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, dont je parle plus loin). L’incertitude ne saurait persister dans ce domaine du droit. Il faut donner des orientations qui permettront de faire

167

168

agreements with any degree of coherence and consistency.

169

Shaffer and Melamed, in their article “Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?”, *supra*, provide an overview of the range of judicial views on the treatment of final settlement agreements, followed by a detailed appendix outlining the holdings in 75 cases across the common-law provinces. The Alberta Court of Queen’s Bench in *Wilkinson v. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258, at pp. 270-71, groups the various approaches to the trilogy that Shaffer and Melamed identify into four main categories (see also J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at pp. 215-16):

1. cases in which courts strictly apply the *Pelech* standard, requiring a radical change causally connected to the marriage before intervening in settlement agreements;
2. cases in which courts purport to apply the *Pelech* standard, but in fact apply a standard that is less stringent;
3. cases in which courts explicitly reject the trilogy standard in favour of some other variation standard, for instance applying a lower threshold such as material or substantial change or endorsing the minority opinion in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, and determining whether to intervene in an agreement by having regard to the extent to which it meets the objectives in s. 15.2 of the *Divorce Act*; and
4. cases in which courts have shown an increased willingness to adopt a broad definition of change, defining for instance as a “change” the parties’ failed expectations where the dependent spouse does not achieve the predicted economic self-sufficiency.

The consequence of this wide variation in approaches is that similarly situated individuals seeking corollary relief pursuant to s. 15.2 in the face of antecedent agreements are subjected to vastly different treatment by courts.

apparaître un certain degré de cohérence et d’uniformité dans l’évaluation des ententes alimentaires par les tribunaux, ainsi que dans la rédaction de ces conventions par les praticiens du droit de la famille.

Dans leur article « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? », *loc. cit.*, Shaffer et Melamed donnent un aperçu de la diversité des opinions judiciaires sur le traitement des ententes définitives, que suit une annexe détaillée regroupant 75 décisions rendues dans les provinces de common law. Dans *Wilkinson c. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258, p. 270-271, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta classe les diverses interprétations de la trilogie relevées par Shaffer et Melamed sous quatre grandes catégories (voir aussi J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 215-216) :

1. les décisions qui appliquent rigoureusement la norme de l’arrêt *Pelech*, exigeant la preuve d’un changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage comme condition préalable à leur intervention;
2. les décisions disant appliquer la norme énoncée de l’arrêt *Pelech*, mais qui appliquent en réalité une norme moins stricte;
3. les décisions qui rejettent explicitement la norme énoncée dans la trilogie en faveur d’une autre norme de modification, par exemple en appliquant un seuil moins élevé comme celui du changement important, ou, adoptant l’opinion minoritaire dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, en faisant reposer la décision d’intervenir sur le degré de conformité de l’entente aux objectifs exposés à l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*;
4. les décisions indiquant l’acceptation d’une définition large du « changement », en le définissant par exemple comme la non-réalisation des attentes des parties lorsque l’époux dépendant n’acquiert pas l’indépendance économique anticipée.

Cette grande diversité des approches judiciaires entraîne une disparité importante dans le traitement par les tribunaux du cas de personnes pourtant placées dans des situations similaires, lorsqu’elles demandent des mesures accessoires en vertu de l’art. 15.2, malgré l’existence d’ententes antérieures.

To the extent that Shaffer and Melamed are able to identify a trend in this area of the law, they note that “the trilogy has been abandoned in an astonishing number of cases” (p. 61), although this has not been uniform across the country. I would add to this my sense that, even where courts do apply the trilogy they are increasingly unlikely to do so unselfconsciously, particularly when they reach the conclusion that the trilogy’s strict threshold test is not met on the facts. In *Wilkinson*, for instance, even though the court treated the case as an application for a variation of a time-limited support order under s. 17(10) (a provision that, in contrast to s. 15.2, does codify a change-based causal connection threshold test) and emphasized contract law principles, it applied *Pelech* only after providing a thorough review of the conflicting judicial approaches to the question of the continued validity of the trilogy.

A similar trend was observed in Quebec by academic comment. It appears that, soon after the trilogy, Quebec courts began to adopt a broader and more flexible view of the diversity of the models of marriage, of the grounds for support and of causation issues. At the same time, Quebec courts seem to have felt constrained in the development of new and more flexible approaches to the application of the 1985 Act by lingering doubts about the status of the trilogy and its precedential value particularly since *Moge*, *supra*, especially when they had to review separation agreements (see, for example, D. Goubau, “La situation depuis la trilogie *Pelech*”, in *Droit de la famille québécois* (loose-leaf), vol. 2, at pp. 6019-25; D. Goubau, “Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada” (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561 (C.A.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.); *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.); *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.); *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34 (C.A.); *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.); and *D.V. v. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309 (C.A.)).

Dans la mesure où les auteurs Shaffer et Melamed réussissent à identifier une tendance dans ce domaine du droit, c’est pour noter que [TRADUCTION] « la trilogie a été écartée dans un nombre étonnant de décisions » (p. 61), quoique la tendance ne soit pas uniforme dans tout le pays. J’ajouterais qu’il est probable que même lorsque les tribunaux appliquent la trilogie, ils ne le font qu’avec une réticence croissante, surtout lorsqu’ils arrivent à la conclusion que les faits ne satisfont pas au critère préliminaire strict de la trilogie. Dans *Wilkinson*, par exemple, bien que le tribunal ait traité le litige comme une demande de modification d’une ordonnance alimentaire limitée dans le temps en vertu du par. 17(10) (disposition qui, contrairement à l’art. 15.2, codifie le critère préliminaire du changement ayant un lien causal avec le mariage), et ait mis l’accent sur les principes du droit des contrats, il n’a appliqué l’arrêt *Pelech* qu’après un examen approfondi des divergences d’interprétation des tribunaux sur la validité actuelle de la trilogie.

La doctrine constate la même tendance au Québec. Il apparaît que, peu après la trilogie, les tribunaux québécois ont commencé à adopter une conception élargie et plus souple des divers modèles de mariage, des raisons justifiant les pensions alimentaires et des questions de causalité. Dans le même temps, les doutes subsistant sur le statut de la trilogie et sa valeur de précédent, depuis l’arrêt *Moge*, ont semblé limiter, dans les tribunaux québécois, le développement de nouvelles approches plus souples de l’application de la Loi de 1985, tout particulièrement lorsqu’il s’agissait d’examiner des conventions de séparation (voir par exemple D. Goubau, « La situation depuis la trilogie *Pelech* », dans *Droit de la famille québécois* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 6019-6025; D. Goubau, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada » (1993), 72 *R. du B. can.* 279; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561 (C.A.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.); *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.); *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.); *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34 (C.A.); *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.); *D.V. c. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309 (C.A.)).

172

It is interesting to note in this regard that Mr. Miglin himself, perhaps in recognition of these trends, has essentially abandoned the argument that he appears to have advanced in the courts below — that the Separation Agreement indeed triggered the application of the trilogy and that he was insulated from a claim for spousal support because there was no radical and unforeseen change in circumstances causally connected to the marriage. In his pleadings before this Court, he stated that “in view of the legitimate controversy the trilogy invoked, its application is no longer tenable”, although he was careful to observe that it nonetheless remained open to this Court to affirm the trilogy.

173

In my view, the lower court cases of particular interest in this context are those in which the court either purports to apply the trilogy but in fact applies a standard that is less stringent, or applies the trilogy standard only reluctantly. These types of cases, and the commentary that they have generated, provide an indication of what makes courts wary of applying the trilogy and thus what is truly at stake in the debate over whether the trilogy should be rejected or reaffirmed.

174

Two cases are instructive here by way of example. First is the much discussed decision of the Ontario Divisional Court in *Santosuosso*, *supra*. In *Santosuosso*, the parties had entered into a Separation Agreement after a 23-year traditional marriage, in which spousal support was to terminate after two years. The Agreement contained a full waiver and release of all further support even in the face of a catastrophic change in circumstances. After the time-limited support terminated under the Agreement, the wife applied for spousal support pursuant to s. 15 of the Act. She argued that, at the time the Agreement was negotiated, the parties had expected that she would become economically self-sufficient, but that these expectations were not realized. At the time she applied for corollary relief, she had not successfully completed upgrading courses or secured full-time employment. She was working 60 hours a week at low-paying jobs, earning

On remarque avec intérêt, à cet égard, que M. Miglin lui-même, prenant peut-être acte de ces tendances, a essentiellement renoncé à l’argument qu’il avançait apparemment dans les instances antérieures, selon lequel l’entente de séparation déclenchait l’application de la trilogie et rendait donc irrecevable la demande d’aliments de son ex-conjointe puisqu’aucun changement de circonstances radical et imprévu ayant un lien de causalité avec le mariage n’était survenu. Devant notre Cour, M. Miglin a déclaré que [TRADUCTION] « compte tenu de la controverse légitime que soulève la trilogie, son application n’est désormais plus défendable », mais en prenant le soin de souligner qu’il était néanmoins loisible à la Cour de confirmer la validité de la trilogie.

À mon avis, les décisions de juridictions inférieures les plus intéressantes dans ce contexte sont de deux ordres. Bien que déclarant appliquer la trilogie, les unes, en réalité, mettent en œuvre une norme moins stricte. Les autres appliquent encore la norme énoncée dans la trilogie, mais non sans réticence. Ces types de décisions, tout comme les commentaires qu’elles ont suscités, expliquent l’hésitation des tribunaux à appliquer la trilogie et témoignent ainsi de l’enjeu réel du débat sur le maintien ou le rejet de la trilogie.

Deux décisions sont particulièrement révélatrices à cet égard. La première, la décision *Santosuosso*, précitée, de la Cour divisionnaire de l’Ontario, a suscité bon nombre de commentaires. Dans cette affaire, après 23 années de mariage traditionnel, les parties ont conclu un accord de séparation prévoyant que le versement d’aliments à l’épouse cesserait après deux ans. L’accord comportait une renonciation totale à toute créance alimentaire future, même au cas de changement catastrophique. Après l’arrivée du terme extinctif de la pension alimentaire qu’avait prévu l’accord de séparation, l’épouse a demandé des aliments en vertu de l’art. 15 de la Loi. Elle a soutenu qu’au moment de la négociation de l’accord, les parties croyaient qu’elle parviendrait à l’indépendance économique, mais que ces attentes ne s’étaient pas réalisées. Au moment du dépôt de sa requête en mesures accessoires, elle n’avait pas réussi ses cours de

\$1,700 monthly. The Divisional Court found that Ms. Santosuosso had suffered a radical, unforeseen change in circumstances that was related to a pattern of economic dependency created in the marriage, concluding, at p. 156, that:

It was not within the contemplation or expectation or reasonable anticipation of *both parties* to the agreement that the applicant would be working almost 60 hours a week at low-level wages to earn \$1,700 a month in 1996. Further, an underpinning of the agreement was that the wife would achieve what can be fairly characterized as a modest and realistic goal for financial independence having regard to her circumstances. [Emphasis in original.]

Critics of the decision have suggested that the court in *Santosuosso*, although paying lip service to the trilogy, applied a considerably less stringent threshold for variation: see, for example, S. M. Grant, "The End of Finality" (1997), 27 R.F.L. (4th) 252. According to Shaffer and Melamed, *supra*, at p. 66:

It is hard to buy the court's conclusion that Mrs. Santosuosso's circumstances were truly a radical and unforeseen change as contemplated by the trilogy. One might argue that a more plausible interpretation of what was going on in the case was a refusal of the court to defer to the contract *not* because it fell within the exception carved out by the trilogy, but because it did not accord with the court's sense of fairness. As a result, some commentators have decried the decision in *Santosuosso* as heralding the end to the finality of separation agreements. [Emphasis in original.]

(See also N. Bala and K. Chapman, "Separation Agreements & Contract Law: From the Trilogy to Miglin", in *Child & Spousal Support Revisited* (2002), tab 1, at pp. 1-26 and 1-27.)

The tension identified here between finality and fairness also surfaces, albeit in a different manner, in *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118. In *Leopold*, the Ontario Superior Court of Justice refused to vary a time-limited support agreement containing a full and final release where the husband sought renewed support. The parties had been

perfectionnement et n'avait pas non plus trouvé d'emploi à plein temps. Elle travaillait 60 heures par semaine dans des emplois peu rémunérés grâce auxquels elle gagnait 1 700 \$ par mois. La Cour divisionnaire a conclu qu'un changement radical et imprévu, lié à un régime de dépendance économique engendré par le mariage, était survenu dans la situation de M^{me} Santosuosso (à la p. 156) :

[TRADUCTION] *Les parties* à la convention n'avaient pas envisagé ou raisonnablement anticipé que la requérante travaillerait près de 60 heures par semaine à des emplois peu rémunérateurs pour toucher 1 700 \$ par mois en 1996. De plus, la convention visait fondamentalement à permettre à l'épouse d'atteindre ce qu'on pourrait appeler objectivement un niveau modeste et réaliste d'indépendance financière, compte tenu de sa situation. [En italique dans l'original.]

Selon les critiques de cette décision, la cour, tout en prétendant souscrire en principe à la trilogie, a appliqué un critère d'intervention considérablement moins exigeant : voir par exemple S. M. Grant, « The End of Finality » (1997), 27 R.F.L. (4th) 252. Selon Shaffer et Melamed, *loc. cit.*, p. 66 :

[TRADUCTION] Il est difficile d'accepter la conclusion de la cour que la situation de M^{me} Santosuosso constituait véritablement un changement radical et imprévu au sens de la trilogie. On peut soutenir qu'une explication plus plausible de ce qui s'est passé est que la cour a refusé de s'en tenir au contrat *non pas* parce qu'il relevait de l'exception établie par la trilogie, mais bien parce qu'il n'était pas conforme à ce que la cour estimait équitable. En conséquence, certains commentateurs ont dénoncé la décision *Santosuosso* en ce qu'elle annonçait la fin du caractère définitif des conventions de séparation. [En italique dans l'original.]

(Voir aussi N. Bala et K. Chapman, « Separation Agreements & Contract Law : From the Trilogy to Miglin », in *Child & Spousal Support Revisited* (2002), tab 1, p. 1-26 et 1-27.)

La tension décrite ici entre la recherche d'un règlement définitif et l'équité fait également surface, quoique de façon différente, dans *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118. La Cour supérieure de justice de l'Ontario, alors saisie d'une demande de renouvellement de la pension alimentaire de l'époux, a refusé de modifier une entente

175

176

married for seven years and had two surviving children. At the time of the marriage, the husband was earning \$20,000 per year and had a small net worth of \$1,400, while the wife was the beneficiary of a significant family trust. At separation, the wife's various interests were valued in excess of \$4 million. The husband's employability was circumscribed throughout the marriage by health problems which continued after separation. When the parties separated, they entered into agreements whereby the husband received an equalization payment of \$205,000 and spousal support in the amount of \$1,700 per month for 42 months. After the time-limited support had expired, the husband applied for spousal support under s. 15.2 of the 1985 Act. He cited two factors that in his view should trigger renewed support: the fact that his business plans had not been successful and that the parties' eldest child, who had behavioural and health problems, had begun to live with him. Wilson J. applied *Pelech* and denied support, finding that these events did not constitute a radical, unforeseen change in circumstances causally connected to the marriage.

177

Although she applied *Pelech*, Wilson J. also sought to strike a balance between the "important competing objectives of certainty and fairness" (*Leopold, supra*, at para. 98). To this end, she devoted considerable effort in her reasons to outlining a less restrictive definition of common-law unconscionability that would fit the unique dynamics of family law, although she ultimately concluded that the agreement in question did not meet even this more relaxed standard. From Wilson J.'s perspective, an unconscionable agreement in the family law context is an agreement that is outside of the range of what is objectively fair at the time it is entered into. As she outlined at paras. 141 and 143-44:

... in the family law context, the parameters of a strict test of unconscionability begin to blur. I conclude that the traditional dual test defining what is unconscionable requiring both inequality and improvidence rooted in the common law ignores the special nature of marital

alimentaire de durée limitée, assortie d'une renonciation totale et définitive. Mariées pendant sept ans, les parties avaient deux enfants encore vivants. Lorsqu'ils se sont mariés, l'époux gagnait 20 000 \$ par an et disposait d'un petit actif de 1 400 \$, alors que l'épouse était bénéficiaire d'une importante fiducie familiale. Lors de la séparation, les divers actifs de l'épouse étaient évalués à plus de 4 millions de dollars. L'employabilité de l'époux avait été limitée pendant tout le mariage par des problèmes de santé qui ont persisté après la séparation. Au moment de la séparation, les parties ont signé des ententes donnant à l'époux un paiement d'égalisation de 205 000 \$ et une pension alimentaire de 1 700 \$ par mois pendant 42 mois. À l'expiration du terme fixé pour la pension alimentaire, l'époux a réclamé des aliments en vertu de l'art. 15.2 de la Loi de 1985. Selon ses prétentions deux facteurs justifiaient la prolongation de la pension alimentaire : l'échec de ses plans d'entreprise et la situation de son enfant aîné, qui, victime de problèmes de comportement et de santé, avait commencé à vivre chez lui. La juge Wilson a appliqué l'arrêt *Pelech* et refusé de lui accorder des aliments. Elle a décidé que ces événements n'équivalaient pas à un changement de circonstances radical et imprévu ayant un lien de causalité avec le mariage.

Bien qu'elle ait appliqué l'arrêt *Pelech*, la juge Wilson tentait également de réaliser un équilibre entre les [TRADUCTION] « importants objectifs concurrents de certitude et d'équité » (*Leopold, précité*, par. 98). Elle a pris grand soin, à cette fin, de donner une définition moins restrictive de la notion d'entente abusive en common law, pour la rendre plus compatible avec la dynamique particulière du droit de la famille. Néanmoins, elle décidait que l'entente en cause ne satisfaisait même pas à cette norme moins exigeante. Selon la juge Wilson, une entente abusive dans le contexte du droit de la famille s'entend d'un accord qui déborde le cadre des dispositions objectivement équitables au moment de sa conclusion (aux par. 141 et 143-144) :

[TRADUCTION] ... dans le contexte du droit de la famille, les paramètres du critère strict du caractère abusif sont plus flous. Je conclus que le critère traditionnel à deux volets servant à définir ce qui est abusif, par la preuve à la fois d'une inégalité et d'une imprévoyance, et provenant

relationships. A rigid application of the inequality requirement ignores the reality that these are not commercial contracts negotiated for commercial gain in emotionally neutral circumstances.

I agree with the suggestion of McLeod in his annotation to *B. (G.)*, *supra*, at p. 216 that a court should only intervene if the terms of the settlement are outside the generous ambit within which reasonable disagreement is possible.

I conclude, therefore, that an unconscionable agreement is one that is clearly outside the range of what is objectively fair when it was made, taking into account the facts and circumstances of the parties. If it is clearly outside the range within which rational people may disagree, then inevitably the statutory objectives of the 1985 Divorce Act will not have been met. [Emphasis added.]

Although she rejected the routine imposition of “judicial concepts of fairness” in the face of existing agreements, Wilson J. suggested that this revised and more flexible notion of unconscionability should serve as a caveat to the trilogy’s strict threshold test (paras. 142 and 146(4)). In her view, this is appropriate in part because, in the trilogy itself, the threshold test for judicial intervention in a final agreement was subject to the reservation that the agreement not be “unconscionable in the substantive law sense” (see *Richardson*, *supra*, at p. 872).

The role that Wilson J. crafts for unconscionability in *Leopold* in fact represents a significant shift from the role accorded to the stricter common-law doctrine by Wilson J. in the trilogy. As J. G. McLeod comments in the Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120, at pp. 124-25:

Wilson J. wanted to reduce the threshold to override the support provisions of a final support agreement but had a difficult time implementing such a test on the current state of the law. Her description of many wives’ circumstances at the time of marriage breakdown and during negotiations accurately reflects the problems facing a lawyer representing a dependent client. She was

de la common law, fait abstraction de la nature particulière des relations maritales. L’application rigide de l’exigence de l’inégalité ne tient pas compte du fait qu’il ne s’agit pas de contrats commerciaux négociés à des fins commerciales dans un contexte émotivement neutre.

Je souscris à ce que propose M. McLeod dans ses notes relatives à l’arrêt *B. (G.)*, précité, p. 216, à savoir que le tribunal ne devrait intervenir que si les clauses du règlement débordent le cadre généreux à l’intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible.

Je conclus donc que l’entente abusive est celle qui déborde clairement le cadre de ce qui est objectivement juste au moment de sa conclusion, eu égard aux faits et à la situation des parties. Si elle déborde clairement le cadre à l’intérieur duquel un désaccord entre personnes rationnelles est possible, alors les objectifs prévus dans la Loi sur le divorce de 1985 n’auront évidemment pas été remplis. [Je souligne.]

Bien qu’elle ait rejeté l’hypothèse d’une application routinière des « concepts judiciaires d’équité » aux ententes de séparation existantes, la juge Wilson affirme que cette notion révisée et plus souple de l’abus devrait constituer une réserve apportée au critère préliminaire strict de la trilogie (par. 142 et 146(4)). Selon elle, cette démarche se justifie en partie parce que, dans la trilogie même, le critère préliminaire d’intervention des tribunaux dans une entente définitive reste assujéti à la condition que la convention ne soit pas « lésionnaire au sens du droit positif » (voir *Richardson*, précité, p. 872).

Le rôle que la juge Wilson reconnaît à la notion d’entente abusive dans *Leopold* s’écarte considérablement de celui qu’accordait la trilogie à la doctrine de common law plus stricte. Dans une note sur l’affaire *Leopold*, on retrouve ce commentaire de J. G. McLeod (Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120, p. 124-125) :

[TRADUCTION] La juge Wilson voulait réduire le seuil permettant au tribunal de passer outre aux dispositions alimentaires d’une convention définitive, mais elle a eu de la difficulté à le mettre en œuvre dans l’état actuel du droit. La façon dont elle a décrit la situation de nombreuses épouses au moment de la rupture du mariage et lors des négociations traduit précisément les problèmes

probably correct when she stated that traditional rules of law were inadequate to ensure that fair support bargains are reached. If courts cannot control the validity rules to ensure that only fair bargains are upheld, they may be able to accomplish the same end by expanding the range of cases where a court can override the support provisions of a valid agreement.

When Wilson J. raised the concept of unconscionability as a limiting factor on upholding settlement agreements in the trilogy, she was referring to a flaw in the formation of a contract, not to a test to override a domestic contract. In *Leopold*, Wilson J. seems to treat “unconscionability” as a potential threshold test to override a valid support agreement. [Emphasis added.]

180

I will further explore the doctrine of unconscionability, as well as the relative merits of Wilson J.’s approach, later in these reasons. I find *Leopold* of interest at this stage of the analysis because it provides a clear example of the trend noted in *Wilkinson, supra*, at para. 49: “[i]n essence, the courts are looking for ways to circumvent the strict standard imposed by *Pelech* in order to ensure a fair result”. The impetus to do so — to tip the balance away from finality and towards fairness where these goals appear incompatible on the facts of a given case — is in keeping with the significant shift that has taken place in both the statutory framework and the family law jurisprudence of this Court since the trilogy was decided more than 15 years ago.

181

It is also in keeping with a broader and more realistic understanding of the operation of contractual relationships that has emerged in both academic literature and case law in recent years, discrediting earlier, more abstract or formalistic notions of contract law (see Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-13 to 1-20). A legal scholar, Professor J.-G. Belley, for instance, has concluded from his extensive fieldwork that parties use commercial contracts primarily as a framework for ongoing cooperation, rather than as a conflict resolution tool for allocating gains and losses in the event of a litigated dispute between the parties (see *Le contrat entre droit, économie et*

auxquels font face les avocats qui représentent des clients dépendants. C’est probablement à juste titre qu’elle a indiqué que les règles de droit traditionnelles ne permettraient pas d’assurer la conclusion d’ententes alimentaires justes. Si les tribunaux ne peuvent contrôler les règles de validité pour assurer que seules les conventions alimentaires équitables sont maintenues, ils peuvent arriver au même résultat en élargissant l’éventail des situations dans lesquelles ils peuvent passer outre aux dispositions d’une entente valide.

Lorsque la juge Wilson a invoqué le concept de la lésion en tant que facteur limitatif des conventions dans la trilogie, elle se référait à un vice de formation du contrat, et non pas à un critère permettant d’écarter un contrat familial. Dans *Leopold*, la juge Wilson semble interpréter le « caractère lésionnaire » comme un critère préliminaire qui pourrait permettre au tribunal d’écarter une entente alimentaire valide. [Je souligne.]

Plus loin dans mes motifs, j’examine de manière plus approfondie le principe de la lésion et les mérites de l’approche de la juge Wilson. La décision *Leopold* me paraît digne d’intérêt à ce stade de l’analyse car elle illustre clairement la tendance dégagée dans *Wilkinson*, précité, par. 49 : [TRADUCTION] « [e]ssentiellement, les tribunaux cherchent à contourner la norme stricte imposée par *Pelech* afin d’arriver à un résultat équitable ». Le fondement de cette orientation — insister moins sur la recherche du règlement définitif mais davantage sur l’équité lorsque ces objectifs paraissent incompatibles au vu des faits du litige — témoigne éloquemment de l’importance des changements survenus dans le régime législatif et dans la jurisprudence de la Cour, en droit de la famille, pendant les 15 ans écoulés depuis la trilogie.

Cette tendance va également dans le sens d’une interprétation plus large et plus réaliste, dans la doctrine et la jurisprudence récentes, du fonctionnement des rapports contractuels, qui critique les anciennes notions plus abstraites ou formalistes du droit des contrats (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-13 à 1-20). Par exemple, le professeur J.-G. Belley conclut de ses importants travaux sur le terrain que les parties se servent principalement des contrats commerciaux pour encadrer une coopération continue, plutôt que comme outil de résolution de conflits visant à répartir les pertes et les bénéfices en cas de litige (voir *Le contrat entre droit, économie et*

société: Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean (1998)). As Belley outlines, over the long term, commercial contracts are voluntarily adjusted by the parties, because the parties prioritize preserving their contractual relationship (see also L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* (2002), at p. 385). They thus work towards mutual accommodation, rather than resorting to judicial intervention to resolve conflicts when they arise. The emphasis is placed on adapting and maintaining the relationship, rather than on one party or the other triumphing in a court battle. The contract structures and facilitates continuous cooperation between the parties. In other words, in practice parties prefer to keep their commercial contracts flexible and adaptable, rather than seeking rigid enforcement through judicial institutions.

It is thus important to recognize that, while separation agreements are indeed unique as I will discuss in more detail below, even in commercial law settings contracts are not designed to be, nor are they understood as, unalterable. We must resist the temptation to reify or mythologize the “sanctity” or “finality” of contract, particularly in the field of family law, which primarily concerns the management of human relationships at some of their most sensitive points. That Parliament has resisted this temptation in the family law context is evident in the fact that, in the 1985 Act, separation agreements are recognized as but one of the factors to be taken into account in applications for corollary relief under s. 15.2. It is to a discussion of this statutory framework, as well as the contemporary spousal support jurisprudence of this Court, that I now turn.

(4) The Current Statutory and Jurisprudential Context

Both the 1985 Act itself and this Court's recent family law jurisprudence dictate that a case-by-case evaluation of fairness and compatibility with the statutory objectives — not an axiomatic insistence on finality — must guide courts in applications for

société : Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean (1998)). Belley souligne qu'à long terme, les parties adaptent volontairement les contrats commerciaux, parce que leur priorité est le maintien de leur relation contractuelle (voir aussi L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* (2002), p. 385). Elles s'emploient donc à trouver un terrain d'entente mutuelle plutôt que de recourir aux tribunaux pour résoudre les conflits qui surviennent. On privilégie l'adaptation et le maintien de la relation, plutôt que le triomphe d'une partie sur l'autre dans des affrontements judiciaires. Le contrat structure et facilite la coopération continue entre les parties. Autrement dit, les parties préfèrent en pratique que leurs contrats commerciaux demeurent flexibles et adaptables, au lieu d'en rechercher l'application rigide auprès des institutions judiciaires.

Il importe donc de reconnaître que, bien que la nature des ententes de séparation reste tout à fait particulière, comme je le discuterai plus loin, même dans le contexte du droit commercial, les conventions ne sont pas conçues comme immuables, ni traitées comme telles. Nous devons résister à la tentation de réifier ou d'ériger en mythe le « caractère sacré » ou le « caractère définitif » du contrat, surtout dans le contexte du droit de la famille qui intéresse essentiellement la gestion des relations humaines à leurs points les plus névralgiques. Le fait que, dans la Loi de 1985, les ententes de séparation aient été reconnues comme un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération dans les requêtes en mesures accessoires fondées sur l'art. 15.2, révèle clairement que, dans le cadre du droit de la famille, le législateur a résisté à cette tentation. Je passe maintenant à l'analyse de ce cadre législatif et de la jurisprudence contemporaine de la Cour en matière d'aliments entre époux.

(4) Le contexte législatif et jurisprudentiel actuel

La Loi de 1985 et la jurisprudence récente de la Cour en droit de la famille exigent que, dans les requêtes en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2, les tribunaux évaluent cas par cas les solutions équitables et conformes aux objectifs de la loi,

corollary relief under s. 15.2, even in the face of an existing separation agreement.

(i) *The Statute*

184

As McLachlin J. (as she then was) stated in *Moge*, spousal support is, “first and last, a [matter] of statutory interpretation. . . . [I]n the end the judge must return to what Parliament has said on the subject” (p. 877). What Parliament had to say in the 1968 Act, under which the trilogy was decided, differs markedly from what it had to say in the 1985 Act.

185

Under the 1968 statutory framework, the “means and needs” test was the exclusive criterion for support. The 1968 Act provided that:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having

plutôt que d’insister de manière axiomatique sur le caractère définitif, des ententes de séparation antérieures.

(i) *La Loi*

Dans l’arrêt *Moge*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit au sujet des obligations alimentaires entre conjoints « qu’il s’agit, avant tout, d’une question d’interprétation législative [et qu’] en fin de compte, le juge doit se reporter à ce que le législateur a dit à ce sujet » (p. 877). L’énoncé législatif contenu dans la Loi de 1968, qui régissait les arrêts de la trilogie, diffère sensiblement de celui que l’on retrouve dans la Loi de 1985.

Dans le cadre législatif de 1968, le critère des « ressources et des besoins » était le critère exclusif de l’obligation alimentaire. La Loi de 1968 disposait :

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s’il l’estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l’état et des facultés de chacune d’elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir :

a) une ordonnance enjoignant au mari d’assurer l’obtention ou d’effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l’entretien

- (i) de l’épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l’épouse et des enfants du mariage;

b) une ordonnance enjoignant à l’épouse d’assurer l’obtention ou d’effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l’entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l’administration et à l’éducation des enfants du mariage.

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l’occasion ou révoquée par le tribunal qui l’a rendue s’il l’estime juste et approprié

regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

The 1968 Act was silent on the question of support objectives. However, as L'Heureux-Dubé J. outlined in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, "[w]hat was not spelled out in the 1968 Act was quickly made up by the courts", which adopted the clean break theory of support, assuming that the "economic self-sufficiency of either spouse could and should be achieved as soon as possible after the divorce" (para. 22). As I noted above, the trilogy, in establishing a strict threshold test for judicial intervention in separation agreements, both reflected and promoted this approach.

In 1985, Parliament replaced what Abella J.A. termed the "linguistic and conceptual minimalism" of s. 11 of the former *Divorce Act* with a "comprehensive scheme for support" (paras. 60-61). For ease of reference, I reproduce the relevant spousal support provisions of the 1985 Act here:

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

(4) In making an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2), the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including

- (a) the length of time the spouses cohabited;
- (b) the functions performed by each spouse during cohabitation; and
- (c) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

La Loi de 1968 restait muette sur la question des objectifs de la pension alimentaire. Cependant, comme la juge L'Heureux-Dubé le souligne dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, « [c]e que la loi de 1968 n'explicitait pas, la jurisprudence allait rapidement y suppléer » par l'adoption de la théorie de la rupture nette en matière d'aliments, suivant la présomption que « l'indépendance économique [des] conjoints pouvait et devait s'acquérir dans les meilleurs délais après le divorce » (par. 22). On a vu que la trilogie reflète et favorise cette démarche par l'imposition d'un critère préliminaire strict à l'intervention des tribunaux dans les ententes de séparation.

En 1985, le législateur a remplacé ce que la juge Abella appelle le [TRADUCTION] « minimalisme linguistique et conceptuel » de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* par un « cadre détaillé relativement à la pension alimentaire » (par. 60-61). Par souci de commodité, je reproduis les dispositions de la Loi de 1985 pertinentes à la question du soutien alimentaire entre époux :

15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

- a) la durée de la cohabitation des époux;
- b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
- c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

186

187

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;

(c) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

188

While I express no opinion on whether the trilogy's stringent threshold test was truly organic to the 1968 Act, a plain reading of the 1985 Act reveals that neither the trilogy's strict threshold, nor the values upon which it is grounded, have survived. The creation of a fundamentally different statutory environment is evidenced by two aspects of the 1985 Act that were entirely absent from the earlier Act and that are inconsistent with the trilogy: (1) the articulation in s. 15.2(6) of four specific spousal support objectives and (2) the inclusion of separation agreements in s. 15.2(4) as one of the factors relevant to the exercise of judicial discretion in an application for corollary relief.

189

These provisions require courts to engage in a more nuanced analysis than that required under the 1968 Act when considering a question of support and the basis for it. The starting point for this analysis, whether or not an agreement is in issue, is the objectives for spousal support articulated in s. 15.2(6): recognizing the economic advantages or disadvantages arising from the marriage or its breakdown; apportioning the financial consequences of childcare; relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage; and promoting, in so far as practicable, the economic self-sufficiency of the spouses within a reasonable period of time. The structure of s. 15.2(6) dictates, as this Court has repeatedly emphasized, that "[n]o

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si le critère préliminaire strict de la trilogie était véritablement une composante organique de la Loi de 1968, mais il est clair, à la simple lecture de la Loi de 1985, que ni le critère préliminaire strict de la trilogie, ni les valeurs qui le fondent, n'ont survécu. L'inclusion dans la Loi de 1985 de deux éléments incompatibles avec la trilogie et qui n'existaient pas dans la loi antérieure témoigne de la mise en place d'un régime législatif fondamentalement différent : (1) l'énumération, au par. 15.2(6), de quatre objectifs spécifiques à la pension alimentaire et (2) l'inclusion des ententes de séparation, au par. 15.2(4), parmi les facteurs pertinents dans l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire en matière de mesures accessoires.

Ces dispositions obligent les tribunaux à entreprendre une analyse plus nuancée que celle que leur imposait la Loi de 1968 sur la question des aliments et de leur justification. Qu'une entente soit en cause ou non, l'analyse débute avec les objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments entre époux : prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec; répartir les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants; remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage; favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique des époux dans un délai raisonnable. La Cour a souligné à maintes reprises que la structure du par. 15.2(6)

single objective is paramount; all must be borne in mind" (*Moge, supra*, at p. 852; *Bracklow, supra*, at para. 35). The statute does not support the position that a final agreement relieves the court of the obligation to apply all four of the objectives of spousal support in an application for corollary relief under s. 15.2. The effect of the trilogy's strict threshold for judicial intervention is the "almost automatic" adoption of the terms of an agreement. This prevents the court from being attentive to, and in many cases defeats, one or more of Parliament's specified objectives (see the comments of Misener L.J.S.C. in *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (Ont. H.C.), at p. 286). The trilogy's requirement of a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage is thus fundamentally incompatible with the requirements of s. 15.2(6) of the governing statute.

More broadly, s. 15.2(6) significantly qualifies the role of one of the key philosophies underlying the trilogy's strict threshold: that parties should be required to achieve self-sufficiency quickly and permanently in order to facilitate a clean break. While self-sufficiency is referenced in s. 15.2(6), it is only one of four objectives. The very language of the 1985 Act precludes courts from granting self-sufficiency the pre-eminence it is accorded in the trilogy. This is particularly so given that self-sufficiency is the only qualified objective in s. 15.2(6) ("in so far as practicable"), which means that continuing need is an ongoing concern and not one that in the opinion of Parliament ends at the time of the separation or is always to be determined at that time. The court, in other words, must be closely attuned to what may be ongoing difficulties flowing from the breakup of the marriage relationship. Moreover, under s. 15.2, even where economic self-sufficiency has been attained, this will not necessarily dispose of a support application (see *Moge, supra*, at p. 852). In determining the right to, and the quantum and duration of spousal support, the court must also have regard, for instance, to the objectives of recognizing the economic advantages

signifie qu'« [a]ucun objectif en particulier n'est prédominant; il faut tous les avoir à l'esprit » (*Moge*, précité, p. 852; *Bracklow*, précité, par. 35). La loi n'étaye pas l'interprétation selon laquelle l'existence d'une entente définitive dégage le tribunal de l'obligation d'appliquer les quatre objectifs des aliments entre conjoints dans une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2. L'effet du critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit l'intervention des tribunaux est d'entériner presque automatiquement les modalités des ententes. Il empêche donc le tribunal de considérer les objectifs spécifiquement prévus par le législateur, et dans bien des cas il leur fait échec (voir les commentaires du juge Misener dans *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (H.C. Ont.), p. 286). Par conséquent, l'exigence qu'impose la trilogie d'un changement radical et imprévu, rattaché au mariage par un rapport de causalité est fondamentalement incompatible avec les prescriptions du par. 15.2(6) de la loi actuelle.

De façon plus large, le par. 15.2(6) limite considérablement le rôle d'une des idées essentielles qui inspirent le critère préliminaire strict de la trilogie, la conception voulant que les parties soient tenues de parvenir à l'indépendance économique rapidement et définitivement, afin de faciliter une rupture nette entre elles. Même si le par. 15.2(6) fait état de l'indépendance économique, cette dernière ne représente qu'un de ses quatre objectifs. Le libellé même de la Loi de 1985 interdit aux tribunaux d'accorder à l'indépendance économique la prédominance dont elle jouit dans la trilogie. Cela est d'autant plus vrai que l'indépendance économique est le seul objectif du par. 15.2(6) auquel est apportée une précision (« dans la mesure du possible »). Cet ajout signifie que la persistance des besoins du conjoint demeure une préoccupation durable, selon le législateur, et non pas un problème qui prend fin à la séparation ou auquel on doit toujours apporter une solution définitive au moment de celle-ci. Autrement dit, le tribunal doit rester sensible aux difficultés qui résultent de l'échec du mariage et qui persistent. De plus, suivant l'art. 15.2, même l'accession à l'indépendance économique n'est pas nécessairement déterminante dans une demande d'aliments (voir *Moge*, précité, p. 852). Lorsqu'il statue sur le droit d'un conjoint

or disadvantages arising from the marriage or its breakdown and apportioning the financial burden of childcare.

191

The fact that the 1985 Act mandates a flexible and contextual approach to spousal support is underscored by the Act's treatment of support agreements themselves. The 1985 Act, in contrast to the 1968 Act, makes specific reference to agreements, including them in s. 15.2(4) among the factors a court must consider in determining whether to order spousal support. In this sense, as McLachlin J. noted in *Bracklow*, *supra*, in the 1985 Act "[c]ontractual support obligations, while not new, were given new emphasis" (para. 18). The extent of this emphasis, however, is limited by the structure of s. 15.2(4) itself. While agreements are enumerated as one factor to be taken into account in spousal support applications, they are not to be accorded primacy. Given this statutory framework, it is inappropriate to continue to apply the trilogy's radical change and causal connection test, the effect of which is to render the agreement the decisive factor in all but the most exceptional circumstances.

192

In *Richardson*, *supra*, La Forest J. argued against allowing separation agreements the kind of compelling weight the majority in effect accorded them by limiting judges' discretion to vary agreements to those cases where radical or catastrophic changes have occurred since the agreement was made. He stated, at pp. 883-84:

Even if I thought that the adoption of such a judicial policy would have the desired effect, I do not think we are given the power to do this at the expense of those whom Parliament sought to protect by giving jurisdiction to a judge to order what he or she thinks is "fit and just" having regard to the factors spelled out in the legislation. Parliament's policy, as Chouinard J. noted, is one of "intentional flexibility" aimed at meeting the variegated

à des aliments et fixe leur montant et leur durée, le tribunal doit aussi considérer, par exemple, l'impact des avantages et des inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec ainsi que la répartition des conséquences économiques du soin des enfants.

Les dispositions de la Loi de 1985 sur les ententes alimentaires elle-mêmes démontrent bien que la Loi préconise une démarche souple et contextuelle en matière d'aliments entre conjoints. Contrairement à la Loi de 1968, la Loi de 1985 renvoie spécifiquement aux ententes en les incluant au par. 15.2(4) parmi les facteurs pertinents quand le tribunal décide s'il rendra une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint. En ce sens, comme la juge McLachlin le fait remarquer dans *Bracklow*, précité, « [l]es obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyaient accorder une importance nouvelle » (par. 18) sous le régime de la Loi de 1985. La structure même du par. 15.2(4) apporte toutefois une limite à cette importance. Les ententes figurent dans l'énumération des facteurs à considérer dans les demandes d'aliments entre époux, mais le texte de la législation ne leur reconnaît pas un caractère prédominant. Vu ce cadre législatif, il n'est pas approprié de continuer à appliquer le critère de la trilogie exigeant un changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage, qui fait de l'entente le facteur décisif dans tous les cas, sauf les plus exceptionnels.

Dans l'arrêt *Richardson*, précité, le juge La Forest conteste l'attribution par la majorité d'une influence déterminante aux conventions de séparation en limitant le pouvoir discrétionnaire des juges de les modifier aux seuls cas où des changements radicaux ou catastrophiques se sont produits depuis leur conclusion. Il affirme (aux p. 883-884) :

Même si je croyais que l'adoption d'une telle politique judiciaire aurait l'effet souhaité, je ne crois pas que nous ayons le pouvoir de le faire aux dépens de ceux que le Parlement a voulu protéger en donnant au juge le pouvoir d'ordonner ce qu'il estime «juste et approprié», compte tenu des facteurs énoncés dans la Loi. La politique du législateur fédéral, comme le juge Chouinard l'a noté, en est une de «souplesse voulue»

situations a trial judge must face in divorce matters. I am confident that trial judges are in a better situation to respond to this policy than appeal court judges; trial judges hear the matter first hand. Parliament obviously took this view in vesting the discretion in them. Theirs is the task of making the decision, weighing the factors prescribed by the Act. Courts of appeal undoubtedly have a role within the limits previously described, in seeing that trial judges properly exercise their discretion by adequately weighing the factors they are required to consider, but the search for precision must be confined within the intentionally flexible policy adopted by Parliament. There is no flexibility in a judicially created policy that requires a judge to exercise his or her discretion to do what is fit and just in accordance with the provisions of a separation agreement unless radical changes have occurred since the agreement was made. Under such a policy, the judge's discretion simply becomes no more than one to vary a separation agreement when subsequent radical circumstances have occurred. This, in my view, amounts to rewriting the Act. This we have no right to do. [Emphasis added.]

La Forest J. did not carry the day with this view in *Richardson*, but his words have enhanced meaning under the 1985 statutory framework. While the 1968 Act was silent on the matter, the 1985 Act specifically entrenches a flexible approach to agreements by defining them as but one factor to consider on an application for support. A plain reading of the statute does not support the view that an agreement can either be unduly privileged over the other factors enumerated in s. 15.2(4), or considered independently from the court's broader analysis of the support objectives codified in s. 15.2(6). There is thus a fundamental disconnect between the current statutory framework and the trilogy's approach in treating an agreement as a "virtually binding force unless radical changes have since occurred" (*Richardson*, p. 884).

qui vise à répondre aux diverses situations auxquelles le juge de première instance doit faire face en matière de divorce. Je suis assuré que le juge de première instance est mieux placé pour donner suite à cette politique que les juges des tribunaux d'appel; le juge de première instance est directement saisi de l'affaire. Le législateur, de toute évidence, était de cet avis quand il l'a investi de ce pouvoir discrétionnaire. Il a pour tâche de rendre une décision en soupesant les facteurs prescrits par la Loi. Les tribunaux d'appel ont sans aucun doute le rôle, dans les limites déjà décrites, de s'assurer que le juge de première instance exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire, en soupesant adéquatement les facteurs dont il est obligé de tenir compte; mais cette recherche de précision doit respecter la politique de souplesse voulue adoptée par le législateur. Il n'y a aucune souplesse dans une politique créée par les tribunaux, qui oblige le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, en conformité avec les dispositions d'une convention de séparation, à moins que des changements radicaux ne se soient produits depuis que la convention a été conclue. En vertu d'une telle politique, le pouvoir discrétionnaire du juge devient simplement le pouvoir de modifier une convention de séparation lorsqu'un changement de circonstances radical est survenu ultérieurement. Cela équivaut, à mon avis, à récrire la Loi, ce que nous n'avons pas le droit de faire. [Je souligne.]

L'opinion du juge La Forest n'a pas prévalu dans *Richardson*, mais ses propos ont une résonance encore plus importante sous le régime législatif de 1985. Alors que la Loi de 1968 était muette sur la question, la Loi de 1985 consacre expressément la validité d'une approche souple lorsqu'elle définit les ententes comme un facteur parmi d'autres que le tribunal doit peser dans l'examen d'une demande de pension alimentaire. À sa simple lecture, la Loi actuelle n'étaye pas la thèse selon laquelle une entente puisse primer indûment sur les autres facteurs énumérés au par. 15.2(4), soit être appréciée indépendamment de l'analyse générale par le tribunal des objectifs de la pension alimentaire codifiés au par. 15.2(6). Le cadre législatif actuel s'écarte donc fondamentalement de la démarche préconisée par la trilogie, suivant laquelle l'entente possède une « force virtuellement obligatoire sauf si des changements radicaux sont survenus depuis [sa] conclusion » (*Richardson*, p. 884).

194 As I will discuss in more detail later in these reasons, what flows naturally from the language of the 1985 Act is an approach that requires the court to evaluate the parties' agreement at the time of the application for corollary relief to see if it meets the objectives for spousal support enumerated in s. 15.2(6). The degree to which the agreement realizes these objectives in light of all of the parties' circumstances at the time of the application will be the determining factor in according it finality.

(ii) *The Case Law*

195 The conclusion I have reached based on a plain reading of the 1985 Act — that neither the trilogy's strict threshold test for judicial intervention in a support agreement nor the underlying values on which it is based have survived — is fully supported by the recent jurisprudence of this Court. The contemporary framework cases on spousal support, *Moge* and *Bracklow*, do not directly address the continued validity of the trilogy's threshold test for judicial intervention in the spousal support provisions of a final agreement. However, both espouse a contextual approach to spousal support that is fundamentally inconsistent with the emphasis on absolute autonomy, formal equality, and deemed self-sufficiency that grounded the trilogy's privileging of finality, even at the expense of fairness. This contextual approach reflects the varied models of marriage and is sensitive to the difficulties inherent in unbundling a marital relationship. It is also grounded in a broader notion of causation which seeks to fully address the consequences of the marriage as time and circumstances unfold in respect of the need for support.

196 At the heart of L'Heureux-Dubé J.'s analysis of the rationales for spousal support in *Moge* is the statutory imperative that I outlined above: in determining the entitlement to and the quantum of support, the Court's starting point must be all four of the objectives outlined in s. 15.2(6) of the 1985 Act.

Comme je le préciserai plus loin, l'approche découlant naturellement du libellé de la Loi de 1985 veut que le tribunal examine l'entente des parties au moment de la requête en mesures accessoires pour vérifier si elle est conforme aux objectifs des aliments entre époux énumérés au par. 15.2(6). Le degré de conformité de l'entente avec les objectifs, eu égard à la situation des parties au moment où la requête est présentée, détermine son « caractère définitif ».

(ii) *La jurisprudence*

La jurisprudence récente de notre Cour appuie pleinement la conclusion à laquelle j'arrive à la simple lecture de la Loi de 1985 — que ni le critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit l'intervention des tribunaux à l'égard d'une entente alimentaire, ni les valeurs qui le sous-tendent n'ont survécu. Les arrêts de référence actuels en matière d'obligation alimentaire entre conjoints, soit *Moge* et *Bracklow*, n'abordent pas directement la question du maintien de la validité du critère préliminaire imposé par la trilogie à l'intervention des tribunaux dans les dispositions alimentaires entre conjoints dans une entente définitive. Cependant, ils préconisent tous deux, en la matière, une démarche contextuelle, fondamentalement incompatible avec la primauté accordée par la trilogie à l'autonomie absolue, à l'égalité formelle et à l'indépendance économique présumée, pour privilégier la recherche du règlement définitif au détriment de celle de la solution équitable. La démarche contextuelle reflète les divers modèles de mariage et elle s'adapte aux exigences du règlement des difficultés inhérentes à la dissolution d'une relation maritale. Elle se fonde également sur un concept plus large de la causalité qui vise à prendre pleinement en compte les conséquences du mariage avec le temps, et l'évolution des circonstances, à l'égard de la nécessité des aliments.

L'orientation législative dont je fais état plus haut se situe au cœur de l'analyse faite par la juge L'Heureux-Dubé des objectifs de l'obligation alimentaire entre époux dans *Moge* : lorsqu'il statue sur le droit aux aliments et sur leur montant, le tribunal entreprend d'abord un examen de chacun des

Citing *Payne on Divorce* (2nd ed. 1988), at p. 101, L'Heureux-Dubé J. noted that the diversity of these objectives reflects Parliament's recognition that the "economic variables of marriage breakdown and divorce do not lend themselves to the application of any single objective" (*Moge, supra*, at p. 851 (emphasis added by L'Heureux-Dubé J.)). More particularly, she noted that there is no statutory basis for granting pre-eminence to the objective of self-sufficiency. Instead, taken together, the 1985 Act's spousal support objectives demand a broader approach. These objectives, each of which is predicated on the philosophy of marriage as a socio-economic partnership, "can be viewed as an attempt to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown" (*Moge*, at p. 866).

In *Moge*, L'Heureux-Dubé J. stressed not only statutory language (i.e., the diversity of support objectives) but also social policy in concluding that Parliament in the 1985 Act intended to move away from deemed self-sufficiency and towards what has come to be known as the compensatory model of spousal support. In relation to the social context in which support orders are made, she stated, at pp. 853 and 857:

In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon. . . .

It would be perverse in the extreme to assume that Parliament's intention in enacting the Act was to financially penalize women in this country. And, while it would undeniably be simplistic to identify the deemed self-sufficiency model of spousal support as the sole cause of the female decline into poverty, based on the review of the jurisprudence and statistical data set out in these reasons, it is clear that the model has disenfranchised many women in the court room and countless others who may simply have decided not to request support in anticipation of their remote chances of success. The theory, therefore, at a minimum, is contributing to the problem.

The "ethos of deemed self-sufficiency", which allows for the creation of a clean break between

quatre objectifs définis au par. 15.2(6) de la Loi de 1985. Citant *Payne on Divorce* (2^e éd. 1988), p. 101, la juge L'Heureux-Dubé fait remarquer que la diversité de ces objectifs traduit la reconnaissance par le législateur du fait que « les variables économiques liées à l'échec du mariage et au divorce ne se prêtent pas à l'application d'un seul objectif » (*Moge*, précité, p. 851 (soulignement ajouté par la juge L'Heureux-Dubé)). Elle souligne plus particulièrement que la loi ne justifie pas la reconnaissance d'une primauté à l'objectif d'indépendance économique. Considérés ensemble, les objectifs de la Loi de 1985 en matière d'aliments entre époux invitent plutôt à l'emploi d'une approche plus large. Tous fondés sur une philosophie du mariage comme association socio-économique, ces objectifs « peuvent être considérés comme une tentative de parvenir à un partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec » (*Moge*, p. 866).

Rappelant non seulement le libellé de la loi, c.-à-d. la diversité des objectifs des aliments, mais aussi les questions de politique sociale en jeu, la juge L'Heureux-Dubé conclut dans *Moge* que, par la Loi de 1985, le législateur avait l'intention de s'éloigner de l'indépendance économique présumée pour se rapprocher de ce qu'on appelle aujourd'hui le modèle compensatoire des aliments entre époux. Sur le contexte social des ordonnances alimentaires, elle ajoute cette remarque (aux p. 853 et 857) :

Au Canada, la féminisation de la pauvreté est un phénomène social bien établi. . . .

Il serait insensé de prétendre que le législateur, en adoptant la Loi, avait l'intention de désavantager financièrement les femmes au Canada. Il serait indéniablement simpliste de soutenir que la pension alimentaire entre époux fondée sur le modèle de l'indépendance économique présumée est la seule cause d'appauvrissement des femmes; mais, il demeure que, selon la jurisprudence et les données statistiques que je viens de mentionner, il est évident que ce modèle a privé de leurs droits non seulement un grand nombre de femmes, devant les tribunaux, mais aussi un nombre incalculable de femmes qui ont peut-être simplement renoncé à demander des aliments devant le peu d'espoir d'obtenir gain de cause. En conséquence, la théorie contribue, à tout le moins, au problème.

L'« éthique de l'indépendance économique présumée », qui permet une rupture nette, que

spouses whether or not the conditions of self-sufficiency for the dependent spouse have in fact been met, fails to recognize the lived reality of many women both during a marriage and after its breakdown (*Moge*, at p. 853; see also Bailey, *supra*, at p. 633). As L'Heureux-Dubé J. explained, the disadvantages flowing from marriage and its breakdown tend to fall disproportionately on women because of the roles that they frequently assume during the relationship (particularly, but not exclusively, in longer term marriages or marriages involving children). Disadvantages such as time out of the work force or foregoing educational and training opportunities may irreparably and permanently affect women's prospects for self-sufficiency and render short-term, "sink or swim" support inadequate.

l'époux dépendant ait acquis ou non dans les faits une indépendance économique, oublie la réalité de la vie d'un bon nombre de femmes, durant le mariage ou à la suite de son échec (*Moge*, p. 853; voir aussi Bailey, *loc. cit.*, p. 633). Comme la juge L'Heureux-Dubé l'explique, les femmes subissent disproportionnellement les inconvénients qui découlent du mariage et de son échec en raison des rôles qu'elles assument fréquemment dans le mariage (tout particulièrement, mais non exclusivement, dans les mariages de longue durée ou avec enfants). Ainsi, l'absence du marché du travail ou la renonciation aux possibilités d'études ou de formation durant le mariage peuvent compromettre de façon permanente et irrémédiable les chances des femmes de devenir économiquement indépendantes et rendre inadéquates les pensions alimentaires à court terme, qui condamnent le récipiendaire au naufrage s'il ne réussit pas à se débrouiller très rapidement, pour devenir effectivement autonome.

199

L'Heureux-Dubé J.'s emphasis on social context in *Moge* contrasts sharply with Wilson J.'s reluctance in the trilogy to acknowledge systemic gender inequality in establishing the threshold for judicial intervention in spousal support agreements. L'Heureux-Dubé J.'s approach, though not formulated specifically in relation to spousal support agreements, is more in keeping with La Forest J.'s dissent in *Richardson*, in which he insisted that it was "not paternalism, but realism" (p. 877) to recognize continuing disparities along gender lines in spouses' bargaining power and ability to become economically self-sufficient following marriage breakdown. L'Heureux-Dubé J. noted in *Moge*, that while "there will be the occasional marriage where both spouses . . . either mak[e] no economic sacrifices for the other or, more likely, mak[e] them equally", such cases "would appear to be rare". In these "utopian scenario[s]", the former spouses may be able to make a clean break and proceed with their respective lives, but in a majority of cases the marriage will have involved economic sacrifices by one spouse, typically the wife, and corresponding economic benefits to the other (pp. 864-65). The logic of compensatory support

L'accent mis sur le contexte social par la juge L'Heureux-Dubé dans *Moge* contraste vivement avec la réticence de la juge Wilson à reconnaître, dans la trilogie, l'existence d'une inégalité systémique entre les sexes lorsqu'elle établit le critère préliminaire de l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre conjoints. L'approche prônée par la juge L'Heureux-Dubé, même si elle ne vise pas spécifiquement les ententes alimentaires entre conjoints, s'accorde mieux avec la dissidence du juge La Forest dans *Richardson*. Dans cet arrêt, le juge La Forest soulignait que ce n'est pas du « paternalisme, mais plutôt du réalisme » (p. 877) que de reconnaître que des disparités persistent entre époux et épouses dans leur pouvoir de négociation et dans leur capacité de devenir économiquement indépendants après l'échec du mariage. La juge L'Heureux-Dubé note, dans *Moge*, qu'il peut exister « à l'occasion un mariage où les deux conjoints [ne font] aucun sacrifice économique au profit de l'autre ou, ce qui est plus probable, [font] l'un et l'autre des sacrifices équivalents », mais que de tels cas « semblent rares ». Dans cette « vision utopique », les anciens conjoints peuvent réaliser une rupture nette et poursuivre ainsi leur chemin mais, dans la plupart des cas, toutefois, le mariage aura

requires that these respective roles be reflected in the spousal support arrangement (at p. 864):

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative.

The fundamental incompatibility between the trilogy and *Moge* lies, in large part, in this shift away from an insistence on formal equality towards a recognition of the substantive equality of the spouses in the marriage and at the time of the separation. Having regard to Parliament's goal of equitably apportioning the economic consequences of the marriage and its breakdown requires courts, in awarding spousal support, to address in a realistic and practical manner the consequences of the parties' relationship and its breakup.

Moge's movement away from the "clean break" model is also reflected in L'Heureux-Dubé J.'s recognition that the objectives of support enumerated in the 1985 Act encompass non-compensatory, as well as compensatory, considerations (p. 865). This idea emerges as the central theme of *Bracklow*. In *Bracklow*, McLachlin J. reasoned that, even in the absence of a contractual or compensatory foundation, spouses may have support obligations where their former partners have need and they have the capacity to pay. In reaching this conclusion, McLachlin J. found that the direction in s. 15.2(4) that the judge consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse" invites "an inquiry that goes beyond compensation to the actual situation of the parties at the time of the application" (para. 40). Similarly, two of the objectives in

exigé des sacrifices économiques de la part d'un conjoint — habituellement l'épouse — et accordé des bénéfices économiques correspondants à l'autre conjoint (p. 864-865). La logique de la pension alimentaire compensatoire veut que l'entente relative au soutien alimentaire reflète leurs rôles respectifs durant le mariage (à la p. 864) :

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée.

L'incompatibilité fondamentale entre la trilogie et l'arrêt *Moge* tient dans une large mesure à ce que ce dernier, au lieu de mettre l'accent sur l'égalité formelle, privilégie la reconnaissance de l'égalité matérielle des époux pendant le mariage et au moment de la séparation. Pour réaliser l'objectif du législateur de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec, les tribunaux qui statuent sur le soutien alimentaire entre époux doivent examiner de façon réaliste et concrète les conséquences de la relation des conjoints et de la rupture de celle-ci.

La distance prise dans l'arrêt *Moge*, par rapport au modèle de la « rupture nette » se traduit également dans la constatation par la juge L'Heureux-Dubé que les objectifs des pensions alimentaires, selon la Loi de 1985, comportent des facteurs tant compensatoires que non compensatoires (p. 865). Cette idée devient le thème central de l'arrêt *Bracklow*. Dans cet arrêt, la juge McLachlin explique que, même en l'absence de fondement contractuel ou compensatoire, les époux peuvent conserver des obligations alimentaires s'ils ont la capacité de payer et que leurs ex-partenaires se trouvent dans le besoin. La juge McLachlin conclut d'abord que la volonté législative exprimée par le par. 15.2(4), soit la prise en compte par le juge « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux », incite « à aller plus loin que la

200

201

s. 15.2(6) — relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage and promoting economic self-sufficiency to the extent practicable — are sufficiently broad to encompass non-compensatory support (paras. 41-42).

202

At the root of *Bracklow* is the recognition that marriage may create a complex web of interdependencies that are not always appropriately addressed by the clean break model of marriage and support, which stresses the parties' independence. An alternate model, which in McLachlin J.'s view is reflected in ss. 15.2(4) and 15.2(6) of the statute, is that of "mutual obligation", which takes a somewhat broader view of the expectations and obligations that flow from marriage. As this Court recently stated in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83: "people who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations" (*per* Bastarache J., at para. 55). The mutual obligation model conceptualizes marriage as an "economic partnership . . . built upon a premise (albeit rebuttable) of mutual support" and recognizes that it is artificial to assume "that all separating couples can move cleanly from the mutual support status of marriage to the absolute independence status of single life" (*Bracklow*, at paras. 32 and 31). As McLachlin J. stated, "it is . . . important to recognize that sometimes the goals of actual independence are impeded by patterns of marital dependence, that too often self-sufficiency at the time of marriage termination is an impossible aspiration" (para. 32). Where this is the case, and where compensatory support is not indicated, a party with the ability to pay may have an obligation based in the marriage relationship itself to continue to meet or contribute to the needs of a former spouse after the break. Realizing the goal of dealing equitably with the economic consequences of marriage breakdown in certain circumstances may require no less.

question de l'indemnisation pour examiner la situation réelle des parties au moment de la demande » (par. 40). De manière analogue, deux des objectifs du par. 15.2(6) — remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage et favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique — sont suffisamment larges pour englober la pension alimentaire non compensatoire (par. 41-42).

La base de l'arrêt *Bracklow* se retrouve dans la reconnaissance que le mariage peut créer un réseau complexe d'interdépendances que le modèle de la rupture nette en matière de soutien alimentaire ne prend pas toujours adéquatement en compte, en raison du primat qu'il accorde à l'indépendance des parties. Un autre modèle qui se dégage, selon la juge McLachlin, des par. 15.2(4) et (6) de la loi, celui de l'« obligation mutuelle », se fonde sur une conception plus large des attentes et des obligations découlant du mariage. Comme la Cour le souligne dans l'arrêt récent *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, « on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques » (le juge Bastarache, par. 55). Suivant le modèle de l'obligation mutuelle, le mariage constitue une « association économique qui repose sur la prémisses (bien que réfutable) de l'obligation alimentaire mutuelle » et il est irréaliste « de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l'obligation alimentaire mutuelle du mariage à l'indépendance absolue du célibat » (*Bracklow*, par. 32 et 31). Comme l'affirme la juge McLachlin, « il est [. . .] important de reconnaître que les objectifs d'indépendance réelle sont parfois entravés par des formes de dépendance maritale, que trop souvent l'indépendance économique à la fin du mariage est une utopie » (par. 32). Lorsque c'est le cas et qu'il n'y a pas lieu à pension alimentaire compensatoire, une partie capable de payer, peut devoir assumer une obligation de continuer à subvenir aux besoins de son ancien conjoint ou d'y contribuer après la rupture, qui se fonde sur la relation de mariage elle-même. Dans certaines circonstances, il arrive que la réalisation de l'objectif de règlement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage ne commande rien de moins.

McLachlin J.'s contextual approach to the marital relationship in *Bracklow* stands in vivid contrast to Wilson J.'s more narrow approach in the trilogy. By way of example, McLachlin J.'s conclusion that in certain circumstances a potentially lifelong support obligation — there are, as she says, “no magical cut-off dates” (para. 57) — may arise out of the marriage relationship conflicts with Wilson J.'s view in *Pelech* that “to burden the respondent with [Mrs. Pelech's] care fifteen years after their marriage has ended for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility” (*Pelech, supra*, at p. 852). Similar discord flows from McLachlin J.'s finding that the former spouse, rather than the state, is in many circumstances the appropriate ultimate provider of non-compensatory support where a needy partner cannot attain post-marital self-sufficiency. By contrast, Wilson J. held that where a former spouse seeking corollary relief in the face of an existing agreement cannot establish that he or she has “suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage . . . the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state” (*Pelech*, at pp. 851-52). For McLachlin J., the approach is broad and contextual: “the desirability of freedom to move on to new relationships is merely one of several objectives that might guide the judge” (*Bracklow*, at para. 57). For Wilson J., the clean break is paramount: “[The parties] made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other” (*Pelech*, at p. 851).

Bracklow, like *Moge*, thus emphasizes a more holistic and fact-based approach to spousal support, in keeping with the diversity of factors and objectives in the 1985 Act. The recognition in *Moge* and

L'analyse contextuelle de la relation maritale faite par la juge McLachlin dans l'arrêt *Bracklow* contraste vivement avec la conception plus étroite que s'en fait la juge Wilson dans la trilogie. Par exemple, la conclusion de la juge McLachlin qu'une obligation alimentaire à vie — selon elle, il n'y a « pas de date limite magique » (par. 57) — peut parfois découler de la relation de mariage ne se concilie pas avec l'opinion de la juge Wilson, qui affirme dans *Pelech* : « [I] me semble qu'imposer à l'intimé le fardeau de prendre soin [de M^{me} Pelech], quinze ans après la rupture de leur mariage, pour la seule raison qu'ils ont déjà été mariés revient à créer une fiction de responsabilité conjugale aux dépens de la responsabilité individuelle » (*Pelech*, précité, p. 852). Cette divergence d'opinion ressort aussi de la conclusion de la juge McLachlin selon laquelle il revient à juste titre à l'ancien conjoint, plutôt qu'à l'État, d'être dans bien des cas le fournisseur ultime d'aliments non compensatoires lorsque le partenaire dans le besoin ne réussit pas à atteindre l'indépendance économique après le mariage. En revanche, la juge Wilson statue que lorsqu'un ancien conjoint qui sollicite des mesures accessoires en présence d'une convention existante ne peut établir qu'il ou elle « a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré par le mariage, [. . .] l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État » (*Pelech*, p. 851-852). Pour la juge McLachlin, en pareil cas, l'approche est large et contextuelle : « l'avantage de la liberté de poursuivre son chemin vers de nouvelles relations n'est qu'un seul des divers objectifs susceptibles de guider le juge » (*Bracklow*, par. 57). Pour la juge Wilson, la recherche de la rupture nette doit prévaloir : « [Les parties] ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre » (*Pelech*, p. 851).

Comme *Moge*, l'arrêt *Bracklow* prône donc une approche plus globale et fondée sur les faits en matière d'aliments entre conjoints, qui respecte ainsi la diversité des facteurs et des objectifs de

Bracklow that the relationship of marriage often creates complicated and gender-based interdependencies that cannot adequately be addressed by stressing formal equality or deemed self-sufficiency is incompatible with the mantra of individualism that underscores the trilogy: individual choice, individual responsibility, and individual autonomy. *Moge* and *Bracklow* provide compelling support for the proposition that it is inappropriate to defer to a support agreement based on unrealistic assumptions about the absolute autonomy or deemed self-sufficiency of the parties. The paradigm shift evident in this Court's jurisprudence on the rationales for spousal support bolsters the conclusion that I reached above based on a plain reading of the statute: the trilogy's radical change and causal connection threshold test for judicial intervention in "final" agreements can no longer stand.

205

To be consistent with the developments in this Court's jurisprudence, the threshold test that replaces it must be one that insists on the substantive equality of the parties during the marriage and at the time of separation, by ensuring that the agreement equitably apportions the economic consequences of the marriage and its breakdown. Before turning to a discussion of the contours of such a test, I think it appropriate to make some prefatory comments about the nature of separation and support agreements themselves.

B. *The Unique Nature of Separation and Spousal Support Agreements*

206

Separation and support agreements aim to disentangle complex relationships and interdependencies. As Bala and Chapman, *supra*, comment, separation agreements are "uniquely significant" contracts that have a "profound and personal effect" on the individuals who enter into them (p. 1-2). Nevertheless, some commentators suggest that contract law principles would provide an adequate means of redressing any injustices that may arise between parties to such agreements (see M. Menear, "*Miglin v. Miglin* — Judicial Assault

la Loi de 1985. La reconnaissance dans les arrêts *Moge* et *Bracklow* que le mariage engendre souvent des interdépendances complexes et différentes selon le sexe, ce dont les principes d'égalité formelle ou d'indépendance économique présumée ne tiennent pas dûment compte, est inconciliable avec l'invocation rituelle des valeurs de l'individualisme qui sous-tend la trilogie : le choix individuel, la responsabilité individuelle et l'autonomie individuelle. *Moge* et *Bracklow* appuient de façon convaincante la proposition selon laquelle il ne faut pas s'en remettre à une entente alimentaire fondée sur des hypothèses peu réalistes sur l'autonomie absolue ou l'indépendance économique présumée des parties. Le changement de paradigme qui ressort de notre jurisprudence sur les fondements du soutien alimentaire entre époux renforce la conclusion que j'ai tirée à la simple lecture de la loi : le critère préliminaire du changement radical et du lien de causalité établi par la trilogie pour l'intervention des tribunaux dans des conventions « définitives » ne tient plus.

Pour respecter l'évolution de la jurisprudence de la Cour, le nouveau critère préliminaire doit privilégier l'égalité matérielle des parties pendant le mariage et à la séparation de façon à vérifier que l'entente répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Avant de traiter des paramètres d'un tel critère, je crois utile de formuler quelques remarques liminaires sur la nature même des accords de séparation et des ententes alimentaires.

B. *La nature particulière des accords de séparation et des ententes alimentaires entre époux*

Les accords de séparation et les ententes alimentaires entre époux visent à dénouer des relations et des interdépendances complexes. Comme l'exposent Bala et Chapman, les accords de séparation sont des contrats [TRADUCTION] « singulièrement importants » ayant une « profonde incidence personnelle » sur les individus qui les concluent (p. 1-2). Certains commentateurs affirment néanmoins que les principes du droit des contrats peuvent efficacement remédier aux injustices touchant les parties à de tels accords (voir M. Menear, « *Miglin v.*

on Individual Liberty” (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119). I disagree.

As I outlined above, in *Moge and Bracklow*, this Court emphasized the importance of a contextual approach to spousal support, which not only respects the diversity of marital relationships, but also recognizes the social and socio-economic realities that shape parties’ roles within these relationships and upon marital breakdown. The private contractual model is blind to these realities and is therefore fundamentally incompatible both with the contextual approach to spousal support propounded by this Court and with the language of the 1985 Act.

Under the private contractual model, contracts may only be set aside if they are unconscionable in that they shock the conscience of the court. For a contract to be deemed unconscionable, there must be both a substantial inequality of bargaining power between the parties that is exploited by the stronger party who preys upon the weaker and substantial unfairness or improvidence in the terms of the agreement (see *Bala and Chapman, supra*, at pp. 1-7 and 1-8; *Mundinger v. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (Ont. C.A.), aff’d (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (S.C.C.)). The stringency of the test for unconscionability reflects the strong presumption that individuals act rationally, autonomously and in their own best interests when they form private agreements. Non-enforcement of the parties’ bargain is only justified where the transaction is so distorted by unequal bargaining power that this presumption is displaced. It is inherently problematic to apply this strict standard, which is more appropriate to arm’s-length commercial transactions, in the polar opposite negotiating context of family separation and divorce.

The effect of the private contractual model generally, and the doctrine of unconscionability more specifically, is to preclude any recognition of the unique context in which separation agreements are made and the special circumstances that they are intended to govern. Separation agreements are often negotiated in situations that are emotionally charged. Their negotiation may be further complicated by

Miglin — Judicial Assault on Individual Liberty » (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119). Je ne suis pas de cet avis.

Nous avons vu que, dans *Moge et Bracklow*, notre Cour souligne l’importance de l’approche contextuelle en matière d’aliments entre époux, approche qui non seulement respecte la diversité des relations maritales mais prend également acte des réalités sociales et socio-économiques qui façonnent les rôles des parties dans ces relations et à la rupture. Oublieux de ces réalités, le modèle contractuel privé reste fondamentalement inconciliable avec l’approche contextuelle préconisée par notre Cour en matière de soutien alimentaire entre époux et avec le libellé de la Loi de 1985.

Suivant le modèle contractuel privé, on ne peut écarter les contrats que s’ils sont abusifs en ce qu’ils choquent la conscience du tribunal. Pour qu’un contrat soit jugé tel, il faut retrouver à la fois une forte inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, dont tire profit la partie en position de force qui exploite la partie plus faible, et une grave iniquité ou imprévoyance dans les dispositions de l’accord (voir *Bala et Chapman, loc. cit.*, p. 1-7 et 1-8; *Mundinger c. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Ont.), conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (C.S.C.)). La rigueur du critère du caractère abusif reflète fortement une présomption que les individus agissent dans leur intérêt, de manière rationnelle et autonome, lors de la conclusion d’ententes privées. La non-exécution de l’entente des parties ne peut se justifier que si l’inégalité du pouvoir de négociation a faussé la transaction à tel point que cette présomption s’en trouve réfutée. L’application de cette norme stricte pose problème en soi car elle convient davantage à des transactions commerciales impersonnelles, situées à l’antipode du contexte de négociation d’une séparation et d’un divorce.

De manière générale, le modèle contractuel privé, et, plus spécifiquement, le recours au concept d’entente abusive empêche la prise en compte du contexte particulier des accords de séparation et des situations spéciales qu’elles sont censées régir. Or, souvent l’émotivité marque profondément la négociation de ces accords. Son déroulement peut en outre être compliqué par les incidences des

207

208

209

what are typically gender-based inequities in bargaining positions between the parties. In addition, separation agreements are inherently prospective in nature and, as family law experts stress, the parties may have difficulty accurately forecasting how the economic consequences of their marriage and its breakdown will play out over time. See M. Shaffer and C. Rogerson, "Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*" (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (paper originally presented to the National Family Law Program (Kelowna, B.C., July 14-18, 2002), at pp. 67-71; Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-32 to 1-35.

210

In cases of marriage breakdown, it is not appropriate to require that circumstances rise to the level of unconscionability before parties' agreements will be reopened. Settlement agreements are formed in an environment where the assumptions underpinning the enforceability of freely chosen bargains do not apply to the same extent as in the commercial context. This was Wilson J.'s concern in *Leopold*, where she stressed that settlement agreements are negotiated in a unique emotional climate, involving much more subtle bargaining inequalities than are at play in a commercial context (see also J. G. McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216, at p. 219). I share Wilson J.'s concerns in this respect, although I disagree with her conclusion, and that of the majority in this case, that the solution to this problem lies, in part, in revising the common-law doctrine of unconscionability itself.

211

In my view, one does not need to entertain a heavy-handed or paternalistic view of the propriety of judicial intervention to "save people from themselves" in order to express scepticism about the background negotiating conditions for separation agreements and about whether, in light of these conditions, waivers of support can always be taken at face value. As La Forest J. observed in dissent in *Richardson*, *supra*, in the stressful circumstances of divorce "many people . . . do very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel" (p. 883). J. D. Payne and M. A. Payne echo the conclusion

inégalités de sexe dans le pouvoir de négociation des parties. De plus, les accords de séparation demeurent de nature intrinsèquement prospective. Comme le soulignent les experts en droit de la famille, il peut être difficile pour les parties de prévoir exactement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Voir M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (exposé présenté pour la première fois dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille à Kelowna (C.-B.), 14 au 18 juillet 2002), p. 67-71; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-32 à 1-35.

Dans le cas de l'échec du mariage, on ne doit pas exiger que la situation atteigne le seuil de l'abusif pour réexaminer l'accord des parties. Les accords de séparation interviennent dans un contexte où les postulats sur lesquels repose la force obligatoire d'ententes librement conclues ne s'appliquent pas de la même façon que dans le cadre commercial. Cette situation préoccupait la juge Wilson dans *Leopold*, lorsqu'elle soulignait que les accords sont passés dans un climat d'émotivité spécial, où interviennent des inégalités de pouvoir de négociation beaucoup plus subtiles que dans le contexte commercial (voir aussi J. G. McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216, p. 219). Je partage les préoccupations de la juge Wilson à cet égard, mais je ne souscris pas à sa conclusion, ni à celle des juges majoritaires dans cette affaire, d'après lesquels la solution au problème réside en partie dans le réexamen du concept même de l'entente abusive en common law.

À mon sens, il n'est pas nécessaire d'adopter un point de vue dirigiste ou paternaliste qui voudrait que l'intervention des tribunaux puisse servir à « protéger les gens contre eux-mêmes », pour exprimer un certain scepticisme sur le contexte de la négociation des accords de séparation et se demander de savoir si, compte tenu de ces conditions, les renoncations aux aliments doivent toujours être prises à la lettre. En dissidence dans *Richardson*, précité, le juge La Forest fait remarquer que, dans les circonstances stressantes du divorce, « bien des gens [. . .] font des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables,

that optimal bargaining is unlikely to take place in the negotiation of settlement agreements in *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), at p. 78:

In the typical divorce scenario, spouses negotiate a settlement, often with the aid of lawyers, at a time when they are still experiencing the emotional trauma of marriage breakdown. Spouses who have not come to terms with the death of their marriage and who feel guilty, depressed or angry in consequence of the marriage breakdown are ill-equipped to form decisions of a permanent and legally binding nature.

One possible effect of this emotionally charged negotiating environment is that spouses may seek to end things quickly and finally and may fail to assess the long-term impact of the breakup. The rush to be free of the relationship may significantly impede the process of weighing and balancing the economic advantages and disadvantages flowing from the marriage and its breakdown and ensuring that these advantages and disadvantages are accurately reflected in the support agreement.

In addition to the inherent emotional stress of separation and divorce, inequalities in bargaining power rooted in the nature of the parties' marital relationship may also have a negative impact on the negotiation of settlement agreements, as Shaffer and Rogerson suggest at p. 70. Subtle pressures may be at work even where the parties have negotiated over a long period of time, and even where there is proof they both received independent legal advice. Well-established patterns governing a couple's interaction may continue to manifest themselves during the negotiating process. For instance, a spouse who depended on and deferred to his or her partner throughout the marriage may continue to do so at the bargaining table. Alternatively, a legacy of abuse may continue to colour the parties' interactions as they work out the details of a support agreement. See Shaffer and Rogerson, *supra*, at p. 70; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at pp. 218-19; G. Stotland and M. R. Siminovitch, "Renunciation to Spousal Support — The Great Escape" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159, at p. 166;

même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique » (p. 883). Dans *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), p. 78, J. D. Payne et M. A. Payne se font l'écho de la conclusion que les ententes de séparation ne se négocient probablement pas dans des conditions optimales :

[TRADUCTION] Dans le scénario typique d'un divorce, les époux négocient le règlement de leurs affaires, souvent avec l'aide d'avocats, dans une période où ils vivent encore le traumatisme émotif de l'échec de leur mariage. Les époux qui n'ont pas accepté la fin de leur mariage et qui se sentent coupables, déprimés ou en colère par suite de l'échec du mariage ne sont pas en mesure de prendre des décisions à caractère permanent et exécutoire.

Ce contexte de négociation émotivement chargé peut inciter les époux à chercher à en finir rapidement et définitivement, sans évaluer les conséquences à long terme de la rupture. La précipitation des parties à s'affranchir de la relation conjugale peut nuire considérablement au bon fonctionnement du processus de pondération des avantages et des désavantages économiques qui résultent du mariage et de son échec et à leur prise en compte dans l'entente alimentaire.

Outre le stress émotif inhérent à la séparation et au divorce, l'inégalité du pouvoir de négociation des parties qui résulte de la nature de leur relation maritale peut aussi entraîner des effets négatifs sur la négociation des conventions, comme l'indiquent Shaffer et Rogerson (p. 70). De subtiles pressions sont susceptibles de jouer même lorsque la négociation s'étend sur une longue période, et même en présence de la preuve que les parties ont toutes deux reçu des conseils juridiques indépendants. Les habitudes fortement ancrées d'un couple dans sa façon d'interagir peuvent continuer de se manifester au cours de la négociation. Par exemple, un époux qui, pendant toute la durée du mariage, dépendait de l'autre ou s'en remettait à ses décisions peut conserver le même comportement à la table de négociation. De même, les séquelles des mauvais traitements subis influencent encore l'interaction des parties qui établissent les modalités d'une entente alimentaire. Voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 70; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 218-219; G. Stotland et M. R. Siminovitch,

M. Neave, "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, at pp. 125-26.

213

In some situations, it may ultimately be such power dynamics that determine the content of an agreement, rather than an objective assessment of how best to equitably distribute the economic consequences of the marriage and its breakdown. C. Martin notes that there is some evidence to suggest that support claimants receive less through negotiation than might be ordered by the courts. Martin sees this evidence as reflective of the fact that support claimants are systematically disadvantaged in the negotiating process (see "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135, at pp. 139 and 156). I find the comments of Shaffer and Rogerson at p. 71, pertinent in this respect:

The continuing prevalence of waivers and time-limits in spousal support agreements, even in "core" spousal support cases involving marriages of significant duration with children, suggests that there may be something in the structure of bargaining around spousal support that allows the obligation to be whittled down. It also suggests that there are serious concerns about how free and fully informed some of the contractual choices about bringing finality to the spousal support obligation really are, thus undermining arguments in favour of contractual freedom and autonomy. [Emphasis added.]

214

Comments such as these underscore the importance of recognizing the degree to which social and economic factors may constrain individuals' choices at the bargaining table (see Neave, *supra*, at p. 122). The inequalities in bargaining power at play in the settlement process are not gender neutral. As this Court stressed in *Moge* at p. 850, in many (if not most) marriages, the wife remains the economically disadvantaged partner. Though marriage relationships are, in general, becoming more egalitarian, there continues to be a disjunction between the principle of equality and the lived economic and personal reality of many married women, and the law

« Renunciation to Spousal Support — The Great Escape » (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159, p. 166; M. Neave, « Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law' » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, p. 125-126.

Dans certains cas, cette dynamique du pouvoir peut en dernière analyse dicter le contenu d'un accord, plutôt que l'évaluation objective de la meilleure façon de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. C. Martin note qu'il existe des raisons de croire que les demandeurs d'aliments reçoivent moins en négociant qu'en sollicitant une ordonnance judiciaire. Selon lui, ces indications suggéreraient que le processus de négociation désavantage systématiquement les demandeurs d'aliments (voir, « Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *R.D.U.T.* 135, p. 139 et 156). Les commentaires de Shaffer et Rogerson me paraissent pertinents à cet égard (à la p. 71) :

[TRADUCTION] La pratique encore très répandue d'insérer des renonciations et des limites de temps dans les ententes alimentaires entre conjoints, même dans des cas de mariage de longue durée et avec enfants, donne à penser qu'il y a dans la structure de négociation de la pension alimentaire quelque chose qui permet de restreindre la portée de l'obligation. Elle laisse également entrevoir de sérieuses réserves sur le caractère véritablement libre et éclairé de certains choix contractuels censés conférer un caractère définitif à l'obligation alimentaire entre conjoints, ce qui affaiblit les arguments en faveur de la liberté contractuelle et de l'autonomie. [Je souligne.]

Ce type de commentaire montre qu'il importe de reconnaître à quel point les facteurs sociaux et économiques peuvent limiter les choix des parties à la table de négociation (voir Neave, *loc. cit.*, p. 122). Les inégalités du pouvoir de négociation dans le processus de règlement ne sont pas neutres. Comme la Cour le souligne dans *Moge*, p. 850, l'épouse demeure désavantagée économiquement dans bon nombre des mariages, sinon la plupart. Bien que les relations de mariage tendent de façon générale à devenir plus égalitaires, un écart persiste entre le principe de l'égalité et la réalité économique et personnelle vécue par un grand nombre de femmes

needs to be able to recognize and to accommodate the situations where this disjunction exists.

We should also recognize that it is typically women who come to the bargaining table as the financially dependent spouse, and hence the more vulnerable party in the negotiating process. Where this is the case, their freedom to negotiate may be significantly constrained by pressure to reach a timely settlement in light of financial need and other stresses, such as the inability to marshal other sources of support during the negotiations, and the fear of losing custody of, or access to, the children. See Bailey, *supra*, at p. 616; Neave, *supra*, at pp. 117 and 125-26; Stotland and Siminovitch, *supra*, at pp. 165-66 and 168; Martin, *supra*, at pp. 146-48.

The unconscionability test is blind to these and other subtle ways in which the economic disparities between the parties and the parties' respective familial roles, both of which continue to be gender-based, may play into the negotiating process and significantly influence its outcome. The test that governs judicial intervention in spousal support agreements must be one that is responsive to these realities.

The new test must also be sensitive to the unique nature of the agreements the parties are negotiating. Unconscionability, as a retrospective doctrine which is concerned solely with the moment of contract formation, is inadequate to do so, even in the revised form suggested by Wilson J. in *Leopold* (see Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-9 and 1-35; Shaffer and Rogerson, *supra*, at p. 94). Separation agreements may "require individuals to make predictions about every aspect of their future lives" and, as Bala and Chapman note, such prospective assessments are "inherently speculative" (p. 1-3); see also Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 68-69. Their accuracy may be undermined by the emotional overlay that characterizes marital breakdown and by the gendered disparities in bargaining power that I described above. Even where this is not the case, it may nonetheless be difficult for the parties to assess how the economic consequences of the marriage and its breakdown will unfold over time. Shaffer

mariées, et le droit doit conserver la capacité de reconnaître ce type de situation et de s'y adapter.

Nous devrions également reconnaître que c'est la femme qui arrive habituellement comme conjoint financièrement dépendant à la table des négociations, et donc la partie plus vulnérable dans ce processus. Lorsque c'est le cas, sa liberté de négocier peut être considérablement restreinte par la nécessité de parvenir à un règlement rapide, en raison de ses besoins financiers et de l'impact de problèmes tels que l'incapacité d'obtenir d'autres formes de soutien au cours des négociations ou la crainte de perdre le droit de visite ou la garde des enfants. Voir Bailey, *loc. cit.*, p. 616; Neave, *loc. cit.*, p. 117 et 125-126; Stotland et Siminovitch, *loc. cit.*, p. 165-166 et 168; Martin, *loc. cit.*, p. 146-148.

Le concept de l'entente abusive ignore ce type de considérations et les autres manières subtiles dont les disparités économiques entre les parties et leurs rôles respectifs dans la famille — qui continuent de différer selon le sexe — entrent en jeu dans le processus de négociation et en déterminent largement l'issue. Le critère qui régit l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux doit répondre à ces réalités.

Le nouveau critère doit aussi prendre acte de la nature singulière des accords que négocient les parties. Le critère du caractère abusif de l'accord, comme principe de nature rétrospective qui ne concerne que le moment de la formation du contrat, n'est pas adapté à cette fin, même sous la forme modifiée que propose la juge Wilson dans *Leopold* (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-9 et 1-35; Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 94). Les accords de séparation peuvent [TRADUCTION] « exiger des individus qu'ils prédisent tous les aspects de leurs vies futures » alors que, comme le soulignent Bala et Chapman, ces prédictions relèvent [TRADUCTION] « essentiellement de la conjecture » (p. 1-3); voir aussi Shaffer et Rogerson, p. 68-69. Ces prévisions peuvent être faussées par le climat émotif de l'échec du mariage et par des inégalités de pouvoir de négociation selon le sexe décrites plus haut. Même lorsque ce n'est pas le cas, il peut être néanmoins difficile pour les parties de prévoir les conséquences du

215

216

217

and Rogerson suggest, for instance, that parties “routinely underestimate the time it will take a formerly dependent spouse to overcome the economic disadvantages of the marriage and become self-sufficient” (p. 68). The law should be able to take into account the fact that, for a myriad of reasons, parties at the time of separation may not have the clear-sighted ability to project their circumstances into the future, and may thus negotiate agreements that will not in fact equitably distribute the economic consequences of the marriage and its breakdown as they play out over time.

218

Given these realities, the private contractual model — and similarly any model based on the assumptions that underlie it — has limited value in the spousal support context. Even where an agreement is not strictly speaking unconscionable, it may nonetheless be inappropriate for the court to uphold it. While it is important to respect the will of the parties, courts cannot assume that the parties’ spousal support agreements necessarily provide a clear and transparent guide to their intentions, which, as in any area of the law, are often difficult to ascertain. In the family law context, the parties’ “freedom” to contract may be significantly constrained by social and economic factors, and may be decidedly unequal. An agreement may be a product of many implicit, as well as explicit, compromises. It may reflect fundamentally flawed assumptions about how the consequences of the marriage and its breakdown will affect the parties’ post-divorce lives. In light of these factors, I question the desirability of a policy of excessive deference that puts the courts in the position of enforcing support agreements because they are presumed to represent the objective expression of the parties’ free will. While representation by competent counsel is advisable, even necessary, in this context and while professional advisors should certainly seek a proper settlement and most do, the presence of counsel will not always be sufficient to redress these problems.

passage du temps sur les retombées économiques du mariage et de son échec. Shaffer et Rogerson soulignent par exemple que les parties [TRADUCTION] « sous-estiment couramment le temps que prendra l’époux anciennement dépendant pour surmonter les inconvénients économiques liés au mariage et devenir autonome » (p. 68). Le droit devrait pouvoir tenir compte du fait que, pour de multiples raisons, les parties peuvent, à la séparation, se trouver dépourvues de la clairvoyance nécessaire pour projeter leur situation dans le futur et ainsi négocier des accords qui, dans les faits, ne répartiront pas équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec telles qu’elles apparaîtront au fil des années.

Compte tenu de ces réalités, le modèle contractuel privé — et, similairement, tout modèle fondé sur les mêmes prémisses — est d’une utilité limitée dans le contexte des aliments entre époux. Même lorsque l’entente ne peut être qualifiée d’abusive à proprement parler, sa confirmation par le tribunal peut néanmoins s’avérer inappropriée. S’il importe de respecter la volonté des parties, les tribunaux ne sauraient présumer que les ententes alimentaires entre époux reflètent toujours leur intention de façon claire, voire transparente. Comme dans tout domaine du droit, cette intention reste souvent difficile à cerner. En droit de la famille, des facteurs sociaux et économiques peuvent restreindre considérablement la « liberté » contractuelle des parties, et cette liberté peut devenir décidément inégale. Un accord peut résulter de nombreux compromis implicites ou explicites. Il arrive qu’il traduit des prémisses fondamentalement erronées quant à la manière dont les conséquences du mariage et de son échec se feront sentir dans la vie des parties après le divorce. Vu ces facteurs, je m’interroge sur l’opportunité d’une politique de déférence excessive qui conduit les tribunaux à entériner des ententes alimentaires parce qu’elles sont présumées l’expression objective de la libre volonté des parties. Bien que, dans ce contexte, la représentation des parties par des avocats compétents soit recommandable, voire nécessaire, et que les conseillers professionnels doivent rechercher un règlement satisfaisant, et le fassent pour la plupart, la présence de leur avocat ne suffira pas toujours à remédier à ces problèmes.

C. *Did the Court of Appeal Err in Applying a Change-Based Test?*

If the trilogy test is no longer good law, and contract principles are insufficient to deal with the inequities that may flow from family law dynamics, the question then becomes what threshold test should govern the exercise of judicial discretion under s. 15.2 of the 1985 Act to modify the support provisions of a separation agreement or to enter a new support order in the face of an existing agreement. Abella J.A., in her reading of what she termed the *Divorce Act*'s "linguistic tea leaves", held that the threshold for varying a subsisting support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties' circumstances since the agreement was made. Only where this threshold is met, is the agreement itself evaluated with reference to the objectives in s. 15.2(6) of the 1985 Act.

I agree with the majority that Abella J.A. was in error in establishing a change-based threshold under s. 15.2. I think it important to emphasize, however, that my reasons for so holding go beyond the inconsistency between a change-based threshold and the language of s. 15.2(4) itself. The imposition of a change-based threshold gives rise to broader difficulties in attempting to meet the objectives in s. 15.2(6) in a way that is appropriately attentive to the unique aspects of spousal support agreements.

Abella J.A. begins her analysis with the recognition that, based on the language in the 1985 Act and this Court's contemporary, more contextual approach to spousal support, the trilogy's strict threshold test for judicial intervention in support agreements no longer applies. While I agree with her characterization of the support provisions of the 1985 Act as a whole, as well as her analysis of the recent trends in this Court's jurisprudence, I find inherently problematic Abella J.A.'s more narrowly

C. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant un critère de changement?*

Si le critère défini par la trilogie n'est plus valide en droit, et si les principes contractuels ne suffisent pas pour remédier aux injustices susceptibles de découler de la dynamique du droit de la famille, il faut alors s'interroger sur la nature du critère préliminaire approprié à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, conféré à l'art. 15.2 de la Loi de 1985, de modifier les dispositions alimentaires d'un accord de séparation ou de rendre une nouvelle ordonnance alimentaire en présence d'un accord existant. Interprétant ce qu'elle appelle les [TRADUCTION] « feuilles de thé linguistiques » de la *Loi sur le divorce*, la juge Abella conclut que, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, le critère d'intervention dans une entente alimentaire en vigueur doit être identifié à l'arrivée d'un changement important dans la situation des parties depuis la conclusion de l'entente. La réalisation de cette condition constitue un préalable nécessaire à tout examen de l'entente elle-même, au regard des objectifs du par. 15.2(6) de la Loi de 1985.

Comme la majorité, j'estime que la juge Abella fait erreur en retenant un critère préliminaire de changement pour l'application de l'art. 15.2. Cependant, mes raisons de conclure ainsi dépassent le seul constat de l'incompatibilité entre un critère préliminaire de changement et le libellé même du par. 15.2(4). En effet, le critère préliminaire de changement accroît la difficulté de se conformer aux objectifs énoncés au par. 15.2(6) tout en accordant l'attention requise aux aspects distinctifs des ententes alimentaires entre époux.

La juge Abella commence son analyse en reconnaissant que, compte tenu du libellé de la Loi de 1985 et de l'approche contemporaine plus contextuelle de notre Cour en matière d'aliments entre époux, le critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit le pouvoir d'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires ne s'applique plus. Je suis d'accord avec sa caractérisation des dispositions relatives aux aliments dans l'ensemble de la Loi de 1985 ainsi que son analyse des tendances

219

220

221

focussed statutory analysis of both s. 15.2(4)(c) and the relationship between ss. 15 and 17 of the 1985 Act. In Abella J.A.'s view, the fact that orders and agreements are referred to together in s. 15.2(4)(c), while not determinative, may be interpreted as a signal of Parliament's intent that they be similarly treated. She thus reasoned that the standard for overriding the terms of a support agreement in an originating application under s. 15.2 should parallel the standard for varying a support order under s. 17(4) and adopted the change-based threshold test codified in s. 17 as the relevant threshold under s. 15.

222

In her attempt to root a change-based threshold under s. 15 in the provisions of the 1985 Act itself, Abella J.A. read into s. 15.2 something that is simply not there. The change threshold that she endorsed, and indeed any change-based threshold, accords a degree of finality to agreements that is inconsistent with the structure of s. 15.2(4) of the 1985 Act itself, which conceives of agreements as but one of the relevant factors for the court to consider in an application for corollary relief. The court's review of the relevant factors enumerated in s. 15.2(4) in relation to the objectives in s. 15.2(6) is not statutorily constrained by any explicit threshold test, as it is in s. 17. These aspects of s. 15.2 lend no support to the conclusion that Abella J.A. reached.

223

Even if the language and structure of s. 15.2 did not preclude the imposition of the material change-based threshold that Abella J.A. espoused, I would nonetheless reject any importation of this change-based test into s. 15.2. While the threshold proposed by Abella J.A. provides a level of assurance that the parties' arrangement will be upheld — in so far as an agreement can never be overridden where the required degree of change has not occurred — this degree of certainty comes at the expense of fairness, which may be considered only at the second stage of the analysis (see Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 75-76 and 86).

jurisprudentielles récentes de notre Cour. Toutefois, j'estime que son analyse de la loi plus particulièrement axée sur l'al. 15.2(4)c) et le lien entre les art. 15 et 17 de la Loi de 1985, pose fondamentalement problème. Selon la juge Abella, le fait que l'al. 15.2(4)c) mentionne ensemble les ordonnances et les ententes peut, sans être déterminant, dénoter l'intention du législateur de les traiter de manière similaire. Elle en déduit que la norme permettant d'écartier les clauses d'une entente alimentaire dans une demande initiale fondée sur l'art. 15.2 devrait correspondre à celle qui autorise la modification d'une ordonnance alimentaire sous le régime du par. 17(4), et adopte le critère préliminaire de changement codifié à l'art. 17 comme critère applicable à l'art. 15.

En tentant de baser un critère préliminaire de changement pour l'application de l'art. 15 sur les dispositions de la Loi de 1985, la juge Abella introduit dans l'art. 15.2 un élément qui ne s'y trouve pas. Le critère de changement qu'elle adopte, et en fait tout critère de changement, confère aux ententes un caractère définitif qui ne cadre pas avec la structure même du par. 15.2(4) de la Loi de 1985. Celui-ci prévoit, en effet, que les ententes ne sont qu'un facteur pertinent à considérer parmi d'autres lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires. La loi n'assujettit le tribunal au respect d'aucun critère préliminaire explicite lorsqu'il examine la mise en application des facteurs pertinents énumérés au par. 15.2(4) au regard des objectifs du par. 15.2(6), contrairement au cas de l'art. 17. Ces caractéristiques de l'art. 15.2 n'appuient aucunement la conclusion de la juge Abella.

Même si le libellé et la structure de l'art. 15.2 n'excluaient pas le critère préliminaire de changement important que la juge Abella adopte, je n'accepterais pas son importation dans l'art. 15.2. Si le critère préconisé par la juge Abella donne aux parties une certaine assurance que leur arrangement sera maintenu — en ce sens que l'entente ne peut jamais être écartée en l'absence du degré de changement requis —, ce degré de certitude s'obtient au détriment du facteur d'équité qui ne peut être examiné qu'à la seconde étape de l'analyse (voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 75-76 et 86).

Under Abella J.A.'s test, if no material change has occurred, even patently unfair agreements cannot be reviewed or varied by the courts. As Bala and Chapman, *supra*, note at p. 1-37, the inevitable result of requiring an applicant to satisfy a material change threshold for judicial review is that, in some cases, those who should be entitled to a review will be denied access to the courts (see also *Champagne v. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL) (S.C.J.)). This outcome is inconsistent with the objectives of spousal support codified in s. 15.2 of the 1985 Act, as well as with broader notions of equity, equality and justice.

The likely result of a change-based threshold, as Ms. Miglin submitted, is that courts will manipulate the meaning of "change" to "deal with what are, essentially, fairness concerns". I agree with Shaffer and Rogerson that such manipulation is far less desirable than having courts directly and explicitly confront what constitutes a fair agreement at the initial stage of the analysis (pp. 83, 86 and 100-101). The risk that courts will be forced to manipulate what constitutes "change" will remain a problem under the majority's framework, which in effect requires a very substantial change before a court may intervene at the time of the s. 15.2 application if the agreement in question was not vitiated by a "fundamental flaw in the negotiation process" and appeared to have been in "substantial compliance" with the Act at the time it was executed. As I outlined above, family law experts stress that parties may not be able to adequately foresee all of the economic consequences of a marriage or its breakdown at the time they negotiate an agreement; over time, it may become clear that what seemed fair (or at least substantially compliant) at the outset, was not in fact so, even where there is no evidence of a material change in the circumstances of the parties. Though the majority uses the language of foreseeability, they interpret narrowly the range of circumstances that fall outside of the foreseeable. The result in some instances may be to prevent courts from redressing unfairness flowing from the parties'

Suivant le critère de la juge Abella, en l'absence d'un changement important, une entente même manifestement inéquitable ne peut être examinée ou modifiée par les tribunaux. Comme le font remarquer Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-37, imposer l'obligation pour le demandeur d'aliments de satisfaire aux exigences d'un critère préliminaire de changement important pour donner ouverture au contrôle judiciaire revient inévitablement, dans certains cas, à refuser l'accès aux tribunaux à des personnes qui devraient y avoir droit (voir aussi *Champagne c. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL) (C.S.J.)). Ce résultat ne respecte pas les objectifs du soutien alimentaire entre époux tels que les codifie l'art. 15.2 de la Loi de 1985, ni les exigences des concepts plus larges d'équité, d'égalité et de justice.

Comme M^{me} Miglin le fait valoir, l'imposition d'un critère préliminaire de changement incitera vraisemblablement les tribunaux à manipuler le sens de « changement » afin de [TRADUCTION] « traiter de ce qui constitue, essentiellement, des considérations d'équité ». Je conviens avec les auteurs Shaffer et Rogerson qu'une telle manipulation est beaucoup moins souhaitable que la reconnaissance du pouvoir des tribunaux de débattre directement et explicitement du caractère équitable de la convention à l'étape initiale de l'analyse (p. 83, 86 et 100-101). Ce risque que les tribunaux se voient nécessairement réduits à manipuler le sens de la notion de « changement » demeure un problème dans le cadre établi par la majorité. En effet, l'approche de celle-ci assujettit en fait l'intervention du tribunal dans une demande fondée sur l'art. 15.2, à la démonstration préalable d'un changement très important lorsque l'entente en cause n'est pas entachée par un « vice fondamental dans le processus de négociation » et paraît être « conforme pour l'essentiel » à la Loi au moment où elle a été conclue. Comme je l'expose plus haut, les experts en droit de la famille soulignent que les parties peuvent ne pas être en mesure d'anticiper réellement les retombées économiques du mariage ou de son échec lorsqu'elles négocient un accord. Avec le passage du temps, il peut devenir évident que ce qui semblait juste au premier abord (ou à tout le moins conforme pour l'essentiel) ne le soit pas en réalité, et ce, même en l'absence de changement important

inability to accurately predict the long-term consequences of their marriage and its breakdown at the time they entered into their separation agreement.

dans la situation des parties. Même s'ils parlent de prévisibilité, les juges majoritaires interprètent étroitement le type de circonstances qui échappent à la sphère du prévisible. Ce type d'interprétation pourrait, dans certains cas, empêcher les tribunaux de corriger des injustices découlant de l'incapacité pour les parties, au moment de signer leur entente de séparation, de prévoir avec exactitude les conséquences à long terme de leur mariage et de son échec.

226

I thus agree with Ms. Miglin's submission that a change-based threshold "imposes an artificial and unwarranted burden on a support claimant who is faced with an unfair agreement", and would add that this is so whether the change requirement serves as an initial threshold for judicial intervention (Court of Appeal) or plays a very significant role in whether the court intervenes in an agreement that appeared to have been in substantial compliance with the objectives of the 1985 Act at the time it was signed (majority). A change-based threshold must thus be rejected in favour of a fairness-based threshold in applications for corollary relief under s. 15.2. It is to a consideration of what fairness entails in this context that I now turn.

J'accepte donc l'argument de M^{me} Miglin qu'un critère préliminaire de changement [TRADUCTION] « impose un fardeau artificiel et inutile au demandeur d'aliments qui est aux prises avec une entente inéquitable ». Son argument demeure valable que l'exigence de changement devienne le critère initial à l'intervention des tribunaux (Cour d'appel) ou qu'elle influe considérablement sur la décision du tribunal d'intervenir ou non à l'égard d'un accord qui, au moment de sa conclusion, paraissait conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi de 1985 (opinion majoritaire). Il faut par conséquent rejeter le critère préliminaire de changement en faveur d'un critère d'équité dans l'examen des requêtes en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2. Je considère maintenant ce que l'équité commande dans ce contexte.

D. The Proper Approach to Applications Under Section 15.2

D. La marche à suivre dans les demandes fondées sur l'art. 15.2

227

The appropriate threshold for overriding a support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether the agreement is objectively fair at the time of the application. This test is based on the language of the statute, which gives the court a broad jurisdiction and a duty to ensure that matrimonial agreements prove to be consistent with the objectives of the law. It is also grounded in sound policy reasons which reflect the context in which these agreements are made and the complexities of the breakup of the marriage as they evolve in the parties' lives over time. It is in effect the approach endorsed by Shaffer and Rogerson, after a comprehensive review of the available alternatives, in their article

Dans le cas d'une requête en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2, le critère d'intervention du tribunal pour écarter une entente alimentaire est fondé sur l'équité objective de l'entente au moment de la requête. Ce critère se base sur le libellé de la loi, qui confère au tribunal la compétence générale et l'obligation de s'assurer de la conformité des conventions matrimoniales aux objectifs de la loi. Il se fonde également sur de solides raisons de politique juridique tenant au contexte dans lequel ces ententes interviennent et aux problèmes complexes de la rupture du mariage qui se révèlent aux parties avec le temps. C'est en fait l'approche que prônent Shaffer et Rogerson dans leur article, « Contracting Spousal

“Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*”, *supra*.

This threshold allows the reviewing court to intervene regardless of whether the unfairness at the time of the application stems from the unfairness of the initial agreement, the parties’ failure at the time the agreement was negotiated to accurately predict how the economic consequences of the marriage or its breakdown would play out over time, or changes in the parties’ circumstances (Shaffer and Rogerson, at p. 87). It places the emphasis on whether the support agreement has *in fact* brought about an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown, the ultimate goal of spousal support embodied in the statute and affirmed by this Court. In contrast, the majority’s two-part test creates an artificial distinction between an assessment of the agreement at the time it was signed and an assessment of the agreement at the time of the application. Where an agreement is not voidable for reasons relating to the circumstances of execution and is found to be in substantial compliance with the Act at the first stage, it will be subject to a very stringent test for variation at the second stage. As I noted above, this approach is inadequate to deal with the problems that family law experts identify flowing from the inherently prospective nature of spousal support agreements. Its effect is to penalize parties who do not accurately predict the future by subjecting agreements that may have appeared fair at the outset, but that result in unfair circumstances, to a stricter standard for judicial intervention. In addition, the majority’s approach fails to accord appropriate weight to a consideration of whether the agreement is in fact meeting the objectives in s. 15.2(6) at the time of the application. In my view, a single standard is preferable. Courts should not be in the business of enforcing unfair agreements irrespective of whether the unfairness is inherent in the provisions of the initial agreement or manifests itself only as the economic consequences of the marriage and its breakdown play out in the parties’ lives over time.

Support : Thinking Through *Miglin* », *loc. cit.*, au terme d’un examen complet des options possibles.

Ce critère préliminaire permet au tribunal d’intervenir, que l’injustice existant au moment de la demande résulte de l’iniquité de l’entente initiale ou de l’incapacité des parties lors de la négociation de l’entente à prévoir exactement les conséquences économiques du mariage ou de son échec qui se feraient sentir avec le passage du temps, ou encore d’un changement dans la situation des parties (Shaffer et Rogerson, p. 87). Ce critère met l’accent sur la question de savoir si l’entente alimentaire a opéré *en fait*, une répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, ce qui constitue l’objectif ultime de la pension alimentaire entre époux que consacre la loi et que confirme notre Cour. Par contraste, le critère en deux étapes établi par les juges majoritaires crée une distinction artificielle entre deux examens de l’entente, l’un situé au moment de la conclusion de l’accord et l’autre lors de la demande. Si, à la première étape, l’entente ne peut être annulée pour des motifs liés aux circonstances entourant sa formation et qu’elle est jugée conforme pour l’essentiel à la Loi, elle sera soumise à la deuxième étape, à un critère de modification très rigoureux. Je souligne précédemment que cette démarche est inadaptée aux problèmes causés, selon les experts en droit de la famille, par la nature intrinsèquement prospective des ententes alimentaires entre époux. En effet, elle pénalise les parties qui ne prédisent pas correctement l’avenir en assujettissant à une norme plus stricte l’intervention des tribunaux à l’égard d’ententes apparemment justes au départ, mais qui ont mené à une situation injuste. De plus, la démarche des juges majoritaires n’accorde pas toute l’importance voulue à la question de la conformité de l’entente, au moment de la demande, avec les objectifs du par. 15.2(6). À mon avis, un critère unique est préférable. Les tribunaux ne devraient pas être tenus d’entériner des ententes injustes, que l’injustice soit inhérente aux clauses de l’entente initiale ou qu’elle n’apparaisse qu’avec le temps, à mesure que se font sentir les conséquences économiques du mariage et de son échec dans la vie des parties.

229

In my estimation, the content of fairness in this context is dictated by the 1985 Act itself. Parliament has spoken clearly on this issue by establishing legislative norms for spousal support in s. 15.2. A fair agreement is one that reasonably realizes the objectives codified in s. 15.2(6), the overarching purpose of which is the equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. I agree with the approach that L'Heureux-Dubé J. took to separation agreements in her minority decision in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, which involved an application for variation to a consent support order arising out of an antecedent agreement between the parties, pursuant to s. 17 of the 1985 Act. The principle that L'Heureux-Dubé J. established in there is equally applicable to applications for corollary relief under s. 15.2: the more a spousal support agreement takes into account the objectives codified in s. 15.2(6), the more likely it will be to influence the outcome of the application (para. 56). However, I would add to L'Heureux-Dubé J.'s analysis the caveat that there may well be cases, though they are likely to be in the minority, where the spousal support agreement at the time of formation does attempt to take into account the objectives of s. 15.2(6), but it nonetheless results in circumstances that are inconsistent with those objectives. In these situations, as well as in cases where the agreement's unfairness stems from the parties' failure to address adequately the objectives in s. 15.2(6) at the point of settlement, it is appropriate and, indeed, necessary for the court to override the spousal support provisions.

230

An approach that evaluates the extent to which an agreement realizes the Act's objectives for spousal support, and bases its degree of deference to the agreement on the agreement's degree of compliance, is mandated by the structure of s. 15.2 as a whole, which requires that the factors in s. 15.2(4), including any agreement, be assessed in light of the objectives in s. 15.2(6). Because this approach places the emphasis on an objective evaluation of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application, it is also appropriately responsive to the unique nature of family law agreements, which for the reasons I outlined above may not always provide

À mon sens, le contenu de la norme d'équité dans ce contexte est dicté par la Loi de 1985 même. Le législateur s'exprime clairement sur ce point en établissant à l'art. 15.2 des normes législatives sur les aliments entre conjoints. Une entente est réputée équitable si elle satisfait raisonnablement aux objectifs codifiés au par. 15.2(6), dont le but général est la répartition juste des conséquences économiques du mariage et de son échec. Je souscris à l'approche adoptée par la juge L'Heureux-Dubé sur les ententes de séparation dans ses motifs minoritaires de l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, qui concernait toutefois une demande de modification d'une ordonnance alimentaire rendue de consentement, en vertu de l'art. 17 de la Loi de 1985, et découlant d'une convention antérieure entre les parties. Le principe qu'établit la juge L'Heureux-Dubé dans cet arrêt vaut également pour les requêtes en mesures accessoires fondées sur l'art. 15.2 : plus l'entente alimentaire entre conjoints tient compte des objectifs codifiés au par. 15.2(6), plus elle est susceptible d'influencer l'issue de la demande (par. 56). J'apporterais cependant une réserve à l'analyse de la juge L'Heureux-Dubé : des cas, probablement rares, peuvent survenir où l'entente sur le soutien alimentaire entre époux tente de tenir compte des objectifs du par. 15.2(6) au moment de sa formation mais conduit néanmoins à une situation incompatible avec ces objectifs. Dans ces cas, comme lorsque l'iniquité de l'entente résulte du défaut des parties de prendre dûment en considération les objectifs du par. 15.2(6) au moment de sa conclusion, le tribunal peut et, même, doit écarter les dispositions alimentaires entre époux.

La structure de l'art. 15.2, dans son ensemble, requiert l'appréciation des facteurs énoncés au par. 15.2(4), y compris toute entente, au regard des objectifs du par. 15.2(6). Elle prescrit ainsi une démarche apte à évaluer comment l'entente réalise les objectifs des aliments entre époux selon la Loi et d'ajuster le degré de déférence à son égard en fonction du niveau de conformité qu'elle atteint. Parce qu'elle met l'accent sur l'évaluation objective du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, cette démarche répond particulièrement bien à la nature particulière des conventions en droit de la famille qui, pour les motifs que j'ai exposés, peuvent ne pas toujours être

a transparent guide to the parties' intentions. And, finally, this approach reflects what Parliament has determined to be the driving consideration in support awards: achieving an equitable disentangling of the parties' economic relationship upon marital breakdown. It is inappropriate to allow parties, by way of private agreements, to subvert this statutory policy (see McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 218), and to require courts to sanction this subversion by mandating deference to unfair agreements.

The process of determining whether an agreement is fair will of necessity be fact and context specific. The issue is whether, in light of all of the parties' circumstances at the time of the application, the agreement adequately meets the spousal support objectives in s. 15.2(6). This will require trial judges to make case-by-case determinations based on the whole picture of the parties' relationship, including their respective functions during the marriage, their allocation of capital and income upon the breakup, their childcare responsibilities, their employment prospects, and a range of other factors. Because parties may attempt to achieve economic equity in a variety of ways (i.e., through property division and spousal support), the entirety of the parties' financial arrangement upon marital dissolution and not merely the spousal support provisions in their agreement must be considered. This is precisely the kind of comprehensive inquiry called for under s. 15.2. The inquiry must consider all aspects of the parties' relationship, addressing pure need as well as compensation.

Any attempt to apply the objectives in s. 15.2(6) in a particular case will involve judgment calls, accommodation, and interpretation. The parties' own attempts to achieve the objectives codified in s. 15.2(6) in the context of their unique situation should not lightly be disregarded. Whether, however, an agreement reasonably satisfies the objectives of spousal support does not depend entirely on the subjective expectations of the parties. Rather, it involves an objective assessment of both the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application. To be given

le reflet transparent de l'intention des parties. Enfin, cette démarche reflète bien la décision du législateur de faire du dénouement équitable de la relation économique des parties, au moment de la rupture, la considération principale dans l'octroi de pensions alimentaires. On ne peut permettre aux parties de contourner cette politique législative par la conclusion d'ententes privées (voir McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 218), tout en exigeant du tribunal qu'il les cautionne en prescrivant une attitude de déférence envers des ententes injustes.

Le processus destiné à déterminer si une entente est équitable se trouve nécessairement axé sur les faits et le contexte. Il s'agit de savoir si, devant la situation des parties au moment de la demande, l'entente respecte adéquatement les objectifs des aliments entre époux énoncés au par. 15.2(6). Les juges de première instance doivent donc procéder à l'examen, cas par cas, de l'ensemble des relations entre les parties, y compris leurs fonctions respectives au cours du mariage, la façon dont elles ont réparti le capital et les revenus à la rupture, leurs responsabilités dans le soin des enfants, leurs possibilités d'emploi, et divers autres facteurs. Parce que les parties peuvent tenter de parvenir à l'équité économique de plusieurs manières (par exemple, par le partage des biens et les aliments entre époux), il faut examiner dans leur intégralité les arrangements financiers des parties à la dissolution du mariage et pas seulement les clauses alimentaires de l'accord. C'est précisément le type d'examen exhaustif qu'appelle l'art. 15.2. L'examen doit viser tous les aspects de la relation des parties, en n'oubliant ni les besoins réels ni la nécessité d'une compensation, le cas échéant.

Pour appliquer les objectifs du par. 15.2(6) à une situation donnée, on doit pondérer, concilier et interpréter. Il ne faut certes pas écarter à la légère les efforts déployés par les parties pour se conformer aux objectifs codifiés au par. 15.2(6) dans leur situation particulière. Cependant, la question de savoir si une entente satisfait raisonnablement aux objectifs du soutien alimentaire entre époux ne dépend pas entièrement des attentes subjectives des parties. La réponse à cette question exige plutôt une évaluation objective tant du contenu de l'entente que de la situation des parties au moment

231

232

substantial weight, the parties' agreement, objectively assessed, must indicate a genuine attempt to achieve the objectives in s. 15.2(6), and must fall within the parameters of "the generous ambit within which reasonable disagreement is possible" in terms of actually achieving them. See Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 94-95; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 220.

233

I agree with L'Heureux-Dubé J.'s suggestion in *G. (L.) v. B. (G.)*, that "[i]n drafting future agreements, counsel would be well advised to articulate the bases on which both spousal and child support covenants have been negotiated" and to mention more particularly "the various factors and objectives they took into account in their agreement to share the economic consequences of the marriage and its breakdown" (paras. 56-57). Reviewing courts are not required, however, to take the parties' characterizations of their situation at face value. A disclaimer such as that at para. 10(d) of the Miglins' Separation Agreement — "[t]he parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage" — will not satisfy L'Heureux-Dubé J.'s admonition in letter or in spirit. Nor will statements such as that in para. 10(d) of the Miglins' Separation Agreement — "[n]o pattern of economic dependency has been established in their marriage" — where, as here, such statements are quite clearly belied by the facts. The parties do not alter the reality of their situation by simply proclaiming economic equality in their Agreement. In order for a court to lend substantial weight to an agreement, in addition to taking account of the parties' evident desire for finality, the agreement must do more than simply speak the language of equality. As emphasized in *Moge*, at p. 864, in a passage that bears repeating in this context:

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon

de la demande. Pour qu'on lui accorde une importance significative, l'entente, examinée objectivement, doit confirmer que les parties se sont réellement efforcées d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) et se situer à l'intérieur des paramètres du [TRADUCTION] « cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible ». Voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 94-95; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 220.

J'adopte la suggestion de la juge L'Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, selon laquelle « [I]es avocats seraient bien avisés, dans l'élaboration de telles conventions, de bien préciser à l'avenir la base suivant laquelle la convention relative à la pension alimentaire pour l'épouse et les enfants a été négociée » et d'énoncer plus particulièrement « les divers facteurs et objectifs dont ils ont tenu compte dans le partage des conséquences économiques du mariage et du divorce » (par. 56-57). Les tribunaux ne sont cependant pas tenus de se fier aveuglément à la description que les parties donnent de leur situation. Pour respecter l'esprit et la lettre de la recommandation de la juge L'Heureux-Dubé, il ne suffira pas aux parties d'ajouter une dénégation, comme à l'al. 10d) de l'accord de séparation des Miglin — [TRADUCTION] « [I]es parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage » —, ni d'inclure des déclarations comme celle de l'al. 10d) : « [I]eur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique », déclaration clairement contredite par les faits en l'espèce. Les parties ne changent pas la réalité de leur situation en affirmant simplement leur égalité économique dans leur entente. Pour que le tribunal lui reconnaisse une importance significative, tout en témoignant de la volonté évidente des parties de lui conférer un caractère définitif, l'entente doit faire plus que de se contenter de parler d'égalité. À cet égard, l'extrait suivant de l'arrêt *Moge* mérite d'être relu (à la p. 864) :

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il

the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative. [Emphasis added.]

For an agreement to merit deference in an application for corollary relief under s. 15.2, it must recognize the parties' lived reality and must genuinely attempt in light of this reality to equitably apportion the economic consequences flowing from the marriage and its breakdown.

Even where an agreement represents a genuine attempt to address the objectives in s. 15.2(6), if, by the time of the application, it falls outside of the parameters of the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of actually achieving them, the court must intervene. In other words, it is not enough that an agreement is intended to effect an equitable sharing of the economic consequences of the marriage and its breakdown; it must in fact reasonably accomplish this end. If the parties' circumstances evolve in ways they do not anticipate when they enter into the agreement, even an agreement that envisioned meeting the objectives in s. 15.2(6) at the time it was negotiated may no longer serve those objectives at the time of the application. Fairness requires that in such cases the court override the agreement's spousal support provisions in favour of an order that does in fact realize the objectives of the 1985 Act.

The role of the reviewing court is not, however, to engage in tinkering with or "fine-tun[ing]" agreements (see McLeod, Annotation to *B. (G). v. G. (L.)*, *supra*, at p. 220). It is important to stress that, in order to be respected as an authoritative guide to the parties' actual intentions and expectations and to be endorsed by a court faced with a s. 15.2 application, an agreement need not correspond perfectly in its terms or in its results with the objectives of the 1985 Act. Provided that at the time of the application the arrangement falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6), it will be enforced. This approach does not deny

reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée. [Je souligne.]

Pour mériter la déférence du tribunal, lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'entente doit prendre acte de la réalité vécue par les parties et, en accord avec cette réalité, témoigner d'un effort véritable de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec.

Même lorsque l'entente témoigne d'efforts réels des parties de se conformer aux objectifs du par. 15.2(6), le tribunal doit intervenir si, au moment de la demande, elle ne respecte plus les paramètres du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable peut survenir sur la réalisation de ces objectifs. Autrement dit, il ne suffit pas qu'une entente recherche le partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec; il faut qu'elle en permette raisonnablement la réalisation. Si la situation des parties évolue d'une façon qu'elles n'ont pas anticipée au moment de la conclusion de l'entente, il se peut même qu'un accord visant à atteindre les objectifs du par. 15.2(6) lorsqu'il a été négocié ne réponde plus à ces objectifs au moment de la demande. L'équité commande dans ce cas que le tribunal écarte les dispositions alimentaires de l'entente, pour y substituer les termes d'une ordonnance qui permette effectivement la réalisation des objectifs de la Loi de 1985.

Toutefois, le rôle du tribunal ne consiste pas à procéder au signolage des accords ou à y apporter des ajustements mineurs (voir McLeod, Annotation to *B. (G). v. G. (L.)*, p. 220). Il importe de souligner que le tribunal saisi d'une demande fondée sur l'art. 15.2 peut reconnaître un accord comme une expression fiable de l'intention et des attentes réelles des parties et accepter de le confirmer, même s'il ne correspond pas de façon parfaite, dans son libellé ou dans ses résultats, aux objectifs de la Loi de 1985. Pour que l'accord soit appliqué, il suffira qu'il respecte le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable reste possible à l'égard de la réalisation des objectifs du par. 15.2(6). Cette

234

235

individuals the autonomy to organize their lives as they see fit or prevent them from bringing their own concerns, desires and objectives to the negotiating table as the majority suggests. Instead, it accords parties a considerable degree of flexibility in negotiating arrangements that reflect their particular priorities. At the same time, it recognizes that under the legislative framework there are, as broader principles of fairness dictate there should be, certain non-negotiables. Where, for instance, an agreement, either on its face or in its result, fails to address the dependent spouse's proven need arising from the breakdown of the marriage, it is appropriate for the court to intervene on the ground that the agreement is inconsistent with the objectives in s. 15.2(6), even if the agreement achieves some of the parties' other goals in reaching a settlement.

236

An approach that requires that agreements realize the objective of equitably distributing the economic consequences of the marriage and its breakdown is not only compelled by the 1985 Act, it is also consistent with society's notions of what is fair and just in the circumstances of marital dissolution. Though made in a different context, this Court's comments in *Bracklow, supra*, at para. 48, are of relevance in this respect:

To permit the award of support to a spouse disabled by illness is but to acknowledge the goal of equitably dealing with the economic consequences of marital breakdown that this Court in *Moge, supra*, recognized as lying at the heart of the *Divorce Act*. It also may well accord, in my belief, with society's sense of what is just. [Emphasis added.]

Marriages are complex relationships of trust and interdependence, in which people develop expectations and reliance that must be recognized. They are not commercial, arm's length transactions. The factors that shape the needs and expectations flowing from a particular marriage are numerous, and will include among others the length of the marriage and the functions the spouses performed during the course of the relationship. Upon marriage breakdown, the former spouses may come to some agreement relating to the support of either of them.

approche ne prive pas les individus de la liberté d'organiser leur vie comme ils l'entendent, pas plus qu'elle ne les empêche d'apporter leurs propres préoccupations, désirs et objectifs à la table des négociations, comme le suggèrent les juges majoritaires. Au lieu de cela, elle confère aux parties une latitude considérable dans la négociation d'arrangements capables de refléter leurs priorités personnelles. En même temps, elle reconnaît dans le régime législatif l'existence de certains éléments non négociables, comme le dictent les principes plus larges d'équité. Par exemple, lorsqu'un accord ne pallie pas, expressément ou dans ses conséquences, au besoin démontré de l'époux dépendant qui résulte de l'échec du mariage, le tribunal peut intervenir au motif que l'accord est incompatible avec les objectifs du par. 15.2(6), même s'il permet d'atteindre d'autres objectifs que les parties se sont fixés dans la négociation du règlement.

Une approche qui exige que les ententes réalisent l'objectif de la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec est non seulement imposée par la Loi de 1985, mais correspond aussi à ce que la société estime juste et équitable en cas de dissolution du mariage. Quoiqu'ils s'inscrivent dans un contexte différent, les commentaires de notre Cour dans *Bracklow*, précité, par. 48, s'avèrent pertinents à cet égard :

Permettre l'attribution d'une pension alimentaire à l'époux handicapé par la maladie ne fait que reconnaître l'objectif de traitement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage, qui, d'après notre Cour, dans l'arrêt *Moge*, précité, est au cœur de la *Loi sur le divorce*. J'estime aussi que cela peut bien être conforme à ce que la société considère comme juste. [Je souligne.]

Le mariage constitue un ensemble complexe de relations de confiance et d'interdépendance, où les attentes et la dépendance qui se développent chez les parties doivent être reconnues. Ce ne sont pas des échanges commerciaux impersonnels. Un grand nombre de facteurs influencent le développement des besoins et des expectatives qui naissent de chaque mariage. Ils incluent notamment la durée même du mariage et les rôles respectifs des époux au cours de celui-ci. Au moment de la rupture, les ex-époux peuvent réussir à s'entendre sur la

Ideally, such an agreement will represent a genuine attempt by the parties to respond to the needs and expectations created by the marriage and its breakdown, and to recognize the effect that the dissolution of the relationship will have on the family unit as a whole, including any children of the marriage.

However, an agreement may respond only partially to the needs and expectations created by the marriage and its breakdown. Its existence does not allow courts to ignore the entirety of the parties' circumstances. To do so would not only be contrary to the 1985 Act but, in my view, to society's understanding of what is fair. Fairness requires that the parties' lived reality and the economic consequences that flow from it are addressed in the arrangement that governs their post-divorce relationship. It requires a court to consider all of the parties' needs and legitimate expectations and not only those recognized in an agreement. Where an agreement does not accord adequate weight to the actual economic dependencies flowing from the relationship or address the actual needs of the parties arising from the marital breakdown as those needs emerge in post-divorce life, in my view it is unjust and should not be upheld.

I must take issue with Mr. Miglin's argument, reflected in the majority's reasons, that focussing on the degree to which the terms of a support agreement realize the objectives set out in s. 15.2(6) is inconsistent with one of the broader policy goals of the 1985 Act, found in s. 9(2), the promotion of settlement. Section 9(2) requires lawyers acting on behalf of a party to a divorce proceeding to discuss the possibility of a negotiated settlement with their client and to inform their client of any mediation facilities of which they are aware. This provision reflects a broader ethical duty that binds lawyers in the conduct of all litigation as members of the Bar and officers of the court (see, for example, Rules 2.02(2) and 2.02(3) of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada). However, while s. 9(2) recognizes, settlement is clearly to be encouraged, I do not think that the 1985 Act

question de leurs aliments. Idéalement, cette entente témoignera de l'effort réel des parties de répondre aux besoins et aux attentes découlant du mariage et de son échec, et prendra acte de l'effet qu'aura la dissolution de la relation sur l'ensemble de l'unité familiale, y compris sur les enfants du mariage.

Cependant, il arrive qu'une entente n'apporte qu'une réponse partielle aux besoins et aux attentes découlant du mariage et de son échec. Son existence n'autorise pas les tribunaux à faire abstraction de l'ensemble de la situation des parties. Une telle attitude contredit non seulement la Loi de 1985 mais aussi, à mon avis, la perception que notre société se forme de ce que serait le caractère équitable de ces ententes. Cette exigence d'équité veut que l'arrangement qui régit les relations des parties après le divorce tienne compte de la réalité de leur vie et des conséquences économiques qui en résultent. Pour satisfaire à cette volonté d'équité, le tribunal doit prendre en considération tous les besoins et les attentes légitimes des parties, et non pas seulement ceux que reconnaît l'entente. Une entente qui n'attache pas une importance suffisante aux dépendances économiques réelles résultant de la relation ou les besoins réels des parties découlant de l'échec du mariage, à mesure qu'ils se font sentir après le divorce, est injuste et ne devrait pas être maintenue telle quelle.

Je dois exprimer mon désaccord avec l'argument de M. Miglin, repris dans les motifs majoritaires, suivant lequel l'attention portée à la mesure dans laquelle les clauses de l'entente alimentaire permettent d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) ne cadre pas avec un des objectifs de politique générale énoncé au par. 9(2) de la Loi de 1985, qui est d'encourager le règlement. Le paragraphe 9(2) impose à l'avocat agissant pour le compte d'une partie à une action en divorce l'obligation de discuter avec son client de la possibilité de négocier un règlement et de l'informer des services de médiation qu'il connaît. Cette disposition traduit une obligation déontologique plus générale qui s'applique aux avocats dans la conduite des litiges à titre de membres du Barreau et d'officiers de la cour (voir par exemple les règles 2.02(2) et 2.02(3) du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-

237

238

may properly be understood to privilege settlement *per se*. A general provision such as s. 9(2) cannot be read independently from the very specific legislative objectives for spousal support outlined in s. 15.2(6). Parties, while encouraged by s. 9(2) to settle their affairs privately, are not permitted to contract out of the Act. The 1985 Act requires courts to make spousal support orders that aim as much as possible to comply with the objectives codified in s. 15.2(6). Given this statutory framework, what the 1985 Act may be said to encourage is not settlement in itself but rather settlements that accord with the legislative objectives for spousal support articulated in s. 15.2(6). To conclude otherwise is to fail to conceive of the 1985 Act as an integrated whole. It is also potentially to put courts in the position of enforcing unfair agreements that contradict the objectives of the very Act that empowers them to hear support applications in the first place.

239

In the spousal support context, then, the legislated policy goal is not negotiated settlement but rather the negotiation of fair settlements, with fairness evaluated according to the objectives of the 1985 Act (see also the comments of Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 80-81 in this respect). The requirement that an agreement be objectively fair at the time of the s. 15.2 application will not discourage parties from negotiating settlements, as the majority suggests. The fraction of divorces currently litigated is very small, perhaps even less than 5 percent (see Martin, *supra*, at p. 137; Payne and Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide*, *supra*, at p. 82). This reflects the significant benefits that negotiated settlements offer parties at marital breakdown. As Bala and Chapman, *supra*, outline at p. 1-41:

Canada). Cependant, si le par. 9(2) encourage clairement les règlements, je ne pense pas qu'il faille considérer que la Loi de 1985 privilégie le règlement en soi. On ne peut interpréter une disposition aussi générale que le par. 9(2) indépendamment des objectifs législatifs très précis du soutien alimentaire entre époux qu'énonce le par. 15.2(6). Même si le par. 9(2) encourage les parties à régler leurs affaires entre elles, elles ne peuvent se soustraire à la Loi par contrat. Selon la Loi de 1985, les tribunaux doivent rendre des ordonnances alimentaires entre époux qui tendent à respecter le mieux possible les objectifs codifiés au par. 15.2(6). Dans ce cadre législatif, on peut conclure que la Loi de 1985 n'encourage pas les règlements en soi mais plutôt les ententes conformes aux objectifs législatifs des pensions alimentaires entre époux, tels que le par. 15.2(6) les exprime. Une conclusion différente exprime le refus de concevoir la Loi de 1985 comme un ensemble législatif cohérent. Elle comporte aussi le risque potentiel d'amener les tribunaux à entériner des accords injustes, incompatibles avec les objectifs de la Loi, une loi qui pourtant leur confère, au départ, le pouvoir de statuer sur les demandes d'aliments.

Dans le contexte de l'obligation alimentaire entre époux, donc, l'objectif de politique législative ne consiste pas dans la conclusion de règlements négociés mais plutôt dans la négociation de règlements équitables, l'équité devant s'apprécier en fonction des objectifs de la Loi de 1985 (voir aussi les observations de Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, sur ce point, p. 80-81). L'exigence du caractère objectivement équitable de l'entente au moment de la demande fondée sur l'art. 15.2 ne découragera pas les parties de négocier des ententes, comme le prétendent les juges majoritaires. Une faible proportion de divorces font actuellement l'objet de procédures judiciaires, peut-être même moins de 5 pour cent (voir Martin, *loc. cit.*, p. 137; Payne et Payne, *Dealing with Family Law : A Canadian Guide*, *op. cit.*, p. 82). Cet état de fait démontre les grands avantages que présentent les règlements négociés pour les parties, au moment de la rupture du mariage. Comme le font remarquer Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-41 :

Entering into a separation agreement avoids the financial and psychological costs of litigation, and provides for a more expeditious and less uncertain resolution of a dispute between spouses than taking their case before a judge for decision. Furthermore, a separation agreement is more likely to reflect the parties' expectations and preferences than an agreement imposed by a judge.

An objective fairness threshold for judicial intervention in spousal support agreements will not lessen parties' interest in avoiding the financial and psychological stress of litigation or in resolving their dispute expeditiously. It will allow parties to retain considerable freedom to draft an agreement that both realizes the objectives in s. 15.2(6) and reflects their own expectations and preferences in a way a court-imposed order might not. Given these advantages, parties on marital dissolution will by and large continue to resolve their post-divorce affairs by private agreement. See Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-4 and 1-41.

I also agree with Bala and Chapman that the "vast majority of ex-spouses will *not* seek variation and the vast majority of people will honour their agreements" as the "psychological and financial costs of reopening an agreement will remain high" (p. 1-41 (emphasis in original)). These conclusions are supported by the fact that parties typically enter into and abide by agreements with regard to child support, and custody and access, despite the fact that courts enjoy a broad discretion to override the provisions of such agreements. They are also borne out by the lack of empirical evidence that a fairness threshold for judicial intervention in agreements with regard to matrimonial property division has discouraged settlement or increased litigation in British Columbia (s. 65(1) of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, empowers courts to override an agreement for the division of matrimonial property where it is "unfair"). See McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 219; Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-41 and 1-42; Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 60-61.

Rather than discouraging settlement, in my view a threshold for judicial intervention that involves an

[TRADUCTION] La signature d'une entente de séparation évite les coûts financiers et psychologiques associés au procès, et fournit aux parties un moyen plus expéditif et moins incertain de résoudre leurs conflits que si elles recouraient aux tribunaux. En outre, il est plus probable que l'entente de séparation traduise les attentes et les préférences des parties qu'une entente imposée par le juge.

Un critère préliminaire d'équité objective pour l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux ne diminuera pas l'intérêt des parties à éviter le stress financier et psychologique d'un procès ou à résoudre leur différend de manière expéditive. Ce critère laissera aux parties une grande latitude, pour rédiger une entente qui réponde aux objectifs du par. 15.2(6) et qui reflète leurs propres attentes et préférences, mieux que ne le ferait une ordonnance judiciaire. Ces avantages inciteront, les parties à continuer en règle générale à régler leurs affaires, à la dissolution du mariage, par des ententes privées (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-4 et 1-41).

Je suis d'accord aussi avec Bala et Chapman que la [TRADUCTION] « vaste majorité des ex-époux *ne* solliciteront *pas* de modification et la vaste majorité des gens, honoreront leurs engagements » car « les coûts financiers et psychologiques associés à la réouverture d'un accord demeureront élevés » (p. 1-41 (en italique dans l'original)). D'ailleurs, on constate que normalement les parties concluent et respectent les ententes sur la pension alimentaire aux enfants, leur garde et les droits de visite, en dépit du large pouvoir discrétionnaire attribué aux tribunaux pour écarter les dispositions de ces ententes. Elles se vérifient également par l'absence de preuves empiriques qu'un critère préliminaire fondé d'équité, pour l'intervention des tribunaux dans les ententes de partage des biens matrimoniaux, ait découragé les règlements ou augmenté l'incidence des procès en Colombie-Britannique (le par. 65(1) de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, confère aux tribunaux le pouvoir d'écarter des ententes « inéquitable » en matière de partage des biens matrimoniaux). Voir McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 219; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-41 et 1-42; Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 60-61.

À mon avis, loin de décourager les règlements, l'imposition d'un critère préliminaire d'intervention

assessment of whether an agreement is objectively fair at the time of the application will encourage parties to negotiate fair settlements (see Bala, *supra*, at p. 61; Bala and Chapman, *supra*, at p. 1-43). In the process, it will foster the genuine autonomy and dignity of both spouses. The awareness that reviewing courts will evaluate agreements in terms of the degree to which they realize the objectives in s. 15.2(6) should lead parties to prioritize reaching an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. To this end, as I indicated above, parties will need to do more in an agreement than merely parrot the objectives of the 1985 Act, or the language of this Court's jurisprudence stripped of its context. The inquiry into whether an agreement is objectively fair at the time of the application is not a formalistic one, about whether the terms of the agreement appear to be in technical compliance with the Act. Rather, this inquiry involves a probing, contextual analysis of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application in order to determine whether the substantive effect of the agreement is an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown.

242

In my view, it is not in line with the tenor of this Court's jurisprudence on spousal support to hold that an agreement is in "substantial compliance" with the objectives of the 1985 Act where it in fact deviates substantially from the goal of economic equity embodied in those very objectives. The threshold proposed by the majority may require only that settlements that represent a very significant departure from the spousal support objectives of the 1985 Act not receive judicial approbation. This sets the bar much too low. The goal in the family law context should be for parties to strive towards the most fair agreement they can, rather than merely for courts to set aside unconscionable or grossly unfair settlements. Judicial interpretation of the *Divorce Act* should not permit parties simply to avoid formal injustice when entering into separation agreements. The express wording of the 1985 Act and judicial developments since *Pelech* mandate that such agreements aspire to,

des tribunaux axé sur l'équité objective de l'entente au moment de la demande encouragera les parties à négocier des ententes équitables (voir Bala, *loc. cit.*, p. 61; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-43). En même temps, l'autonomie et la dignité réelles des époux s'en trouveront renforcées. Chez les parties, la conscience de l'existence du pouvoir des tribunaux, en cas de demande de révision, d'évaluer les ententes en fonction de leur niveau de conformité avec les objectifs du par. 15.2(6) devrait amener à donner priorité à la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. À cette fin, comme je l'ai déjà indiqué, les parties ne pourront se contenter dans leur entente de simplement répéter, hors contexte, la formulation des objectifs de la Loi de 1985 ou de la jurisprudence de notre Cour. La détermination du caractère objectivement équitable d'une entente, au moment de la demande, ne se réduit pas à un examen formaliste limité à une vérification de l'apparence de conformité technique des stipulations de l'accord aux dispositions de la Loi. Au contraire, elle exige une analyse contextuelle approfondie du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, afin de s'assurer que l'entente, dans ses effets réels, répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec.

À mon sens, accepter qu'une entente soit considérée comme « conforme pour l'essentiel » aux objectifs de la Loi de 1985, alors qu'en réalité elle déroge considérablement à l'objectif d'équité économique consacré par ces mêmes objectifs, ne respecte pas l'orientation de la jurisprudence de notre Cour sur l'obligation alimentaire entre conjoints. En vertu du critère préliminaire préconisé par la majorité, il se peut que seules les ententes qui s'écarteraient très substantiellement des objectifs de la Loi de 1985 en matière d'aliments ne reçoivent pas l'approbation des tribunaux. Une telle approche place la barre beaucoup trop bas. L'objectif recherché dans un contexte de droit de la famille doit être d'inciter les parties à conclure des accords aussi équitables que possible, plutôt que de laisser aux tribunaux le seul pouvoir de mettre de côté des ententes abusives manifestement inéquitables. L'interprétation judiciaire de la *Loi sur le divorce* ne devrait pas permettre aux parties d'éviter la seule injustice formelle

and in fact achieve, substantive justice. Fairness requires nothing less.

E. *Application to the Facts*

In the circumstances of this appeal, it is not appropriate to defer to the spousal support waiver in the parties' Separation Agreement. Both the trial judge (applying in essence a fairness test) and the Court of Appeal (after finding that the material change threshold that I rejected above had been met) found that the Miglins' division of assets and maintenance arrangements for Ms. Miglin failed to meet the objectives in s. 15.2(6). I agree with this conclusion, although I think it important to clarify why, considered as a whole, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6). I also think it important to stress at the outset that, while it may be easy to be diverted by considerations of Ms. Miglin's absolute worth, the proper inquiry is a relative one that asks whether the parties' financial arrangements in fact equitably distribute between them the economic consequences of their marriage and its breakdown.

Before turning to the content of the parties' Separation and Consulting Agreements, I will briefly address the majority's conclusion that there was nothing about the circumstances surrounding the negotiation process and the execution of the parties' Agreements in this case sufficient to bring into question their validity. I note that it was Ms. Miglin's testimony at trial that she was not content with the Separation Agreement and that she felt pressured by Mr. Miglin to agree to the waiver of spousal support. In her words, "it was a very confusing and emotional time". Given that the trial judge did not make factual findings on this issue, and that it was not Ms. Miglin's contention in her pleadings

lorsqu'elles concluent des accords de séparation. Le texte exprès de la Loi de 1985 ainsi que les développements jurisprudentiels depuis *Pelech* commandent que ces accords tendent et parviennent à une justice réelle. L'équité n'exige rien de moins.

E. *Application aux faits de l'espèce*

Dans le présent pourvoi, il n'est pas approprié de s'en remettre à la renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation des parties. Le juge de première instance (qui appliquait essentiellement un critère d'équité) et la Cour d'appel (après avoir conclu que le critère préliminaire du changement important — que j'ai rejeté — avait été atteint) ont tous deux jugé que le partage des biens des Miglin et leurs arrangements alimentaires au profit de M^{me} Miglin ne satisfaisaient pas aux objectifs du par. 15.2(6). Je souscris à cette conclusion, mais il importe à mon avis de préciser pourquoi les arrangements financiers des parties, pris globalement, sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible, au sujet de la réalisation des objectifs du soutien alimentaire entre époux exposés au par. 15.2(6). Il m'apparaît important aussi de souligner d'abord que si des considérations diverses touchant la valeur absolue de l'actif de M^{me} Miglin peuvent facilement faire dévier l'analyse, cette dernière conserve un caractère relationnel, puisqu'il s'agit de déterminer si, dans les faits, les arrangements financiers des parties répartissent équitablement entre elles les conséquences économiques de leur mariage et de son échec.

Avant d'aborder le contenu des ententes de séparation et de consultation, je ferai quelques brèves observations sur la conclusion majoritaire selon laquelle rien dans les circonstances entourant le processus de négociation et la conclusion des ententes des parties en l'espèce ne justifie la remise en question de leur validité. Je note que M^{me} Miglin a témoigné au procès qu'elle n'était pas satisfaite de l'accord de séparation et qu'elle s'est sentie forcée par M. Miglin d'accepter de renoncer à une pension alimentaire. Elle traversait alors, dit-elle, [TRADUCTION] « une période très confuse et émo-

243

244

before this Court that these factors vitiated the parties' Agreements, I do not intend to draw any conclusions about the environment in which the parties' Agreements were negotiated. Nonetheless, I would caution against dismissing out-of-hand concerns about the effects of the emotional upheaval and the pressures to which Ms. Miglin testified on the negotiating process. It may be extremely difficult to assess and to quantify the subtle ways in which the parties' emotional vulnerabilities and the power imbalances between them may affect the formation of a separation agreement, even where, as here, the parties have negotiated over a period of time with the advice of independent counsel. Given these difficulties, in my view, the most appropriate way to be responsive to the unique negotiating context for separation agreements is to focus on an objective assessment of the results of the parties' negotiating efforts. As I outlined above, this involves an evaluation of the content of the agreement, together with the circumstances of the parties at the time of the application, in order to determine whether the Agreement in fact falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6).

245

Turning to the content of the Separation and Consulting Agreements, it is clear that the Agreements failed to realize reasonably the objectives of s. 15.2(6) at the time they were negotiated and that this continued to be the case at the time of Ms. Miglin's application for corollary relief. The Separation Agreement provided that Ms. Miglin convey her one-half interest in the parties' business to Mr. Miglin in exchange for his one-half interest in the matrimonial home and his assumption of the mortgage. Ms. Miglin's disposition of the business (a "consequence of marriage breakdown" under s. 15.2(6)) resulted in significant disadvantages to her. While the parties' half-interests in each of the business and the matrimonial home were valued at approximately \$250,000, it is, as the trial judge observed, difficult to see the exchange as an equal split given that Ms. Miglin exchanged an income producing asset (which was grossing close to \$1.5 million per annum at the time of trial) for a non-income producing asset. Moreover, it is important

point, et que M^{me} Miglin n'a pas fait valoir devant la Cour que ces facteurs ont vicié les conventions des parties, je n'ai pas l'intention de tirer des conclusions sur les circonstances dans lesquelles les parties ont négocié les ententes. Toutefois, je tiens à souligner qu'il ne faut pas éliminer trop rapidement sans aucun examen, toute inquiétude au sujet des chocs émotifs et des pressions que M^{me} Miglin affirme avoir subis au cours du processus de négociation. L'appréciation et la quantification de l'incidence subtile de la vulnérabilité émotive des parties et du déséquilibre des forces entre elles sur la formation d'une entente de séparation représente un exercice difficile même lorsque, comme en l'espèce, les parties ont longuement négocié avec l'aide de conseillers juridiques. En raison de ces difficultés, la meilleure façon de tenir compte du contexte distinctif dans lequel se négocient les accords de séparation consiste à s'attacher à l'examen objectif des résultats des efforts de négociation des parties. Comme je le mentionne plus haut, il faut apprécier le contenu de l'accord, ainsi que la situation des parties au moment de la demande, pour déterminer si l'entente respecte effectivement le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible sur la réalisation des objectifs du par. 15.2(6).

Je passerai maintenant à l'étude des ententes de séparation et de consultation. Il est clair qu'elles ne permettaient pas raisonnablement d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) au moment où elles ont été négociées. La situation n'avait pas changé lorsque M^{me} Miglin a déposé sa requête en mesures accessoires. L'accord de séparation prévoyait la cession par M^{me} Miglin de l'intérêt de moitié qu'elle détenait dans l'entreprise des parties en contrepartie de l'intérêt de moitié que détenait M. Miglin dans le foyer conjugal et de sa prise en charge de l'hypothèque. La cession de la part de l'entreprise par M^{me} Miglin (une « conséquence de l'échec du mariage » au sens de l'al. 15.2(6)) lui a occasionné d'importants désavantages. Même si on a évalué à près de 250 000 \$ les intérêts de moitié que détenaient les parties respectivement dans l'entreprise et dans le foyer conjugal, il est difficile, comme le souligne le juge de première instance, de considérer l'échange comme un partage égal, puisque M^{me} Miglin a échangé un bien productif de revenu (produisant des

to emphasize that as a consequence of the breakdown of the marriage, Ms. Miglin not only gave up her rights to any ongoing benefits from the parties' business — the success of which, as the trial judge held, she was equally responsible for — she also lost her employment income of \$80,500 per annum. The parties recognized that, as a result, Ms. Miglin would need an income stream — the very existence of the Consulting Agreement testifies to this — and also, given the Consulting Agreement's open-ended renewal clause, that her need might continue beyond the Agreement's initial five-year term. That Ms. Miglin never did much work under the Consulting Agreement underscores the fact that its primary purpose was to provide a source of income for her, as reflected in the trial judge's finding that the Agreement constituted "thinly veiled spousal support" (para. 15). The Consulting Agreement, however, provided Ms. Miglin with but \$15,000 in income per annum (plus a cost of living index), an amount insufficient to address the significant financial deficit created by the loss of her position with the Lodge.

The resulting inequity was compounded when Mr. Miglin failed to renew the Consulting Agreement. The discontinuation of the Consulting Agreement coincided with a deterioration in the parties' post-divorce relationship that the trial judge attributed to Mr. Miglin's decreasing control over his former spouse. Ms. Miglin testified at the trial that it had been her expectation that the Consulting Agreement would be renewed. The majority, however, points to evidence that Ms. Miglin was aware that the Consulting Agreement might not be renewed, noting that she had been advised by her accountant to plan ahead for a potential drop in her income. In my view, the critical point is that, regardless of Ms. Miglin's expectations in this regard, a clear objective of the 1985 Act is to ensure that where a dependent spouse has financial needs arising from the breakdown of the marriage, these needs are adequately redressed by spousal support, provided the other spouse has the ability to pay, as is the case here.

recettes de près de 1,5 million de dollars par an au moment du procès) pour un bien non productif de revenu. Il importe en outre de souligner qu'en conséquence de l'échec du mariage, M^{me} Miglin a non seulement renoncé à ses droits sur les bénéfices courants de l'entreprise des parties — dont le succès lui était tout aussi attribuable, selon le juge de première instance —, mais elle a aussi perdu son revenu d'emploi de 80 500 \$ par an. Les parties ont reconnu qu'en conséquence, M^{me} Miglin aurait besoin d'une source de revenus (l'existence même de l'entente de consultation l'atteste) et que, vu la clause non-limitative de renouvellement de l'entente de consultation, ce besoin pouvait se prolonger au-delà de la période initiale de cinq ans. Le fait que M^{me} Miglin n'ait jamais accompli beaucoup de travail en vertu de l'entente de consultation montre bien que le but principal de cette dernière était de lui assurer une source de revenu comme l'indique la conclusion du juge de première instance qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » (par. 15). Toutefois, l'entente de consultation assurait à M^{me} Miglin un revenu annuel de 15 000 \$ seulement (avec majoration pour la hausse du coût de la vie), et donc insuffisant pour pallier l'important déficit financier attribuable à la perte de son emploi à l'hôtel.

L'injustice qui résulte de la nature de ces ententes a été aggravée par le refus de M. Miglin de renouveler l'entente de consultation. La fin de cette entente a coïncidé avec la détérioration de la relation des parties après le divorce, que le juge de première instance a attribuée à la diminution graduelle du contrôle qu'exerçait M. Miglin sur son ex-épouse. M^{me} Miglin a témoigné au procès qu'elle s'attendait au renouvellement de l'entente de consultation. Les juges majoritaires signalent cependant l'existence de preuves selon lesquelles M^{me} Miglin savait que l'entente de consultation pouvait ne pas être renouvelée, faisant observer que son comptable l'avait avisée de se préparer à l'avance à faire face à une diminution potentielle de son revenu. À mon avis, indépendamment des attentes de M^{me} Miglin, le point central demeure que la Loi de 1985 vise clairement à assurer que les besoins financiers de l'époux dépendant, qui résultent de la rupture du mariage, soient adéquatement pris en compte par l'attribution

Ms. Miglin, by losing her share in the parties' successful business and her employment, disproportionately suffered the economic disadvantages of marriage breakdown. The parties' financial arrangements, in not providing spousal support and in providing only a small income to Ms. Miglin which could be, and was, terminated after five years, did not compensate for or share these disadvantages. Clearly, then, the objectives of s. 15.2(6) were not met.

d'une pension alimentaire, dans la mesure où l'autre époux a les moyens de la payer, comme en l'espèce. En raison de la perte de sa part dans l'entreprise florissante des parties et de celle de son emploi, M^{me} Miglin a subi de façon disproportionnée les désavantages économiques de l'échec du mariage. Parce qu'ils ne prévoyaient aucune pension alimentaire au profit de M^{me} Miglin et ne lui assuraient qu'un revenu minime, susceptible de s'évanouir après cinq ans, ce qui fut le cas, les arrangements financiers des parties n'ont pas compensé ni « réparti » ces désavantages. Il est donc clair que les objectifs du par. 15.2(6) n'ont pas été remplis.

247 In addition to the disproportionate economic disadvantages arising from the breakdown of the marriage, Ms. Miglin suffered disproportionate economic disadvantages arising from the roles that the parties adopted during their 14-year marriage, both in their business relationship and in their domestic lives. The proclamation in the Separation Agreement that “[n]o pattern of economic dependency has been established in their marriage” is belied by the reality of the parties' circumstances both during and after their marriage.

Aux désavantages économiques disproportionnés qu'a subis M^{me} Miglin par suite de l'échec du mariage s'ajoutent ceux attribuables aux rôles assumés par les parties pendant les 14 ans de leur mariage, tant dans leurs relations d'affaires qu'au foyer. La déclaration insérée dans l'entente de séparation que [TRADUCTION] « [I]eur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique » est contredite par la situation réelle des parties pendant et après leur mariage.

248 Turning first to the business aspect of the parties' relationship, it is important to recognize that while the parties' contributions to the success of the Lodge — a success from which Ms. Miglin no longer benefits — were of equal value, they were nonetheless different in kind. Mr. Miglin was responsible for the overall management of the business, including all of the budgeting and long-range planning for the Lodge. Ms. Miglin was responsible for administrative and housekeeping tasks. She was sheltered in her role in the business from exposure to the workings of the market, and remained dependent throughout on Mr. Miglin's business acumen and financial decision-making. As she testified at trial: “I don't think I could've done it without him. He could do it without me.”

Sur les relations d'affaires des parties tout d'abord, il importe de reconnaître que, même si les contributions des parties à la réussite de l'hôtel — réussite dont M^{me} Miglin ne bénéficie plus — étaient de valeur égale, leur nature différait. M. Miglin veillait à la gestion générale de l'entreprise, notamment aux budgets et à la planification à long terme de l'hôtel. M^{me} Miglin se chargeait de tâches administratives et domestiques. Ses fonctions dans l'entreprise ne comportaient pas de contact avec le fonctionnement du marché et elle a toujours été dépendante du savoir-faire commercial de M. Miglin et de ses décisions financières. Elle a dit dans sa déposition : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que j'aurais pu y arriver sans lui. Il pouvait y arriver sans moi. »

249 When her marriage failed and she was forced to leave her job at the Lodge, Ms. Miglin was thus more vulnerable economically than she would have been had she worked outside of the family-owned and operated business for an equivalent period of

Lorsque le mariage a échoué et qu'elle a été forcée de quitter son emploi à l'hôtel, M^{me} Miglin s'est trouvée dans une situation économique plus vulnérable que si elle avait travaillé, pendant la même période, à l'extérieur de l'entreprise

time. Because her employment since 1984 had been exclusively with the Lodge, with which she was no longer connected after the separation except in a nominal consulting capacity, she did not leave the marriage with any of the advantages that typically would have flowed from long-term employment outside of the family business, such as seniority or job security.

Mr. and Ms. Miglin divided their responsibilities for the Lodge in much the same way that they divided the household responsibilities, with Ms. Miglin playing a role that was crucial, but that was less economically valued in the marketplace. As a result, Ms. Miglin's responsibilities at the Lodge did not leave her with the skills and experience of a manager in the hospitality industry. It is unrealistic to expect that she will be able simply to step into a position offering her a salary close to that which she received from the Lodge. Rather, the limited opportunities that Ms. Miglin had to develop marketable skills in the family business — her only source of employment since 1978 — will have a long-term impact on her prospects for self-sufficiency, a fact that was not recognized in the parties' allocation to Ms. Miglin of an income stream of but \$15,000 and the termination of even this modest income after five years.

In terms of the parties' organization of their domestic lives, Ms. Miglin was the children's primary caregiver throughout the marriage, and she continues to be the primary caregiver of three of the parties' four children. During the marriage, Ms. Miglin's work responsibilities (and thus her opportunities to garner skills and experience) were circumscribed by her childcare responsibilities. Once the eldest child was in school, for instance, Ms. Miglin commuted from Toronto to Algonquin Park during the four shoulder months (May, June, September and October) when the Lodge was open, but school was in session, rather than working full-time as Mr. Miglin did. Ms. Miglin's post-separation day-to-day childcare responsibilities will continue to have significant and long-term economic consequences for her, limiting both her opportunities for employment

familiale exploitée par les parties. Parce qu'elle avait travaillé depuis 1984 exclusivement pour l'hôtel, avec lequel elle n'a plus entretenu de lien après la séparation sauf à titre symbolique de consultante, M^{me} Miglin ne disposait, à la fin du mariage, d'aucun des avantages généralement associés à la détention d'un emploi à long terme à l'extérieur de l'entreprise familiale, tels l'ancienneté ou la sécurité d'emploi.

M. et M^{me} Miglin ont réparti leurs responsabilités relatives à l'hôtel essentiellement comme ils se sont partagé les tâches domestiques, M^{me} Miglin se trouvant à jouer un rôle crucial, mais à valeur économique moindre sur le marché du travail. En conséquence, M^{me} Miglin n'a pas retiré de ses responsabilités à l'hôtel les compétences et l'expérience d'un gérant dans l'industrie hôtelière. Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'elle puisse simplement trouver un autre poste offrant à peu près le même salaire que ce qu'elle touchait à l'hôtel. Au contraire, le fait que M^{me} Miglin n'a eu que peu d'occasions de développer des compétences valables sur le marché du travail, au sein de l'entreprise familiale, son seul emploi depuis 1978, affectera négativement, à long terme, ses perspectives d'indépendance financière. Cette réalité n'a pas été prise en compte quand les parties ont attribué à M^{me} Miglin une source de revenus de 15 000 \$ seulement et quand ce modeste revenu est disparu après cinq ans.

En passant ensuite à l'étude de la manière dont les parties ont organisé leur vie familiale, on voit que M^{me} Miglin s'est occupée principalement des enfants au cours du mariage et continue d'assumer cette responsabilité à l'égard de trois des quatre enfants. Pendant le mariage, la nature des responsabilités professionnelles de M^{me} Miglin (et, par le fait même, les occasions d'acquérir des compétences et de l'expérience) a été limitée par l'étendue de son rôle envers les enfants. Dès que l'aînée des enfants a commencé à fréquenter l'école, par exemple, M^{me} Miglin a fait la navette entre Toronto et le parc Algonquin pendant les quatre mois de « transition » (mai, juin, septembre et octobre), les mois scolaires où l'hôtel était ouvert, plutôt que de travailler à temps plein comme M. Miglin. La charge quotidienne du soin des enfants après la séparation

250

251

and her future earning capacity and thus impairing her capacity to become economically self-sufficient. The parties' financial arrangements failed to recognize this reality by providing Ms. Miglin with only a small amount of income over a short period of time. Moreover, the structure of the parties' agreements afforded Mr. Miglin the discretion to terminate even this limited income stream after five years, despite the fact that Ms. Miglin was experiencing ongoing need arising in part from the childcare responsibilities that the parties agreed she would assume both during and after the marriage.

continuera d'entraîner pour M^{me} Miglin d'importantes conséquences économiques à long terme, ces facteurs limiteront autant ses possibilités d'emploi que sa capacité future de gagner sa vie et compromettront, de ce fait, son aptitude à devenir économiquement indépendante. Les arrangements financiers des parties n'ont pas tenu compte de cette réalité, en n'accordant à M^{me} Miglin qu'un revenu minime pendant une courte période de temps. Qui plus est, la structure des ententes des parties donnait à M. Miglin le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à cette source limitée de revenus après cinq ans, alors même que M^{me} Miglin continuait d'en avoir besoin en raison notamment de ses responsabilités à l'égard du soin des enfants, qu'elle devait assumer pendant et après le mariage, suivant les ententes intervenues entre les parties.

252

The majority suggests (at para. 95), based on correspondence between the parties' counsel during the negotiation of the separation agreement, that it was Ms. Miglin's preference to release Mr. Miglin from spousal support on the "condition that her economic needs were addressed through child support", in other words, on the "condition that she received sufficient child support payments to cover her own expenses and meet her own economic needs as well as those of the children. Even if this was indeed her preference, the financial arrangements between the parties did not in fact adequately address the economic needs of Ms. Miglin, in part because they failed to equitably acknowledge the long-term financial consequences of her childcare responsibilities. In other words, the parties' financial arrangements were not appropriately attentive to the objective in s. 15.2(6)(b), of apportioning between the spouses the financial consequences arising from the care of the parties' children over and above any obligation for the support of the children of the marriage.

Se fondant sur la correspondance entre les avocats des parties pendant la négociation de l'accord de séparation, la majorité suggère (au par. 95) que M^{me} Miglin a elle-même préféré libérer M. Miglin de toute obligation alimentaire envers elle à « condition qu'il subvienne à ses besoins économiques par l'entremise de la pension alimentaire versée aux enfants »; autrement dit, à condition qu'elle reçoive un montant suffisant au titre de la pension alimentaire des enfants pour couvrir ses propres dépenses et lui permettre de subvenir à ses besoins économiques comme à ceux des enfants. Même à supposer que tel ait été effectivement son choix, les arrangements financiers des parties ne satisfont pas adéquatement aux besoins économiques de M^{me} Miglin; notamment ils ne prennent pas équitablement en compte les conséquences financières à long terme des responsabilités dans le soin des enfants. Autrement dit, les arrangements financiers n'ont pas attaché suffisamment d'importance à l'objectif énoncé à l'al. 15.2(6)b), de répartir entre les époux les conséquences financières qui découlent du soin de leurs enfants en sus de toute obligation alimentaire au profit des enfants.

253

For the reasons that I have identified, the parties' financial arrangements manifestly failed to address the fact that Ms. Miglin disproportionately suffered economic disadvantages flowing both from the roles that the parties adopted during their 14-year

Pour les raisons que j'ai notées, les arrangements financiers des parties n'ont manifestement pas remédié au fait que M^{me} Miglin a disproportionnellement supporté les désavantages économiques résultant de l'échec du mariage et des rôles qu'ont assumés les

marriage (and in terms of childcare, after the marriage as well) and from the breakdown of the marriage. This was not a situation in which the parties' financial arrangements upon separation provided for an income stream for the dependent spouse that, although somewhat lower than what a court might have awarded, was nonetheless reasonable in the circumstances. The Separation Agreement provided no spousal support or income stream whatsoever to Ms. Miglin, while the Consulting Agreement allowed for only \$15,000 annually, which Mr. Miglin terminated after five years despite Ms. Miglin's ongoing need. While the majority suggests that Ms. Miglin's net worth has increased since the parties' separation, the reality is that Ms. Miglin will have no income stream, other than the support that she receives for her children, for the foreseeable future unless she sells her home or divests herself of her RRSPs, which she requires for her future security.

Considered as a whole, then, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6) at the time of Ms. Miglin's application. It was thus appropriate for the trial judge to intervene and award her corollary relief. As the question of quantum of support was not pleaded before this Court, I assume without deciding that the amount awarded by the trial judge, and upheld by the Court of Appeal, was appropriate.

I agree with the Court of Appeal's decision to set aside the trial judge's order imposing a five-year term on spousal support. While Ms. Miglin has a responsibility, under s. 15.2(6)(d), to take steps towards achieving self-sufficiency, the Court must be careful to understand this responsibility in its proper context, particularly in light of the fact that Ms. Miglin is raising young children and that this is in fact full-time work for her. Mr. Miglin did not oppose Ms. Miglin's decision to stay at home with the children. As the trial judge noted, he was

parties au cours de leurs 14 années de mariage (et, en ce qui concerne le soin des enfants, après le mariage également). Nous ne sommes pas en présence d'une situation où les arrangements financiers des parties, au moment de la séparation, auraient fourni à l'époux dépendant une source de revenus un peu inférieure à ce qu'un tribunal aurait accordé, mais malgré tout raisonnable dans les circonstances. L'accord de séparation n'a prévu aucune pension alimentaire ni source de revenus au profit de M^{me} Miglin, tandis que l'entente de consultation lui assurait un salaire annuel de seulement 15 000 \$, auquel M. Miglin a mis fin après cinq ans, malgré le besoin dans lequel se trouvait toujours M^{me} Miglin. Même si la majorité souligne l'augmentation de la valeur nette de l'actif de M^{me} Miglin depuis la séparation, il n'en reste pas moins que, dans un avenir prévisible, M^{me} Miglin ne disposera d'aucune source de revenus autre que la pension alimentaire qu'elle reçoit pour ses enfants, à moins de vendre sa maison ou se départir de REER dont elle a besoin pour sa sécurité future.

En conséquence, examinés dans leur ensemble, les arrangements financiers des parties sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible, à propos de la façon de réaliser les objectifs du par. 15.2(6) en matière d'obligation alimentaire entre époux, au moment de la requête de M^{me} Miglin. Il convenait donc que le juge de première instance intervienne et fasse droit à sa demande de mesures accessoires. Comme la question du montant des aliments n'a pas été plaidée devant notre Cour, je suppose, sans toutefois en décider, que le montant octroyé par le juge de première instance, et maintenu par la Cour d'appel, était approprié.

Je conviens avec la Cour d'appel qu'il y a lieu d'éliminer la limite de cinq ans imposée par le juge de première instance aux versements alimentaires. Bien qu'il incombe à M^{me} Miglin de prendre des mesures pour parvenir à l'indépendance économique, conformément à l'al. 15.2(6)(d), la Cour doit veiller à situer cette responsabilité dans un contexte où M^{me} Miglin élève de jeunes enfants et où cette responsabilité représente pour elle une activité à temps plein. M. Miglin ne s'est pas opposé à la décision de M^{me} Miglin de rester à la maison avec

254

255

“fully aware at the time of negotiating the separation agreement that his wife would be involved in full time care of his four children, and that there was little likelihood that she could become economically self-supporting until the children matured” (para. 32). Given the ages of the parties’ children and Ms. Miglin’s responsibilities to them, I share Abella J.A.’s view that the five-year time limit was “unhelpfully speculative”. The situation here is not, however, a static one. Ms. Miglin must be alive to the fact that she has an ongoing obligation to make herself self-sufficient, in so far as is practicable. As Ms. Miglin’s children grow older, her responsibility for finding employment may well increase, and the court retains the jurisdiction to intervene if, at some later date, it becomes clear that Ms. Miglin is not making a serious effort to move towards self-sufficiency.

V. Disposition

256 I would dismiss the appeal and affirm the order of the Ontario Court of Appeal. Ms. Miglin will have her costs throughout.

Appeal allowed, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nicole Tellier, Toronto; Watson Jordan, Toronto.

Solicitors for the respondent: Epstein Cole LLP, Toronto.

les enfants. Comme le juge de première instance le fait observer, M. Miglin [TRADUCTION] « savait fort bien, lors de la négociation de l’entente de séparation, que son épouse consacrerait tout son temps à s’occuper de leurs quatre enfants et que, jusqu’à ce que les enfants atteignent l’âge adulte, les possibilités pour elle d’acquérir une autonomie financière étaient minces » (par. 32). En raison de l’âge des enfants et de la nature des responsabilités que M^{me} Miglin assume envers eux, je suis d’accord avec la juge Abella pour dire que la limite de 5 ans relève de la [TRADUCTION] « conjecture ». La situation en l’espèce n’est cependant pas immuable. M^{me} Miglin doit être bien consciente qu’elle demeure tenue de parvenir dans la mesure du possible à l’indépendance économique. À mesure que grandiront ses enfants, sa responsabilité de rechercher un emploi pourra augmenter et le tribunal conserve son pouvoir d’intervention s’il s’avère, dans l’avenir, qu’elle ne s’efforce pas réellement d’accéder à l’indépendance économique.

V. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario. M^{me} Miglin a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs de l’appelant: Nicole Tellier, Toronto; Watson Jordan, Toronto.

Procureurs de l’intimée: Epstein Cole LLP, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2003 Vol. 1

3^e cahier, 2003 Vol. 1

Cited as [2003] 1 S.C.R. 433-629

Renvoi [2003] 1 R.C.S. 433-629

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 / Arrêtiŕiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	SALLY GRIFFIN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
ANDRES GARIN	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
	IDA SMITH	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
PAULINE MCTAVISH	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
	ANNE-MARIE NOÉL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêtiŕs de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.476

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether Court of Appeal properly reviewed Commission's decision on correctness standard — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

Broadcasting — Telecommunications — Access to power poles — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) of Telecommunications Act includes power poles of provincially regulated electric power companies — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

Churchland v. Gore Mutual Insurance Co.445

Insurance — Multi-peril policy — Limitation period — Insureds claiming for theft under multi-peril homeowners' insurance policy — Part 6 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, Part 2, Part 6.

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour).....539

Labour relations — Hospital labour disputes — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether Minister required to select arbitrators qualified by expertise and acceptance in labour relations community — Whether retired judges, as a class, biased against labour — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

Administrative law — Judicial review — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether appointment process for selecting chairs of arbitration boards violates natural justice or infringes institutional independence and impartiality of arbitration boards — Whether appointment process breached legitimate expectations of unions — Whether appointments caused reasonable apprehension of bias — Whether Minister disqualified or required to delegate task of making appointments because

Continued on next page

SOMMAIRE

Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble.....476

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Ordonnance du Conseil enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — La Cour d'appel a-t-elle appliqué à bon droit la norme de la décision correcte pour le contrôle de la décision du Conseil? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

Radiodiffusion — Télécommunications — Accès aux poteaux électriques — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — Le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » à l'art. 43(5) de la Loi sur les télécommunications englobe-t-il les poteaux électriques des entreprises d'électricité relevant de la province? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

Churchland c. Gore Mutual Insurance Co.445

Assurance — Police multirisque — Délai de prescription — Demande d'indemnité en vertu d'une police de propriétaire occupant présentée par les assurés à la suite d'un vol — Partie 6 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, conséquemment, quel délai de prescription sont applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, partie 2, partie 6.

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)539

Relations de travail — Conflits de travail dans des hôpitaux — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le ministre était-il tenu de choisir des arbitres ayant une expertise et étant acceptés dans le milieu des relations du travail? — En tant que catégorie, les juges retraités ont-ils un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of interest in arbitrations — Whether Minister's appointments patently unreasonable — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada433

Insurance — All-risks policy — Limitation period — Insured claiming for fire damage under all-risks policy — Part 5 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, Part 2, Part 5, s. 119.

Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.450

Conflict of laws — Courts — Jurisdiction — Bills of lading — Forum selection clauses — Stay of proceedings — Arrangements made with appellant for carriage of cargo by sea — Respondents filing action against appellant in Federal Court alleging that cargo was damaged while in transit by rail — Appellant seeking stay of proceedings on basis that bill of lading contained forum selection clause giving courts in Antwerp, Belgium exclusive jurisdiction — Proper test for stay of proceedings to enforce forum selection clause in bill of lading — Whether "strong cause" test is proper test — Whether proper test should contemplate inquiry into whether there was fundamental breach or deviation — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).

SOMMAIRE (Fin)

par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le processus de désignation des présidents des conseils d'arbitrage contrevient-il à la justice naturelle ou compromet-il l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils d'arbitrage? — Le processus de désignation a-t-il frustré les attentes légitimes des syndicats? — Les désignations ont-elles suscité une crainte raisonnable de partialité? — Le ministre était-il inhabile à faire les désignations et était-il tenu de déléguer la tâche de les faire en raison de l'intérêt qu'il aurait dans les arbitrages? — Les désignations ministérielles étaient-elles manifestement déraisonnables? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance Guardian du Canada.....433

Assurance — Polices tous risques — Délai de prescription — Assuré demandant une indemnisation en vertu de sa police tous risques pour les dommages causés par un incendie — Partie 5 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, conséquemment, quel délai de prescription sont applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, partie 2, partie 5, art. 119.

Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.450

Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Connaissements — Clauses d'élection de for — Suspension des procédures — Arrangements pris avec l'appelante pour le transport maritime de matériel — Action contre l'appelante intentée devant la Cour fédérale par les intimées qui alléguaient que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par rail — Suspension des procédures demandée par l'appelante parce que le connaissance contenait une clause d'élection de for conférant compétence exclusive aux tribunaux d'Anvers en Belgique — Critère applicable à la suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance — Le critère des « motifs sérieux » est-il celui qui convient? — Le critère applicable doit-il inclure l'examen de la question de savoir s'il y a eu inexécution fondamentale ou dérogation? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).

KP Pacific Holdings Ltd. *Appellant*

v.

Guardian Insurance Company of Canada, Canadian Northern Shield Insurance Company, AXA Pacific Insurance, General Accident Insurance Company of Canada and Sovereign General Insurance Co. *Respondents*

INDEXED AS: KP PACIFIC HOLDINGS LTD. v. GUARDIAN INSURANCE CO. OF CANADA

Neutral citation: 2003 SCC 25.

File No.: 28815.

2003: February 18; 2003: May 1.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — All-risks policy — Limitation period — Insured claiming for fire damage under all-risks policy — Part 5 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, Part 2, Part 5, s. 119.

The insured claimed for loss by fire under its all-risks insurance policy. The claim was made more than one year after the loss occurred but within one year of filing proof of loss. The insurer took the position that the claim could not proceed on the ground that the applicable limitation period is one year from the date of the loss, according to Part 5 — the Fire Insurance Part — of the B.C. *Insurance Act*. At trial, the insured contended that its all-risks policy fell instead under the general provisions of Part 2, where the limitation period is one year from filing proof of loss. The trial judge held that the policy fell within Part 5 of the Act and dismissed the insured's claim. The Court of Appeal upheld the judgment.

KP Pacific Holdings Ltd. *Appelante*

c.

Compagnie d'assurance Guardian du Canada, Compagnie d'assurance Le Bouclier du Nord canadien, AXA Pacifique Compagnie d'assurance, General Accident, Compagnie d'assurance du Canada et La Souveraine, Compagnie d'assurance générale *Intimées*

RÉPERTORIÉ : KP PACIFIC HOLDINGS LTD. c. CIE D'ASSURANCE GUARDIAN DU CANADA

Référence neutre : 2003 CSC 25.

N^o du greffe : 28815.

2003 : 18 février; 2003 : 1^{er} mai

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Assurance — Polices tous risques — Délai de prescription — Assuré demandant une indemnisation en vertu de sa police tous risques pour les dommages causés par un incendie — Partie 5 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, conséquemment, quel délai de prescription sont applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, partie 2, partie 5, art. 119.

L'assurée a présenté une demande afin d'être indemnisée en vertu de sa police d'assurance tous risques à la suite d'un incendie. Elle a présenté cette demande plus d'un an après le sinistre, mais moins d'un an après le dépôt de la preuve de sinistre. L'assureur a soutenu que la demande ne pouvait être entendue au motif que le délai de prescription applicable était de un an à compter de la date du sinistre, selon la partie 5 de l'*Insurance Act* de la Colombie-britannique (la « Loi »). À l'instruction, l'assurée a fait valoir que sa police tous risques relevait plutôt des dispositions générales de la partie 2, qui prévoit un délai de prescription de un an à compter de la présentation de la preuve de sinistre. Le juge de première instance a statué que la police relevait de la partie 5 de la Loi et a rejeté la demande de l'assurée. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Held: The appeal should be allowed. The limitation period in Part 2 is applicable and the insured's claim is not statute-barred.

Neither the language of s. 119 in Part 5 nor the history of that provision supported the conclusion that the Legislature intended a multi-risk policy to fall within Part 5. Such policies cannot be shoehorned into that Part without contrived reconstruction and anomalous consequences. Section 119, despite its alterations, is based on the outmoded paradigm of discrete categories of insurance policies and is incapable of coherently addressing the modern multi-peril policy. Since the insured's policy does not fit into a specific category, it is governed by Part 2. Part 2, however, does not represent an ideal solution for multi-risk comprehensive policies and it would be highly salutary for the Legislature to amend the Act and to provide specifically for such policies. The fact that the contract of insurance specifies a limitation period of one year from loss did not oust the longer limitation period in Part 2 because s. 3(a) of the Act does not permit the insurer to substitute contractually harsher terms than those provided in Part 2.

Cases Cited

Referred to: *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 198; *Churchland v. Gore Mutual Insurance Co.* (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, ss. 3(a), 119, statutory condition 14.
Insurance Act, S.B.C. 1925, c. 20, s. 2 "fire insurance".
Insurance Act Amendment Act, 1935, S.B.C. 1935, c. 38, s. 2 "fire insurance".
Insurance Act Amendment Act, 1938, S.B.C. 1938, c. 24, s. 3.
Insurance Act Amendment Act, 1957, S.B.C. 1957, c. 31, s. 7.
Insurance Classes Regulation, B.C. Reg. 337/90, s. 2 "fire insurance".

Authors Cited

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Rendall, James A. Annotation to *Briggs v. B.C.A.A. Insurance Co.* (1990), 40 C.C.L.I. 282.
 Rendall, James A. "Case Comment: *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.*: A Revisitation" (1995), 28 C.C.L.I. (2d) 220.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le délai de prescription de la partie 2 s'applique et la demande de l'assurée n'est pas prescrite.

Ni le libellé de l'art. 119 de la partie 5, ni l'historique de cette disposition n'appuient la conclusion que le législateur voulait qu'une police multirisque relève de la partie 5. Caser ces polices dans cette partie n'est possible qu'au prix d'une interprétation forcée et de résultats incongrus. L'article 119, malgré les modifications qui lui ont été apportées, repose sur le paradigme désuet des catégories distinctes de polices d'assurance et ne peut pas régir les polices multirisques modernes d'une manière cohérente. Étant donné que la police de l'assurée n'appartient pas à une catégorie précise, elle relève de la partie 2. Toutefois, la partie 2 ne constitue pas une solution idéale en ce qui concerne les polices multirisques et il serait très salutaire que le législateur modifie la Loi pour assujettir expressément ces polices à des dispositions précises. Le fait de stipuler dans le contrat un délai de prescription de un an à compter de la date du sinistre n'écarte pas l'application du délai de prescription plus long fixé par la partie 2, car l'al. 3a) de la Loi ne permet pas à l'assureur de substituer des conditions plus sévères à celles prévues par la partie 2.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dressew Supply Ltd. c. Laurentian Pacific Insurance Co.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 198; *Churchland c. Gore Mutual Insurance Co.* (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 3a), 119, condition légale 14.
Insurance Act, S.B.C. 1925, ch. 20, art. 2 « fire insurance ».
Insurance Act Amendment Act, 1935, S.B.C. 1935, ch. 38, art. 2 « fire insurance ».
Insurance Act Amendment Act, 1938, S.B.C. 1938, ch. 24, art. 3.
Insurance Act Amendment Act, 1957, S.B.C. 1957, ch. 31, art. 7.
Insurance Classes Regulation, B.C. Reg. 337/90, art. 2 « fire insurance ».

Doctrine citée

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1991.
 Rendall, James A. Annotation to *Briggs v. B.C.A.A. Insurance Co.* (1990), 40 C.C.L.I. 282.
 Rendall, James A. « Case Comment : *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.* : A Revisitation » (1995), 28 C.C.L.I. (2d) 220.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 202 D.L.R. (4th) 235, 92 B.C.L.R. (3d) 26, 156 B.C.A.C. 58, [2001] I.L.R. ¶I-4009, [2001] B.C.J. No. 1517 (QL), 2001 BCCA 469, supplementary reasons (2002), 210 D.L.R. (4th) 562, 99 B.C.L.R. (3d) 195, 165 B.C.A.C. 247, [2002] B.C.J. No. 509 (QL), 2002 BCCA 176, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 18 C.C.L.I. (3d) 196, [2000] I.L.R. ¶I-3839, [2000] B.C.J. No. 833 (QL), 2000 BCSC 673. Appeal allowed.

Michael G. Armstrong and Janet E. Currie, for the appellant.

Donald W. Yule, Q.C., and *Alex Sayn-Wittgenstein*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

The appellant owned a hotel. On June 6, 1997, the hotel was damaged by fire. The appellant made a claim for the loss under its insurance policy. The insurer took the position that the claim had not been brought within the applicable limitation period. The British Columbia Supreme Court dismissed the appellant's action: (2000), 18 C.C.L.I. (3d) 196, 2000 BCSC 673. The Court of Appeal upheld this decision: (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 26, 2001 BCCA 469, supplementary reasons (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 195, 2002 BCCA 176. The litigants now find themselves seeking final resolution before the Supreme Court of Canada.

The source of all the confusion, and the consequent delay and expense, is the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226. It is unclear. The insurer argues that the applicable limitation period is one year from the date of the loss, according to statutory condition 14 of Part 5, the Fire Insurance Part. The insured, by contrast, argues that this all-risks policy does not fit under Part 5, and

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 202 D.L.R. (4th) 235, 92 B.C.L.R. (3d) 26, 156 B.C.A.C. 58, [2001] I.L.R. ¶I-4009, [2001] B.C.J. No. 1517 (QL), 2001 BCCA 469, avec motifs supplémentaires (2002), 210 D.L.R. (4th) 562, 99 B.C.L.R. (3d) 195, 165 B.C.A.C. 247, [2002] B.C.J. No. 509 (QL), 2002 BCCA 176, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 18 C.C.L.I. (3d) 196, [2000] I.L.R. ¶I-3839, [2000] B.C.J. No. 833 (QL), 2000 BCSC 673. Pourvoi accueilli.

Michael G. Armstrong et Janet E. Currie, pour l'appelante.

Donald W. Yule, c.r., et *Alex Sayn-Wittgenstein*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

L'appelante était propriétaire d'un hôtel. Le 6 juin 1997, l'hôtel a été endommagé par un incendie. L'appelante a présenté une demande afin d'être indemnisée en vertu de sa police d'assurance. L'assureur a prétendu que la demande n'avait pas été présentée avant l'expiration du délai de prescription applicable. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'action de l'appelante : (2000), 18 C.C.L.I. (3d) 196, 2000 BCSC 673. La Cour d'appel a confirmé cette décision : (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 26, 2001 BCCA 469, motifs supplémentaires (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 195, 2002 BCCA 176. Les parties demandent maintenant à la Cour suprême du Canada de trancher l'affaire de façon définitive.

C'est l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 226 (la « Loi »), qui a causé toute cette confusion, ainsi que le retard et les frais qui en ont découlé. Cette loi n'est pas claire. L'assureur prétend que le délai de prescription applicable est de un an à compter de la date du sinistre, selon la condition légale 14 de la partie 5 de la Loi, qui régit l'assurance incendie. L'assurée, par contre, prétend que sa

falls instead under the general provisions of Part 2, where the limitation period is one year from filing proof of loss. On the first reading, the appellant's claim is out of time. On the second, it may proceed.

3 The *Insurance Act* was passed in 1925 (S.B.C. 1925, c. 20). Despite repeated housekeeping amendments, it remains essentially unchanged. It was designed for a world where insurers issued policies geared to specific risks and subjects, such as fire insurance, theft insurance, business loss insurance, and so on. Accordingly, it lays down rules, including limitation periods, based on different and discrete categories of insurance.

4 Insurance practices, by contrast, have changed. A dominant policy in today's world is the "all-risks" or "multi-peril" policy, which covers a panoply of perils. This is good for consumers. It minimizes the number of policies they need to buy and ensures comprehensive coverage at lower cost. But it is bad when legal issues arise. The outmoded category-based Act contains rules based on the old classes of insurance. The newer comprehensive policies are difficult if not impossible to fit into the old categories. The result is continued uncertainty about what rules apply. Claims stall. Litigation ensues. Courts struggle with tortuous alternative interpretations. The rulings that have emerged have been likened to a "judicial lottery": Professor J. A. Rendall, Annotation to *Briggs v. B.C.A.A. Insurance Co.* (1990), 40 C.C.L.I. 282, at p. 288 (commenting on B.C. case law prior to *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 198 (C.A.)).

5 It would be highly salutary for the Legislature to revisit these provisions and indicate its intent with respect to all-risks and multi-peril policies. In the meantime, the task of resolving disputes arising

police tous risques ne relève pas de la partie 5, mais plutôt des dispositions générales de la partie 2, qui prévoit un délai de prescription de un an à compter de la présentation de la preuve de sinistre. Selon la première hypothèse, la demande de l'appelante est prescrite. Selon la deuxième, elle peut être instruite.

La Loi a été adoptée en 1925 (S.B.C. 1925, ch. 20). Malgré les nombreuses modifications d'ordre administratif qu'elle a subies, elle est demeurée inchangée pour l'essentiel. Elle a été conçue pour un monde dans lequel les assureurs établissent des polices en fonction de risques et d'objets précis, comme l'assurance incendie, l'assurance vol, l'assurance contre les pertes d'entreprise, etc. Par conséquent, la Loi établit des règles, notamment des délais de prescription, en fonction de différentes catégories d'assurance bien distinctes.

Or, les pratiques dans le domaine des assurances ont changé. Aujourd'hui, l'assurance « tous risques » ou « risques divers », qui couvre une panoplie de risques, prédomine. Ce type d'assurance comporte des avantages pour les consommateurs. Il réduit grandement le nombre de polices qu'ils doivent souscrire et leur procure une couverture complète à moindre coût. Par contre, il est désavantageux en cas de litige. La Loi désuète, fondée sur des catégories, contient des règles fondées sur les anciennes catégories d'assurance. Il est difficile, voire impossible, de classer les nouvelles polices multirisques dans les anciennes catégories. Par conséquent, on ne sait jamais quelles règles s'appliquent. Les demandes d'indemnité stagnent. Des litiges s'ensuivent. Les tribunaux sont aux prises avec différentes interprétations tortueuses. Les décisions qui en résultent ont été comparées à une [TRADUCTION] « loterie judiciaire » : professeur J. A. Rendall, Annotation to *Briggs v. B.C.C.A. Insurance Co.* (1990), 40 C.C.L.I. 282, p. 288 (commentant la jurisprudence de la Colombie-Britannique antérieure à l'arrêt *Dressew Supply Ltd. c. Laurentian Pacific Insurance Co.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 198 (C.A.)).

Il serait très salutaire que le législateur revoic ces dispositions et qu'il précise son intention en ce qui concerne les polices tous risques et les polices multirisques. Entre-temps, c'est aux tribunaux

from this disjunction between insurance law and practice falls to the courts. Brown and Menezes lament: “Surely there can be little which is less productive, or more wasteful, than litigation about such technicalities”: C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 16. I wholeheartedly agree.

The comprehensive policy at issue on this appeal cannot be shoehorned into the Part 5 fire insurance section without contrived reconstruction and anomalous consequences. It simply does not fit. Consequently, it cannot be said that the Legislature intended the Fire Insurance provisions to govern. It follows that comprehensive policies are governed by Part 2, which is of general application. Accordingly, we conclude that the limitation period of one year from filing proof of loss applies, and that the appellant’s claim is not statute-barred.

II. Analysis

The result in this case depends on whether KP Pacific’s policy falls within Part 5 of the *Insurance Act*, governing fire insurance, or within Part 2, the general part. If the policy falls within Part 5, the appellant is out of time. If not, it may pursue its claim. Which Part applies depends on how one reads the Act. To attempt to understand the Act’s provisions, one must trace its history.

In 1925 British Columbia consolidated a number of laws into the *Insurance Act*. The Act defined fire insurance simply as “insurance against loss of or damage to property in the Province, or in transit therefrom or thereto, caused by fire, lightning, or explosion, [including] sprinkler-leakage insurance”: *Insurance Act*, S.B.C. 1925, c. 20, s. 2. In 1935 the definition was amended to add the qualification that the fire insurance must not be “incidental to some other class of insurance defined by or under this Act”: *Insurance Act Amendment Act, 1935*, S.B.C. 1935, c. 38, s. 2. Fire insurance was seen as a

qu’incombe la tâche de régler les litiges qui découlent de la discordance entre la législation et la pratique en matière d’assurance. Brown et Menezes se plaignent qu’[TRADUCTION] « [i]l n’y a sûrement rien de moins productif ou de plus inutile qu’un litige portant sur de tels aspects techniques » : C. Brown et J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1991), p. 16. Je suis entièrement d’accord avec eux.

Caser la police multirisque en cause dans la catégorie visée par la partie 5 de la Loi, qui régit l’assurance incendie, n’est possible qu’au prix d’une interprétation forcée et de résultats incongrus. Elle n’entre tout simplement pas dans cette catégorie. Ainsi, on ne peut prétendre que le législateur a voulu que les dispositions régissant l’assurance incendie s’appliquent. Les polices multirisques sont donc régies par la partie 2, qui est d’application générale. Par conséquent, nous concluons que le délai de prescription applicable est de un an à compter du dépôt de la preuve de sinistre et que la demande de l’appelante n’est pas prescrite.

II. Analyse

L’issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si la police détenue par KP Pacific relève de la partie 5 de la Loi, qui régit l’assurance incendie, ou de la partie 2, qui édicte les règles d’application générale. Si la police relève de la partie 5, l’appelante n’a pas agi dans le délai imparti. Dans le cas contraire, l’appelante peut faire valoir sa demande. La question de savoir quelle partie s’applique dépend de la façon dont on interprète la Loi. Pour comprendre les dispositions de la Loi, il faut d’abord en retracer l’historique.

En 1925, la Colombie-Britannique a refondu un certain nombre de lois dans l’*Insurance Act*. Cette loi définissait l’assurance incendie simplement comme [TRADUCTION] « une assurance contre les pertes et les dommages matériels, causés à des biens qui sont situés dans la province ou en transit en provenance ou à destination de la province, résultant d’un incendie, de la foudre ou d’une explosion, [y compris] l’assurance contre les fuites d’extincteurs automatiques » : *Insurance Act*, S.B.C. 1925, ch. 20, art. 2. En 1935, cette définition a été modifiée par l’ajout d’une réserve selon laquelle l’assurance incendie

6

7

8

discrete class of insurance, dealing exclusively or primarily with loss due to fire. The Fire Insurance Part of the Act accordingly seemed to be confined to strict fire insurance policies.

9

In 1938 the Act was amended to include the possibility that the Fire Insurance Part of the Act could apply to fire insurance policies that also included other risks. This provision, still found in s. 119 of the Act, provides that “[t]his Part applies to insurers carrying on the business of fire insurance and to contracts of fire insurance, whether or not a contract includes insurance against other risks as well as the risks included in the expression ‘fire insurance as defined by this Act’”: *Insurance Act Amendment Act, 1938*, S.B.C. 1938, c. 24, s. 3 (emphasis added). No other province adopted this particular language. Why British Columbia made this change is unclear. Perhaps it was designed to reflect the fact that fire insurance policies also might cover incidental risks, such as water damage from fire. It seems unlikely that the reason for the amendment was to respond to the multi-peril policy, which was not yet prevalent.

10

In 1957, in concert with other provinces, the Legislature amended the Act to exclude certain contracts of insurance from the Fire Insurance Part, Part 5, namely contracts of theft insurance (now s. 119(a)), loss of profits insurance (now s. 119(b)), and policies “[w]here the peril of fire is an incidental peril to the coverage provided” (now s. 119(c)): *Insurance Act Amendment Act, 1957*, S.B.C. 1957, c. 31, s. 7. Updated by further exclusions, the present s. 119 reads as follows:

ne devait pas être [TRADUCTION] « accessoire à une autre catégorie d’assurance définie ou régie par la présente Loi » : *Insurance Act Amendment Act, 1935*, S.B.C. 1935, ch. 38, art. 2. L’assurance incendie était considérée comme une catégorie distincte d’assurance, qui portait exclusivement ou principalement sur les pertes causées par un incendie. La partie de la Loi traitant de l’assurance incendie semblait donc limitée aux polices d’assurance incendie au sens strict.

En 1938, la Loi a été modifiée afin que la partie de la Loi régissant l’assurance incendie puisse s’appliquer aux polices d’assurance incendie qui incluent une protection contre d’autres risques. Cette disposition, que l’on retrouve toujours à l’art. 119 de la Loi, prévoit que [TRADUCTION] « [l]a présente partie s’applique aux assureurs qui offrent de l’assurance incendie et aux contrats d’assurance incendie, peu importe qu’un contrat inclue une protection contre d’autres risques en plus des risques compris dans l’expression « assurance incendie » telle qu’elle est définie dans la présente loi » : *Insurance Act Amendment Act, 1938*, S.B.C. 1938, ch. 24, art. 3 (je souligne). Aucune autre province n’a adopté une disposition ainsi libellée. On ne sait trop pourquoi la Colombie-Britannique a apporté cette modification. Peut-être était-ce pour tenir compte de la possibilité que les polices d’assurance incendie accordent également une protection contre les risques accessoires, comme les dommages causés par l’eau à la suite d’un incendie. Il semble peu probable que cette modification ait visé à régler le sort de la police risques divers, qui n’était pas encore très répandue.

En 1957, de concert avec d’autres provinces, le législateur a modifié la Loi de manière à exclure certains contrats d’assurance de la partie 5, qui porte sur l’assurance incendie, savoir les contrats d’assurance contre le vol (maintenant l’al. 119a)), les contrats d’assurance contre les pertes de bénéfice (maintenant l’al. 119b)) et les polices dans lesquelles [TRADUCTION] « le risque d’incendie constitue un risque accessoire à la couverture fournie » (maintenant l’al. 119c)) : *Insurance Act Amendment Act, 1957*, S.B.C. 1957, ch. 31, art. 7. À la suite de certaines mises à jour qui ont établi d’autres exceptions, l’art. 119 est maintenant rédigé comme suit :

This Part applies to insurers carrying on the business of fire insurance and to contracts of fire insurance, whether or not a contract includes insurance against other risks as well as the risks included in the expression “fire insurance” as defined by this Act, except

- (a) contracts of insurance falling within the classes of aircraft, automobile, boiler and machinery, inland transportation, marine, plate glass, sprinkler leakage and theft insurance,
- (b) if the subject matter of the contract of insurance is rents, charges or loss of profits,
- (c) if the peril of fire is an incidental peril to the coverage provided, or
- (d) if the subject matter of the insurance is property that is insured by an insurer or a group of insurers primarily as a nuclear risk under a policy covering against loss of or damage to the property resulting from nuclear reaction or nuclear radiation and from other perils.

Section 119 maintains a classification approach to the applicability of Part 5. Fire insurance is defined by reference to the regulations, now Regulation 337: *Insurance Classes Regulation*, B.C. Reg. 337/90, s. 2. The 1938 clause introduces the idea that the Part may apply where the policy insures other risks, suggesting that an all-risks policy might fall within this Part. However, the exceptions that follow in s. 119(a) all refer to classes of insurance or incidents of those classes as defined in Regulation 337. The result is a section that defines the contents of Part 5 on the basis of a definition of fire insurance as a narrow discrete class, tantalizingly amplifies it to include other risks, and then ratchets it back by a series of class-based exclusions.

How, if at all, does an all-risks policy penetrate the tangled historical thicket that guards entry to Part 5? It does not enter through the initial definition of fire insurance in Regulation 337, which

[TRADUCTION] La présente partie s’applique aux assureurs qui offrent de l’assurance incendie et aux contrats d’assurance incendie, peu importe qu’un contrat inclue une protection contre d’autres risques en plus des risques compris dans l’expression « assurance incendie » telle qu’elle est définie dans la présente loi, sauf lorsque, selon le cas :

- a) l’assurance entre dans les catégories d’assurance aéronefs, d’assurance automobile, d’assurance des chaudières et machines, d’assurance de transport terrestre, d’assurance maritime, d’assurance contre le bris des glaces, d’assurance contre les fuites d’extincteurs automatiques et d’assurance vol;
- b) l’objet de l’assurance est un loyer, une charge ou une perte de bénéfice;
- c) le risque d’incendie constitue un risque accessoire à la couverture fournie;
- d) l’objet de l’assurance est un bien assuré par un assureur ou un groupe d’assureurs, principalement comme risque nucléaire, en vertu d’une police couvrant ce bien contre les pertes ou les dommages matériels résultant de réactions ou de radiations nucléaires, ainsi que d’autres risques.

L’article 119 conserve la méthode des catégories comme critère d’application de la partie 5. L’assurance incendie est définie par renvoi au règlement, maintenant le règlement 337 : *Insurance Classes Regulation*, B.C. Reg. 337/90, art. 2. La disposition édictée en 1938 introduit l’idée que cette partie peut s’appliquer lorsque la police inclut une protection contre d’autres risques, ce qui laisse croire qu’une police tous risques pourrait relever de cette partie. Toutefois, les exceptions mentionnées à l’al. 119a) renvoient toutes à des catégories d’assurance définies dans le règlement 337 ou à des éléments accessoires à ces catégories. Il en résulte une disposition qui fixe le contenu de la partie 5 en définissant d’abord l’assurance incendie comme une catégorie distincte étroite, puis en faisant miroiter un élargissement de cette définition par l’inclusion d’autres risques, pour finalement la restreindre à nouveau par l’ajout d’une série d’exceptions fondées sur l’appartenance à une catégorie.

Comment, le cas échéant, une police tous risques réussit-elle à se faufiler à travers l’embrouillamini historique qui restreint l’accès à la partie 5? Ce ne peut être par application de la définition initiale de

says that “‘fire insurance’ means insurance against loss of or damage to the property insured caused by fire, lightning, smoke or explosion due to ignition, and includes sprinkler leakage insurance”. The only point of entry for an all-risks policy is the 1938 clause, not found in any other province’s legislation, that says Part 5 applies “whether or not a contract includes insurance against other risks as well as the risks included in” the definition of fire insurance. As noted above, it seems unlikely this phrase was intended to embrace modern multi-peril policies. However, even if the phrase is thus extended, it fits ill with s. 119’s class-based structure, as becomes apparent when we come to the specific exclusions. The question is simple to put but difficult to answer: If the 1938 phrase brings modern multi-peril policies into Part 5, how much of them is then taken out by the exceptions?

13 Much ink has been spilled on the interpretation of these exceptions and what precisely they remove from Part 5. Sadly, little certainty has emerged. The debate reveals different levels of uncertainty. The first uncertainty is whether one element of a policy falling within an exclusion removes the entire policy from Part 5, or only removes the excluded element. Different courts have answered the question differently. Before us, all parties agreed that an approach that chops the policy up, with some elements in Part 5 and other elements outside, is unworkable. This leaves, however, the anomaly that a minor excluded element can propel an entire policy out of Part 5.

14 The second level of uncertainty relates to how one interprets the exclusions in s. 119. One approach is to read them as referring to the nature of the loss or peril that actually occurs. Thus, if the event that

l’assurance incendie énoncée dans le règlement 337, c’est-à-dire qu’elle n’est pas une [TRADUCTION] « assurance contre les dommages causés aux biens assurés ou leur perte, résultant du feu, de la foudre, de la fumée ou d’une explosion due à la combustion, y compris l’assurance contre les fuites d’extincteurs automatiques ». La seule possibilité d’inclusion de la police tous risques est la disposition édictée en 1938, qui ne figure dans la législation d’aucune autre province et qui précise que la partie 5 s’applique [TRADUCTION] « peu importe qu’un contrat inclue une protection contre d’autres risques en plus des risques compris dans » la définition d’assurance incendie. Comme je l’ai souligné plus haut, il semble peu probable que ces termes aient eu pour but d’englober les polices multirisques modernes. Toutefois, même si on leur attribue cette portée étendue, on se rend compte, lorsqu’on arrive aux exceptions particulières, qu’ils ne cadrent toujours pas avec la structure fondée sur des catégories de l’art. 119. La question est facile à énoncer, mais il est difficile d’y répondre : si les polices multirisques modernes relèvent de la partie 5 par application de la disposition édictée en 1938, combien y sont soustraites par application des exceptions?

Les juges ont beaucoup écrit sur la façon d’interpréter ces exceptions et sur ce qu’elles excluent précisément de la partie 5. Malheureusement, une grande incertitude subsiste. Le débat révèle les différents aspects de cette incertitude. Premièrement, est-ce que la police qui comporte un élément visé par une exception sera soustraite en entier à l’application de la partie 5 ou est-ce que seul l’élément en cause le sera? La réponse à cette question varie selon les tribunaux. Toutes les parties ont convenu devant nous qu’une méthode qui morcellerait la police de façon à inclure certains éléments dans la partie 5 et à en exclure d’autres est impraticable. Une anomalie demeure toutefois, car l’exclusion d’un élément sans grande importance peut avoir pour effet de soustraire la police toute entière à l’application de la partie 5.

Deuxièmement, comment doit-on interpréter les exceptions prévues à l’art. 119? Une méthode consiste à les interpréter comme renvoyant à la nature de la perte qui survient ou du risque qui se réalise.

triggers the claim is theft, an all-risks policy is removed from Part 5 by the operation of s. 119(a), which excludes theft insurance. This approach seems unworkable, since what rules govern a policy depends on one's *ex post* characterization of the triggering event. Another approach is to hold that if the non-fire aspects of the coverage are merely incidental, the policy stays within Part 5; if they are more dominant, the policy is removed from Part 5 and comes under Part 2. This approach requires ranking the perils covered in an all-risks policy to determine which are primary and which are incidental. This, in turn, has spawned a third view: that in a multi-peril policy, all risks covered are incidental to the coverage provided, with the result that all multi-peril policies are propelled out of Part 5 and into Part 2: *Dressew, supra*. Yet, detractors point out that this seems to change the common meaning of the word "incidental", which connotes a primary-secondary distinction, and that if there is no hierarchy of perils, they should all be considered co-equal, rather than "incidental" under s. 119(c).

Still other problems emerge when we try to force comprehensive policies into s. 119. Some losses covered by comprehensive policies, such as business losses, may be difficult to assess within the limitation period of one year from the date of the precipitating event, in this case fire. Further confusion arises from the fact that some of the enumerated exclusions seem to be internally inconsistent with the general grant. For example, fire insurance is defined in the regulations as including the risk of sprinkler leakage. Yet, s. 119(a) specifically excludes sprinkler leakage insurance from the Fire Insurance Part. How this can be so remains a mystery.

None of the proposed solutions for deciding whether or not a given multi-peril policy comes

Par conséquent, si l'événement déclencheur de la demande d'indemnité est un vol, la police tous risques est soustraite à l'application de la partie 5 en vertu de l'al. 119a), qui exclut l'assurance contre le vol. Cette méthode semble impraticable, car la question de savoir quelles règles régissent une police dépend alors de la qualification à posteriori de l'événement déclencheur. Selon une autre méthode, la police relève de la partie 5 si les aspects de la couverture qui n'ont pas trait à l'incendie sont simplement accessoires, et elle relève plutôt de la partie 2 si ces aspects sont essentiels. Pour appliquer cette méthode, il faut classer les risques inclus dans une police tous risques pour déterminer lesquels sont essentiels et lesquels sont simplement accessoires. Cette méthode a engendré, à son tour, un troisième point de vue : dans une police multirisque, les risques inclus sont tous accessoires à la couverture fournie, de sorte que toutes les polices multirisques sont exclues de la partie 5 et relèvent de la partie 2 : *Dressew, précité*. Néanmoins, des détracteurs soulignent que cette méthode semble modifier le sens ordinaire du mot « accessoire », qui évoque une distinction entre l'essentiel et l'accessoire, et qu'en l'absence d'une hiérarchie, les risques doivent tous être considérés égaux, plutôt qu'« accessoires » au sens de l'al. 119c).

D'autres problèmes surgissent encore lorsqu'on essaie de forcer l'inclusion des polices multirisques dans l'art. 119. Certaines pertes couvertes par des polices multirisques, comme les pertes d'entreprise, peuvent être difficiles à évaluer dans le délai de prescription de un an à compter de la date de l'événement déclencheur, en l'occurrence un incendie. Une confusion additionnelle résulte du fait que certaines exclusions énumérées semblent intrinsèquement contradictoires avec la règle générale. Par exemple, selon la définition qu'en donne le règlement, l'assurance incendie englobe le risque de fuites d'extincteurs automatiques. Toutefois l'al. 119a) exclut expressément l'assurance contre les fuites d'extincteurs automatiques de la partie régissant l'assurance incendie. Nul ne peut expliquer comment cela est possible.

Aucune des solutions envisagées pour décider si une police multirisque donnée relève de la partie 5

15

16

under Part 5 sits comfortably with the language of s. 119, taken in its entirety. One is driven to conclude that s. 119, despite its alterations, is based on the paradigm of discrete categories of insurance policies and is incapable of coherently addressing the modern multi-peril policy. It may have made good sense in the 1930s, when insurance was offered in discrete packages, each containing its own special type of coverage. It makes much less sense now.

17

The exclusions in s. 119 refer not to perils but to types of policies, as defined by current Regulation 337. Each of the items in s. 119(a) refers to a type of insurance defined in the Regulation. They are labeled variously, some by the class of property they cover (aircraft, automobile, boiler and machinery, plate glass); others by the activity involved (inland transportation, marine); still others by the peril (sprinkler leakage, theft). They share only this: they designate a category of insurance. Thus, s. 119(a) excludes from Part 5 policies of insurance that are not, by custom and statutory definition, fire insurance. Sections 119(b) and 119(d) likewise remove from Part 5 subject classes of insurance policies. Section 119(c) acts as a residual clause; it excludes policies not specified in (a), (b), and now (d), where fire insurance is minor or incidental in relation to the main subject of the policy. Viewed thus, all the parts of s. 119 work together.

18

If we still lived in a world where people took out different policies for each of these risks, s. 119 would still function reasonably well. The problem is that our world is quite different. Section 119 is being asked to apply to an animal it was never designed to tame — the modern multi-peril policy. Section 119 is built on the premise of discrete policies for discrete subject matters, with limited overlap. It deals with overlap and intersection by enumerated exclusions, and by the logic of what is primary and what is incidental. It may still make good sense for certain

ne cadre bien avec le libellé de l'ensemble de l'art. 119. On est porté à conclure que, malgré les modifications qui lui ont été apportées, l'art. 119 repose sur le paradigme des catégories distinctes de polices d'assurance et qu'il ne peut pas régir les polices multirisques modernes d'une manière cohérente. Une telle approche aurait pu être logique dans les années trente, lorsque l'assurance était offerte en unités distinctes, chacune comprenant son type particulier de protection. Elle est beaucoup moins logique aujourd'hui.

Les exclusions énumérées à l'art. 119 ne renvoient pas aux risques, mais plutôt aux types de polices définies par le règlement 337 actuel. Chacun des éléments de l'al. 119a) renvoie à un type d'assurance défini dans le règlement. Ces éléments sont classés de diverses manières : certains le sont selon la catégorie de biens visés par l'assurance (aéronefs, automobile, chaudières et machines, glaces); d'autres selon l'activité concernée (transport terrestre, assurance maritime); d'autres encore d'après le risque (fuite d'extincteurs automatiques, vol). Ils n'ont que ceci en commun : ils désignent une catégorie d'assurance. Par conséquent, l'al. 119a) exclut de la partie 5 les polices d'assurance qui, selon la coutume et la définition légale, ne constituent pas des polices d'assurance incendie. De même, les al. 119b) et d) excluent de la partie 5 certaines catégories de polices fondées sur l'objet de l'assurance. L'alinéa 119c) sert de clause résiduelle; il exclut les polices qui ne sont pas mentionnées aux al. a), b), et maintenant d), dans lesquelles l'assurance incendie est peu importante ou encore accessoire par rapport à l'objet principal de la police. De ce point de vue, les dispositions de l'art. 119 forment un tout.

Si nous vivions encore dans un monde où les gens souscrivent des polices différentes pour chacun de ces risques, l'art. 119 fonctionnerait encore assez bien. Le problème est que notre monde a changé. On voudrait que l'art. 119 s'applique à une réalité pour laquelle il n'a jamais été conçu — la police multi-risque moderne. L'article 119 repose sur le principe des polices distinctes pour des objets distincts, sans chevauchement important. Il règle les cas de chevauchement et de recoupement en énumérant des exceptions et en faisant appel à la simple logique

multiple subject-matter policies, where these are fairly limited in scope, and where the subject matters can be readily identified and ranked. But when applied to broader multi-risk policies, it fails.

I conclude that s. 119 can be applied to comprehensive policies only at the costs of contrived reinterpretation and anomalous consequences. Whatever interpretation one seeks to put on Part 5's terms, however one struggles to apply it to this policy, one ends by acknowledging inconsistency. I cannot conclude either from the language of s. 119 or its history that the Legislature intended a multi-risk policy such as this one to fall within Part 5 with all the attendant consequences, including a shortened limitation period. It follows that this policy, like any other policy that does not fit into a specific category, is governed by Part 2, the section of general application.

We come to this conclusion fully aware that the general provisions of Part 2 may not represent an ideal solution for multi-risk comprehensive policies. Professor Rendall has observed that “[i]t may well be thought that Pt. 2 is a more primitive regulatory code than Pt. 6 [now Part 5], less adequate as a scheme of regulation”: J. A. Rendall, “Case Comment: *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.: A Revisitation*” (1995), 28 C.C.L.I. (2d) 220, at p. 235. On the other hand, in *Churchland v. Gore Mutual Insurance Co.* (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470, Finch J.A. commented that Part 5, on balance, is “unfavourable to insureds” (para. 61). To repeat, it is our hope that legislators will rectify the situation by amending the *Insurance Act* to provide specifically for comprehensive policies. In an insurance era dominated by comprehensive policies, it is imperative that Canada’s Insurance Acts specifically and unambiguously address how these statutes are to operate and the rules by which comprehensive policies are to be governed.

de la distinction entre l’essentiel et l’accessoire. Il convient peut-être encore à certaines polices qui ont plusieurs objets, faciles à classer et à identifier, et qui ont une portée est assez limitée. Cependant, il ne fonctionne pas lorsqu’on l’applique à des polices multirisques de portée plus étendue.

Je conclus qu’on ne peut appliquer l’art. 119 aux polices multirisques qu’au prix d’une interprétation forcée et de résultats incongrus. Peu importe l’interprétation que l’on tente d’attribuer à la partie 5 et les efforts que l’on déploie pour l’appliquer à la présente police, un constat d’incohérence s’impose en bout de ligne. Je ne puis conclure, que ce soit à partir du libellé de l’art. 119 ou de son historique, que le législateur voulait qu’une police multirisque comme celle en cause ici relève de la partie 5, avec toutes les conséquences qui s’ensuivent, dont l’application d’un délai de prescription plus court. Par conséquent, comme toutes les polices qui n’appartiennent pas à une catégorie précise, cette police relève de la partie 2, d’application générale.

Nous tirons cette conclusion en étant bien conscients que les dispositions générales de la partie 2 ne constituent peut-être pas une solution idéale en ce qui concerne les polices multirisques. Le professeur Rendall souligne : [TRADUCTION] « On peut très bien estimer que la partie 2 constitue un code de réglementation plus primitif que la partie 6 [maintenant la partie 5], qu’elle convient moins bien comme régime réglementaire » : (J. A. Rendall, « Case Comment : *Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co. : A Revisitation* » (1995), 28 C.C.L.I. (2d) 220, p. 235. Par contre, dans *Churchland c. Gore Mutual Insurance Co.* (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470, le juge Finch a exprimé l’opinion que, tout compte fait, la partie 5 est [TRADUCTION] « défavorable aux assurés » (par. 61). Encore une fois, nous espérons que les législateurs corrigeront la situation en modifiant la Loi pour assujettir expressément les polices multirisques à des dispositions précises. À une époque où les polices multirisques prédominent dans le monde de l’assurance, il est impérieux que les différentes lois sur les assurances en vigueur au Canada précisent clairement de quelle façon elles fonctionnent et quelles règles appliquer aux polices multirisques.

19

20

21

This leaves the insurer's alternative argument that even if Part 2 applies, the fact that the contract of insurance specifies a limitation period of one year from loss ousts the longer limitation period in Part 2. I cannot accept this argument. The issue is governed by s. 3(a) of the Act, which provides:

This Part has effect, despite any law or contract to the contrary, except that

- (a) if any section or statutory condition contained in Part 3, 4, 5, 6 or 7 is applicable and deals with a subject matter that is the same as or similar to any subject matter dealt with by this Part, this Part does not apply

This provision does not permit the insurer to substitute harsher terms than those provided in Part 2. The plain language of the section indicates the Legislature's intent that the provisions in Part 2 operate as a floor of protection beneath which insurance contracts cannot descend. If a contract falls within one of the enumerated Parts, then that Part is engaged and provides a different floor. Otherwise, the insured is guaranteed, at a minimum, the statutory protections contained in Part 2. The insurer's attempt to argue that the shorter limitation period is more advantageous to the insured because it is more certain verges on the disingenuous.

III. Conclusion

22

I would allow the appeal and direct that the claim proceed to trial. The appellant shall have its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Armstrong & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Guild, Yule & Company, Vancouver.

Reste l'argument subsidiaire de l'assureur selon lequel, même si la partie 2 s'applique, le fait de stipuler dans le contrat d'assurance un délai de prescription de un an à compter de la date du sinistre écarte l'application du délai de prescription plus long fixé par la partie 2. Je ne puis retenir cet argument. Cette question est régie par l'al. 3a) de la Loi qui prévoit :

[TRADUCTION] La présente partie s'applique malgré toute loi ou tout contrat à l'effet contraire, sous réserve des dispositions qui suivent :

- a) si une disposition ou une condition prescrite par la loi figurant aux parties 3, 4, 5, 6 ou 7 s'applique et porte sur un objet identique ou semblable à l'objet de la présente partie, la présente partie ne s'applique pas

Cette disposition ne permet pas à l'assureur de substituer des conditions plus sévères à celles prévues par la partie 2. Le libellé clair de l'article révèle que le législateur a voulu que les dispositions de la partie 2 servent de seuil et que les contrats d'assurance ne puissent offrir une protection moindre. Si un contrat relève de l'une des parties mentionnées, cette partie s'applique et fixe un seuil différent. Sinon, l'assuré a droit à tout le moins aux protections établies par la partie 2 de la Loi. La tentative de l'assureur de faire valoir que le délai de prescription plus court est plus avantageux pour l'assuré parce qu'il est plus certain frise la malhonnêteté.

III. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner que la demande soit instruite et d'adjuger les dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Armstrong & Company, Vancouver.

Procureurs des intimées : Guild, Yule & Company, Vancouver.

Gore Mutual Insurance Company *Appellant*

v.

**Jim Christopher Churchland and
Maria Magoloina Szalontai** *Respondents*

**INDEXED AS: CHURCHLAND v. GORE MUTUAL
INSURANCE CO.**

Neutral citation: 2003 SCC 26.

File No.: 28821.

2003: February 18; 2003: May 1.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Insurance — Multi-peril policy — Limitation period — Insureds claiming for theft under multi-peril homeowners' insurance policy — Part 6 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, Part 2, Part 6.

The insureds' residence was broken into and property was stolen. More than one year after the break-in, but less than one year after filing an amended proof of loss, the insureds brought an action against their insurer based on their multi-peril homeowners' insurance policy. The insurer took the position that the claim was statute-barred because it was not brought within the limitation period of one year from when the loss occurred as was prescribed for Fire Insurance under Part 6 (now Part 5) of the B.C. *Insurance Act*. The B.C. Supreme Court allowed the insurer's motion for dismissal of the claim. The Court of Appeal set aside that decision.

Held: The appeal should be dismissed. The limitation period in Part 2 is applicable and the insureds' claim is not statute-barred.

For the reasons set out in *KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2003] 1 S.C.R.

Gore Mutual Insurance Company *Appelante*

c.

**Jim Christopher Churchland et
Maria Magoloina Szalontai** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : CHURCHLAND c. GORE MUTUAL
INSURANCE CO.**

Référence neutre : 2003 CSC 26.

N° du greffe : 28821.

2003 : 18 février; 2003 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Assurance — Police multirisque — Délai de prescription — Demande d'indemnité en vertu d'une police de propriétaire occupant présentée par les assurés à la suite d'un vol — Partie 6 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, consécutivement, quel délai de prescription sont applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, partie 2, partie 6.

Une introduction par effraction et un vol ont été commis à la résidence des assurés. Plus d'un an après l'introduction par effraction, mais moins d'un an après le dépôt d'une preuve de sinistre modifiée, les assurés ont intenté contre leur assureur une action fondée sur leur police d'assurance de propriétaire occupant. L'assureur a prétendu que l'action était prescrite parce qu'elle n'avait pas été intentée avant l'expiration du délai de un an à compter de la date du sinistre fixé à l'égard de l'assurance incendie par la partie 6 (maintenant la partie 5) de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique (la « Loi »). La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la requête présentée par l'assureur en vue de faire rejeter la demande. La Cour d'appel a annulé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le délai de prescription de la partie 2 s'applique et la demande des assurés n'est pas prescrite.

Pour les motifs exposés dans *KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2003] 1 R.C.S.

433, 2003 SCC 25, the assumption in the B.C. *Insurance Act* that all insurance policies can be neatly classified and divided into categories based on their exclusive or primary subject-matter is no longer tenable. Given the interpretive gymnastics required to analyse a multi-peril policy under the provisions of Part 6 and the impractical consequences of applying Part 6 to comprehensive policies, such policies should be viewed as falling under the general provisions of Part 2. It would be highly salutary for the Legislature to amend the Act and to provide specifically for such policies. Section 4(a) (now s. 3(a)) of the *Insurance Act* precludes an insurer from contractually incorporating a shorter limitation period.

Cases Cited

Followed: *KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2003] 1 S.C.R. 433, 2003 SCC 25.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, ss. 4(a), 24(1), 213, statutory condition 14.

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, s. 3(a).

Insurance Classes Regulation, B.C. Reg. 337/90.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 202 D.L.R. (4th) 210, [2001] 9 W.W.R. 496, 92 B.C.L.R. (3d) 1, [2001] I.L.R. ¶I-4008, 156 B.C.A.C. 67, [2001] B.C.J. No. 1518 (QL), 2001 BCCA 470, setting aside a decision of the British Columbia Supreme Court. Appeal dismissed.

Eric A. Dolden and Barbara Murray, for the appellant.

Barbara Cornish, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE — The respondents' residence was broken into on December 16, 1991, and property was stolen. More than one year after the break-in, but less than one year after filing an amended proof of loss, the respondents brought an action against their insurer based on their homeowners' insurance policy, which covered 14 enumerated perils, including theft. The insurer took the position that the claim was statute-barred because it was not brought within the limitation period of one year

433, 2003 CSC 25, la prémisse de la Loi selon laquelle toutes les polices d'assurance peuvent être clairement classées et divisées en catégories fondées sur leur objet exclusif ou principal n'est plus défendable. Compte tenu de l'exercice d'interprétation exigé pour analyser une police multirisque en vertu des dispositions de la partie 6 et des conséquences peu pratiques de l'application de la partie 6 aux polices multirisques, ces polices devraient être considérées comme relevant des dispositions générales de la partie 2. Il serait très salutaire que le législateur modifie la Loi pour assujettir expressément ces polices à des dispositions précises. L'alinéa 4a) (maintenant l'al. 3a)) de la Loi empêche l'assureur d'intégrer un délai de prescription plus court à un contrat d'assurance.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2003] 1 R.C.S. 433, 2003 CSC 25.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, art. 4a), 24(1), 213, condition légale 14.

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 3a).

Insurance Classes Regulation, B.C. Reg. 337/90.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 202 D.L.R. (4th) 210, [2001] 9 W.W.R. 496, 92 B.C.L.R. (3d) 1, [2001] I.L.R. ¶I-4008, 156 B.C.A.C. 67, [2001] B.C.J. No. 1518 (QL), 2001 BCCA 470, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Eric A. Dolden et Barbara Murray, pour l'appelante.

Barbara Cornish, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le 16 décembre 1991, une introduction par effraction et un vol ont été commis à la résidence des intimés. Plus d'un an après l'introduction par effraction, mais moins d'un an après le dépôt d'une preuve de sinistre modifiée, les intimés ont intenté contre leur assureur une action fondée sur leur police d'assurance de propriétaire occupant, qui prévoyait une protection contre 14 risques, dont le vol. L'assureur a prétendu que l'action était prescrite parce qu'elle n'avait pas été intentée avant

from the loss occurred prescribed for Fire Insurance under Part 6 (now Part 5) of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 200. The summary trial judge dismissed the respondents' action. The Court of Appeal allowed the appeal from that decision: (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470.

More than 10 years later, the issue is still unresolved. It comes before us together with *KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2003] 1 S.C.R. 433, 2003 SCC 25. Although the relevant provisions in the 1979 Act are numbered differently than those in the 1996 Act, their wording is practically the same:

PART 2

4. This Part has effect, notwithstanding any law or contract to the contrary, except that

- (a) where any section or statutory condition contained in Part 4, 5, 6, 7 or 8 is applicable and deals with a subject matter that is the same as or similar to any subject matter dealt with by this Part, this Part does not apply

24. (1) Every action on a contract shall be commenced within one year after the furnishing of reasonably sufficient proof of a loss or claim under the contract and not after.

PART 6

213. This Part applies to insurers carrying on the business of fire insurance and to contracts of fire insurance, whether or not a contract includes insurance against other risks as well as the risks included in the expression "fire insurance" as defined by this Act, except

- (a) contracts of insurance falling within the classes of aircraft, automobile, boiler and machinery, inland transportation, marine, plate glass, sprinkler leakage and theft insurance;

- (b) where the subject matter of the contract of insurance is rents, charges or loss of profits;

l'expiration du délai de un an à compter de la date du sinistre, fixé par la partie 6 (maintenant la partie 5) de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 200 (la « Loi »), qui traite de l'assurance incendie. Le juge qui a présidé l'instruction sommaire a rejeté l'action des intimés. La Cour d'appel a accueilli l'appel de cette décision : (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470.

Plus de 10 ans se sont écoulés et le problème n'est toujours pas réglé. Cette affaire nous est soumise concurremment avec l'affaire *KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2003] 1 R.C.S. 433, 2003 CSC 25. Bien que les dispositions pertinentes ne soient pas numérotées de la même façon dans la Loi de 1979 que dans la Loi de 1996, leur libellé n'a presque pas changé :

[TRADUCTION]

PARTIE 2

4. La présente partie s'applique malgré toute loi ou tout contrat à l'effet contraire, sous réserve des dispositions qui suivent :

- (a) si un article ou une condition prescrite par la loi figurant aux parties 4, 5, 6, 7 ou 8 s'applique et porte sur une question identique ou semblable à une question dont traite la présente partie, la présente partie ne s'applique pas . . .

24. (1) Toute action fondée sur un contrat doit être intentée dans un délai de un an à compter de la présentation d'une preuve de sinistre raisonnablement suffisante ou d'une demande d'indemnisation en vertu du contrat.

PARTIE 6

213. La présente partie s'applique aux assureurs qui offrent de l'assurance incendie et aux contrats d'assurance incendie, peu importe qu'un contrat inclue une protection contre d'autres risques en plus des risques compris dans l'expression « assurance incendie » telle qu'elle est définie dans la présente loi, sauf lorsque, selon le cas :

- (a) l'assurance entre dans les catégories d'assurance aéronefs, d'assurance automobile, d'assurance des chaudières et machines, d'assurance de transport terrestre, d'assurance maritime, d'assurance contre le bris des glaces, d'assurance contre les fuites d'extincteurs automatiques et d'assurance vol;

- (b) l'objet de l'assurance est un loyer, une charge ou une perte de bénéfice;

(c) where the peril of fire is an incidental peril to the coverage provided; or

(d) where the subject matter of the insurance is property that is insured by an insurer or a group of insurers primarily as a nuclear risk under a policy covering against loss of or damage to the property resulting from nuclear reaction or nuclear radiation and from other perils.

STATUTORY CONDITIONS

14. Every action or proceeding against the insurer for the recovery of any claim under or by virtue of this contract shall be absolutely barred unless commenced within one year next after the loss or damage occurs.

3 As in *KP Pacific*, the outcome of this dispute depends on whether one characterizes the respondents' multi-peril policy as a policy of Fire Insurance under Part 6 of the Act (now Part 5). If it is Fire Insurance, then the shorter limitation period applies. If it is not Fire Insurance, then the policy is governed by Part 2 of the Act, which provides for a longer limitation period.

4 As I set out in more detail in my reasons in *KP Pacific*, the *Insurance Act* is based on the assumption that insurance policies can be neatly classified and divided into categories based on their exclusive or primary subject matter. This assumption is reflected in Regulation 337, which defines fire insurance, theft insurance, business loss insurance, and so on: *Insurance Classes Regulation*, B.C. Reg. 337/90. The basic problem, which cries out for resolution by the Legislature, is that this assumption is no longer tenable. All-risks and multi-peril policies, such as those taken out by the insureds in these cases, are now commonplace. The interpretive gymnastics required to analyse a multi-peril policy under Part 6's provisions and the impractical consequences of applying Part 6 to comprehensive policies lead me to conclude that such policies should be viewed as falling under the general provisions of Part 2.

5 Also for the reasons elaborated in *KP Pacific*, I would find that s. 4(a) of the Act (now R.S.B.C. 1996, c. 226, s. 3(a)) precludes the insurer from

(c) le risque d'incendie constitue un risque accessoire à la couverture fournie;

(d) l'objet de l'assurance est un bien assuré par un assureur ou un groupe d'assureurs, principalement comme risque nucléaire, en vertu d'une police couvrant ce bien contre les pertes ou les dommages matériels résultant de réactions ou de radiations nucléaires, ainsi que d'autres risques.

CONDITIONS LÉGALES

14. Toute action ou procédure intentée contre l'assureur en paiement d'une demande d'indemnité présentée en vertu de la présente police est irrecevable si elle n'est pas intentée dans un délai de un an à compter de la perte ou du sinistre.

Comme dans *KP Pacific*, l'issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si la police multirisque des intimés est considérée comme une police d'assurance incendie régie par la partie 6 (maintenant la partie 5) de la Loi. S'il s'agit d'une assurance incendie, le délai de prescription le plus court s'applique. Sinon, la police est régie par la partie 2 de la Loi, qui prévoit un délai de prescription plus long.

Comme je l'ai déjà exposé plus en détail dans l'arrêt *KP Pacific*, la Loi repose sur la prémisse que les polices d'assurance peuvent être clairement classées et divisées en catégories fondées sur leur objet exclusif ou principal. Cette prémisse se reflète dans le règlement 337, qui définit l'assurance incendie, l'assurance vol, l'assurance contre les pertes d'entreprise, etc. : *Insurance Classes Regulation*, B.C. Reg. 337/90. Le problème fondamental, que le législateur doit absolument régler, tient au fait que cette prémisse n'est plus défendable. Les polices multirisques et tous risques, comme celles souscrites par les assurés en l'espèce, sont maintenant courantes. L'exercice d'interprétation exigé pour analyser une police multirisque en vertu des dispositions de la partie 6 et les conséquences peu pratiques de l'application de la partie 6 aux polices multirisques m'amènent à conclure que ces polices devraient être considérées comme relevant des dispositions générales de la partie 2.

En outre, pour les motifs exposés dans *KP Pacific*, j'estime que l'al. 4a) de la Loi (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 226, al. 3(a)) empêche l'assureur

contractually incorporating the shorter limitation period.

I would dismiss the appeal and direct that the claim proceed to trial. I do not accept the appellant's novel suggestion that the costs of this appeal should be awarded based on the outcome of the trial, since the issues that may arise at trial are unrelated to the limitation question. The respondents shall have their costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Dolden Wallace Folick, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Thompson & McConnell, White Rock, B.C.

d'intégrer à un contrat d'assurance le délai de prescription plus court.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner que la demande soit instruite. Je ne retiens pas la nouvelle proposition de l'appelante voulant que les dépens du présent pourvoi suivent l'issue de l'instance étant donné que les questions susceptibles d'être soulevées au cours de l'instruction n'ont rien à voir avec la question de la prescription. Les intimés ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Dolden Wallace Folick, Vancouver.

Procureurs des intimés : Thompson & McConnell, White Rock, C.-B.

ECU-Line N.V. Appellant

v.

Z.I. Pompey Industrie, Société lyonnaise de messageries nationales, John S. James Co., Polyfibron Technologies Inc., Ellehammer Packaging Inc., and all others having an interest in the cargo laden on board the M.V. “Canmar Fortune” Respondents

INDEXED AS: Z.I. POMPEY INDUSTRIE v. ECU-LINE N.V.

Neutral citation: 2003 SCC 27.

File No.: 28472.

2002: October 2; 2003: May 1.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Conflict of laws — Courts — Jurisdiction — Bills of lading — Forum selection clauses — Stay of proceedings — Arrangements made with appellant for carriage of cargo by sea — Respondents filing action against appellant in Federal Court alleging that cargo was damaged while in transit by rail — Appellant seeking stay of proceedings on basis that bill of lading contained forum selection clause giving courts in Antwerp, Belgium exclusive jurisdiction — Proper test for stay of proceedings to enforce forum selection clause in bill of lading — Whether “strong cause” test is proper test — Whether proper test should contemplate inquiry into whether there was fundamental breach or deviation — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).

The respondents filed an action for damages against the appellant in the Federal Court, alleging that cargo was damaged while in transit by rail. Under the bill of lading Antwerp, Belgium was designated as the port of loading and Seattle was designated as the port of discharge. The cargo was transported from Antwerp to Montréal, where it was unloaded and carried by train to Seattle. The bill

ECU-Line N.V. Appelante

c.

Z.I. Pompey Industrie, Société lyonnaise de messageries nationales, John S. James Co., Polyfibron Technologies Inc., Ellehammer Packaging Inc., et les autres personnes ayant un droit sur la cargaison chargée à bord du M.V. « Canmar Fortune » Intimées

RÉPERTORIÉ : Z.I. POMPEY INDUSTRIE c. ECU-LINE N.V.

Référence neutre : 2003 CSC 27.

N° du greffe : 28472.

2002 : 2 octobre; 2003 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Connaissements — Clauses d'élection de for — Suspension des procédures — Arrangements pris avec l'appelante pour le transport maritime de matériel — Action contre l'appelante intentée devant la Cour fédérale par les intimées qui alléguaient que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par rail — Suspension des procédures demandée par l'appelante parce que le connaissance contenait une clause d'élection de for conférant compétence exclusive aux tribunaux d'Anvers en Belgique — Critère applicable à la suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance — Le critère des « motifs sérieux » est-il celui qui convient? — Le critère applicable doit-il inclure l'examen de la question de savoir s'il y a eu inexécution fondamentale ou dérogation? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).

Les intimées ont saisi la Cour fédérale du Canada d'une action en dommages-intérêts contre l'appelante alléguant que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par train. Le connaissance désignait Anvers, en Belgique, comme le port de chargement et Seattle comme le port de déchargement. Les marchandises ont été transportées d'Anvers à Montréal, où elles

of lading contained a forum selection clause stating that “[t]he contract evidenced by or contained in this bill of Lading is governed by the law of Belgium, and any claim or dispute arising hereunder or in connection herewith shall be determined by the courts in Antwerp and no other Courts.” The appellant brought a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the bill of lading required disputes to be determined exclusively by the courts of Antwerp. A prothonotary denied the motion. The Federal Court, Trial Division dismissed the appellant’s motion to set aside the prothonotary’s order. The Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed and a stay of proceedings issued in favour of the appellant.

In the absence of applicable legislation, such as s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, the proper test for a stay of proceedings pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act* to enforce a forum selection clause in a bill of lading is the “strong cause” test. Once a court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, it must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. The tripartite test for interlocutory injunctions is an inappropriate test for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. First, the tripartite test would render most forum selection clauses unenforceable, creating commercial uncertainty by unduly minimizing the importance of contractual undertakings. Second, the tripartite test is also problematic because the first part of the test requires the court to evaluate the likelihood of success on the merits of the case — which would be impossible because there is normally no determination on the merits. Finally, the tripartite test would make it difficult to establish irreparable harm in the context of a stay application based on a forum selection clause.

On an application for a stay to uphold a forum selection clause in a bill of lading, a court must not delve into

ont été déchargées, puis transportées par train jusqu’à Seattle. Le connaissement comprenait la clause d’élection de for suivante : « Le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit de la Belgique, et tout différend en découlant ou toute demande s’y rapportant ressortit aux tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort. » L’appelante a déposé une requête en suspension des procédures au motif que le connaissement exigeait que tout différend soit réglé par les tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort. Un protonotaire a rejeté la requête. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la requête de l’appelante visant l’annulation de l’ordonnance du protonotaire. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la suspension des procédures est accordée à l’appelante.

Comme aucune disposition législative semblable au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne s’applique, le critère d’appréciation d’une demande de suspension des procédures fondée sur l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et présentée en vue de donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissement est celui des « motifs sérieux ». Une fois convaincue qu’un connaissement valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu’il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d’exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l’espèce. L’analyse en trois étapes applicable en matière d’injonctions interlocutoires n’est pas un critère approprié pour trancher une demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissement. Premièrement, l’analyse en trois étapes rendrait la plupart des clauses d’élection de for inexécutables, ce qui créerait de l’incertitude sur le plan commercial en minimisant indûment l’importance des engagements contractuels. Deuxièmement, appliquer l’analyse en trois étapes pose également problème en ce que la première étape consiste en l’évaluation par la cour des chances qu’a le demandeur d’avoir gain de cause sur le fond — ce qui serait impossible parce que, habituellement, aucune décision n’est rendue sur le fond. Enfin, si l’on appliquait l’analyse en trois étapes, il serait difficile d’établir l’existence d’un préjudice irréparable dans le contexte d’une demande de suspension fondée sur une clause d’élection de for.

Le tribunal saisi d’une demande de suspension visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un

whether one party has deviated from or fundamentally breached an otherwise validly formed contract. Such inquiries would render forum selection clauses illusory since most disputes will involve allegations which, if proved, will make the agreement terminable or voidable by the aggrieved party. Issues respecting an alleged fundamental breach of contract or deviation therefrom should generally be determined under the law and by the court chosen by the parties in the bill of lading. Once it is determined that the bill of lading binds the parties, the “strong cause” test constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice, not of the substantive legal issues underlying the dispute.

The decisions of the prothonotary, the motions judge and the Court of Appeal in this case are clearly wrong. The prothonotary, to the extent he applied the “tripartite test”, erred in law, as did the Court of Appeal in concluding that the appropriate test for a stay of proceedings involving a bill of lading with a forum selection clause was the “tripartite test” for interlocutory injunctions. The “strong cause” test remains relevant and effective and no social, moral or economic changes justify the departure advanced by the Court of Appeal. Further, the prothonotary erred in law when he determined that the forum selection clause was void as a result of the alleged deviation stemming from the discharge of the cargo in Montréal. It is unnecessary to determine whether there has been a fundamental breach or deviation because the forum selection clause clearly covers such a dispute.

Cases Cited

Applied: *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; **distinguished:** *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; **considered:** *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; **referred to:** *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Captain v. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279; *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vi; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *RJR—*

connaissance ne doit pas scruter la question de savoir s’il y a eu dérogation à un contrat par ailleurs valide ou inexécution fondamentale d’un tel contrat par une partie. Pareil examen rendrait illusoire l’application des clauses d’élection de for, car la plupart des différends impliquent des allégations qui, si elles sont prouvées, permettraient à la partie lésée d’obtenir la résiliation ou l’annulation du contrat. Les questions relatives à une allégation d’inexécution fondamentale ou de dérogation à un contrat doivent généralement être tranchées selon le droit et par le tribunal que les parties ont choisis dans le connaissance. Dès qu’il est établi que le connaissance lie les parties, le critère des « motifs sérieux » commande l’examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice, et non des questions de droit substantielles sous-jacentes au litige.

En l’espèce, les décisions du protonotaire, du juge des requêtes et de la Cour d’appel sont entachées d’une erreur flagrante. Le protonotaire, dans la mesure où il a appliqué l’« analyse en trois étapes », a commis une erreur de droit, tout comme la Cour d’appel lorsqu’elle a conclu que le critère applicable à une demande de suspension des procédures fondée sur la clause d’élection de for d’un connaissance correspond à l’analyse en trois étapes qui vaut en matière d’injonctions interlocutoires. Le critère des « motifs sérieux » demeure pertinent et applicable, et nul changement de nature sociale, morale ou économique ne justifie qu’on s’en écarte comme l’a fait la Cour d’appel. De plus, le protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que la clause d’élection de for était nulle en raison du déroutement allégué découlant du déchargement des marchandises à Montréal. Il est inutile de décider s’il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, car la clause d’élection de for vise clairement ce type de différend.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; **distinction d’avec l’arrêt :** *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; **arrêt examiné :** *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; **arrêts mentionnés :** *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Captain c. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279; *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vi; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 C.S.C. 90; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation*

MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; *The "Seapearl" v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 F.C. 161; *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270; *Sarabia v. "Oceanic Mindoro" (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Morrison v. Society of Lloyd's* (2000), 224 N.B.R. (2d) 1, leaves to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. viii and xi; *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679; *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Mackender v. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847; *Fairfield v. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599; *Ash v. Lloyd's Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. v; *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).

Authors Cited

Michell, M. Paul. "Forum Selection Clauses and Fundamental Breach: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune*" (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 453.
 Peel, Edwin. "Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws", [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2001), 268 N.R. 364, [2001] F.C.J. No. 96 (QL), dismissing an appeal from a decision of the Trial Division (1999), 182 F.T.R. 112, [1999] F.C.J. No. 2017 (QL), dismissing a motion to set aside the order of Prothonotary Hargrave denying a stay of proceedings (1999), 179 F.T.R. 254, [1999] F.C.J. No. 1584 (QL). Appeal allowed.

Board), [1993] 1 R.C.S. 897; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Le « Seapearl » c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 C.F. 161; *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co.*, [2000] A.C.F. n° 944 (QL); *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Morrison c. Society of Lloyd's* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 1, autorisations de pourvoi refusées, [2000] 2 R.C.S. viii et xi; *Trendtex Trading Corp. c. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679; *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Mackender c. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847; *Fairfield c. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599; *Ash c. Lloyd's Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. v; *Drew Brown Ltd. c. The « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2002] A.C.F. n° 1699 (QL), 2002 CAF 479.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46(1).

Doctrine citée

Michell, M. Paul. « Forum Selection Clauses and Fundamental Breach : *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 453.
 Peel, Edwin. « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal : Yvon Blais, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2001), 268 N.R. 364, [2001] A.C.F. n° 96 (QL), qui a rejeté un appel contre une décision de la Section de première instance (1999), 182 F.T.R. 112, [1999] A.C.F. n° 2017 (QL), rejetant une requête en annulation de l'ordonnance par laquelle le protonotaire Hargrave avait refusé la suspension des procédures (1999), 179 F.T.R. 254, [1999] A.C.F. n° 1584 (QL). Pourvoi accueilli.

H. Peter Swanson, for the appellant.

George J. Pollack and Jean-Marie Fontaine, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1

BASTARACHE J. — The appellant submits that the appropriate test on a motion for a stay of proceedings to uphold a forum selection clause in a bill of lading is the “strong cause” test, as set out by Brandon J. in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). The respondents, however, contend that the Federal Court of Appeal was correct in applying the tripartite test for interlocutory injunctions established in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.). In my view, there is no legal or policy justification for setting aside the “strong cause” test in the context of a stay of proceedings to uphold a forum selection clause in a bill of lading. The dispute in this case arises under or in connection with the bill of lading. Its broad, unambiguous and unqualified forum selection clause was clearly intended to cover the dispute that gave rise to this appeal.

I. Facts

2

The respondent Polyfibrion Technologies Inc. purchased a photo processor and four “sub-assemblies” located in France from the respondent Z.I. Pompey Industrie for resale to its customer, the respondent Ellehammer Packaging Inc. The cargo was to be delivered directly to Ellehammer in Seattle, Washington. Polyfibrion retained the services of the respondent John S. James Co., a freight forwarder, to arrange for the importation of the cargo. John S. James Co., in turn, retained the services of the respondent Société lyonnaise de messageries nationales (“S.L.M.N. Shipping”), which made arrangements with ECU-Line France, a division of the appellant ECU-Line N.V., a Belgian company, for carriage of the cargo by sea.

H. Peter Swanson, pour l’appelante.

George J. Pollack et Jean-Marie Fontaine, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L’appelante soutient que le critère applicable à une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance est celui des « motifs sérieux » énoncé par le juge Brandon dans *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). Pour leur part, les intimés prétendent que la Cour d’appel fédérale a eu raison de recourir à l’analyse en trois étapes établie en matière d’injonctions interlocutoires dans *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.). À mon sens, rien sur le plan du droit ou des principes ne justifie l’abandon du critère des « motifs sérieux » dans le contexte d’une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance. En l’espèce, le litige découle du connaissance ou s’y rapporte. De toute évidence, les parties au connaissance ont voulu que la clause d’élection de for de portée générale, non équivoque et inconditionnelle s’applique au litige qui est à l’origine du présent pourvoi.

I. Les faits

L’intimée Polyfibrion Technologies Inc. a acheté à l’intimée Z.I. Pompey Industrie un appareil de développement photographique et quatre « sous-ensembles » se trouvant en France pour les revendre à sa cliente, l’intimée Ellehammer Packaging Inc. Le matériel devait être livré directement à Ellehammer, à Seattle (Washington). Polyfibrion a retenu les services de l’intimée John S. James Co., un transitaire, pour prendre les arrangements nécessaires à l’importation du matériel. À son tour, John S. James Co. a fait appel aux services de l’intimée Société lyonnaise de messageries nationales (« S.L.M.N. Shipping »), qui a pris des arrangements avec ECU-Line France, une division de l’appelante ECU-Line N.V., une société belge, pour le transport maritime du matériel.

The respondent John S. James Co. was aware that the cargo could not be transported by rail without there being a significant risk of it sustaining damage and communicated this fact to the respondent S.L.M.N. Shipping.

Under a clean on-board bill of lading executed at Lyon, France on January 23, 1997, the appellant was to carry the cargo from Antwerp, Belgium, to Seattle. The bill of lading designates John S. James Co. as the “consignee”, Antwerp as the “port of loading”, and Seattle as the “port of discharge”. It bears the following forum selection clause:

The contract evidenced by or contained in this bill of Lading is governed by the law of Belgium, and any claim or dispute arising hereunder or in connection herewith shall be determined by the courts in Antwerp and no other Courts.

The back of the bill of lading contains, among other provisions, the following clause:

12. METHODS AND ROUTE OF TRANSPORTATION

(1) The Carrier may at any time and without notice to the Merchant: use any means of transport or storage whatsoever; load or carry the Goods on any vessel whether named on the front hereof or not; transfer the Goods from one conveyance to another including transshipping or carrying the same on another vessel than that named on the front hereof or by any other means of transport whatsoever; at any place unpack and remove Goods which have been stuffed in or on a Container and forward the same in any manner whatsoever; proceed at any speed and by any route in his discretion (whether or not the nearest or most or customary or advertised route) and proceed to or stay at any place whatsoever once or more often and in any order; load or unload the Goods from any conveyance at any place (whether or not the place is a port named on the front hereof as the intended Port of Loading or intended Port of Discharge); . . .

(2) The liberties set out in (1) above be [sic] invoked by the Carrier for any purposes whatsoever whether or not connected with the Carriage of the Goods. Anything done in accordance [sic] with (1) above or any delay arising therefrom [sic] shall be deemed to be within the contractual Carriage and shall not be a deviation or whatsoever nature or degree.

L'intimée John S. James Co. savait que le matériel ne pouvait être transporté par train sans risque important qu'il subisse des dommages et il en a informé l'intimée S.L.M.N. Shipping.

Suivant un connaissement net à bord signé à Lyon, en France, le 23 janvier 1997, l'appelante devait transporter le matériel d'Anvers, en Belgique, à Seattle. Le connaissement désigne John S. James Co. à titre de « consignataire », Anvers comme le « port de chargement » et Seattle, comme le « port de déchargement ». Le connaissement renferme la clause d'élection de for suivante :

[TRADUCTION] Le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit de la Belgique, et tout différend en découlant ou toute demande s'y rapportant ressortit aux tribunaux d'Anvers, à l'exclusion des tribunaux de tout autre ressort.

L'endos du connaissement comporte notamment la clause suivante :

[TRADUCTION]

12. MOYENS DE TRANSPORT ET ITINÉRAIRE

(1) Le transporteur peut à tout moment et sans en informer le marchand : utiliser tout mode de transport ou d'entreposage, quel qu'il soit; charger et transporter les marchandises à bord de tout navire mentionné ou non au recto du présent document; transférer les marchandises d'un mode de transport à un autre, y compris le transbordement maritime ou le transport par un autre navire que celui mentionné au recto du présent document, ou par tout autre moyen de transport; à n'importe quel endroit, déballer les marchandises et les retirer d'un conteneur et les expédier de quelque manière que ce soit; se déplacer à la vitesse et selon l'itinéraire de son choix (qu'il s'agisse ou non de l'itinéraire le plus rapproché ou le plus habituel ou de l'itinéraire annoncé) et se rendre à tout endroit ou y rester, une ou plusieurs fois et dans n'importe quel ordre; charger les marchandises à bord d'un moyen de transport ou les en décharger à n'importe quel endroit (qu'il s'agisse ou non du port désigné au recto à titre de port de chargement ou de port de déchargement); . . .

(2) Le transporteur peut invoquer les options énoncées au paragraphe (1) à toute fin, liée ou non au transport des marchandises. Tout acte accompli sur le fondement du paragraphe (1) ou tout retard en résultant est réputé conforme au contrat de transport et ne saurait constituer un détournement de quelque nature ou à quelque degré que ce soit.

5

The appellant transported the cargo from Antwerp to Montréal, where it was unloaded. From there the cargo was carried by train to Seattle. The respondents filed an action for damages of \$60,761.74 in the Federal Court of Canada, alleging that the cargo was damaged while in transit by rail. The appellant denied the cargo had been damaged, arguing in the alternative that any damage had been caused by the respondents, third parties, or events for which it was not responsible. The appellant also brought a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the bill of lading required disputes to be determined exclusively by the courts of Antwerp.

II. Relevant Statutory Provisions

6

The following statutory provisions are central to this appeal:

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

(a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;

(b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or

(c) the contract was made in Canada.

L'appelante a transporté les marchandises d'Anvers à Montréal, où elles ont été déchargées. Les marchandises ont ensuite été transportées par train jusqu'à Seattle. Les intimées ont saisi la Cour fédérale du Canada d'une action en dommages-intérêts au montant de 60 761,74 \$, alléguant que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par train. L'appelante a nié l'endommagement des marchandises, mais a fait valoir à titre subsidiaire que tous les dommages qui leur auraient été causés, le cas échéant, sont imputables aux intimées, à des tiers ou à des événements indépendants de sa volonté. Elle a par ailleurs déposé une requête en vue d'obtenir la suspension des procédures au motif que le connaissance exigeait que tout différend soit réglé par les tribunaux d'Anvers, à l'exclusion des tribunaux de tout autre ressort.

II. Les dispositions législatives applicables

Les dispositions législatives suivantes sont au cœur du présent pourvoi.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe :

a) le port de chargement ou de déchargement — prévu au contrat ou effectif — est situé au Canada;

b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;

c) le contrat a été conclu au Canada.

III. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1999), 179 F.T.R. 254

The appellant sought a stay of proceedings before the Federal Court, pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act*, arguing that the courts of Antwerp were the proper jurisdiction to deal with any disputes arising from the bill of lading. The prothonotary held that the appellant had moved for a stay within reasonable time given the implementation of new court rules and had therefore not attained to its jurisdiction. The prothonotary accepted and applied the “strong cause” test as set out in the *The “Eleftheria”* characterizing its finding in the following way, at paras. 4-5:

... I accept that ECU-Line prefers to litigate in a familiar jurisdiction and does not bring up the Antwerp jurisdiction merely to seek procedural advantage. Other factors favouring the upholding of the jurisdiction clause include reasonable connections with Belgium, Belgian and French witnesses, that any time bar which might preclude the plaintiffs from bringing their case in Antwerp has been waived, that no security has been posted and that enforcement of a Belgian judgment against the carrier, a Belgian company, should present no particular difficulties.

I accept, from the Plaintiffs’ point of view, that there will be Canadian and American witnesses, including from the American east-coast freight forwarder through whom the Plaintiff, Polyfibron Technologies Inc., arranged the carriage. Certainly the Tribunal of Commerce in [Antwerp], which would decide the case under the jurisdiction clause, conducts its proceedings in Flemish and decides cases on the basis of documents and statements, a procedure precluding witnesses and cross-examination. There may also be considerably more delay in most instances than in the Federal Court and all the more so in the case of an appeal. There are also some lesser factors which favour litigation in Vancouver.

III. Historique procédural

A. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, [1999] A.C.F. n° 1584 (QL)

L’appelante a demandé à la Cour fédérale de suspendre les procédures en vertu de l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* en soutenant que ce sont les tribunaux d’Anvers qui ont compétence pour statuer sur tout litige découlant du connaissance. Le protonotaire a conclu que l’appelante avait demandé la suspension dans un délai raisonnable compte tenu de l’entrée en vigueur des nouvelles règles et qu’elle n’avait donc pas reconnu sa compétence. Le protonotaire a retenu et appliqué le critère des « motifs sérieux » énoncé dans *The « Eleftheria »* et tiré la conclusion suivante, aux par. 4 et 5 :

... je conçois fort bien que ECU-Line préfère plaider dans un ressort judiciaire qu’elle connaît bien et que, si elle invoque la compétence des tribunaux d’Anvers, ce n’est pas uniquement pour en tirer un avantage procédural. Parmi les autres facteurs favorisant l’application de la clause de compétence, relevons que l’accès à la Belgique est plus aisé aussi bien pour les témoins belges que pour les témoins français, qu’il y a eu renonciation à la prescription qui aurait pu éventuellement être invoquée afin d’empêcher les demanderesse de porter l’affaire devant les tribunaux d’Anvers, qu’aucun dépôt de cautionnement n’a été effectué et que l’exécution du jugement éventuellement rendu par les tribunaux belges à l’encontre du transporteur, société de droit belge, ne devrait présenter aucune difficulté particulière.

Je reconnais que, du point de vue des demanderesse, il y a lieu de songer aux témoins canadiens et américains, y compris aux témoins représentant la société américaine de transport de la côte est, par l’intermédiaire de laquelle la demanderesse, Polyfibron Technologies Inc., avait organisé le transport. Il convient de préciser que, devant le Tribunal de commerce d’Anvers, appelé à se prononcer en cette affaire en vertu de la clause de compétence, les procédures se déroulent en flamand, les affaires étant tranchées sur pièces au vu de documents et de dépositions, procédure écrite qui exclut les auditions de témoins et les contre-interrogatoires. Il se peut également que, dans la plupart des cas, la procédure prenne beaucoup plus de temps qu’une procédure en Cour fédérale, cela étant particulièrement vrai en cas d’appel. Il y a également un certain nombre de facteurs de moindre importance qui militent en faveur d’un procès à Vancouver.

The prothonotary concluded, at para. 5, that the factors raised by the respondents, while “substantial”, were “just short [in this instance] of the strong case” which, by *The “Eleftheria”*, the respondents had to present in order to override the forum selection clause.

8

However, the prothonotary added that the respondents had presented a persuasive case that the bill of lading had come to an end in Montréal. For that reason, there was no forum selection clause to apply to the dispute. Notwithstanding clause 12 of the bill of lading, the prothonotary, relying on Professor W. Tetley’s *Marine Cargo Claims* (3rd ed. 1988), accepted the presumption that a serious and willful breach or deviation of a contract of carriage may bring into question exclusion or limitation clauses in the contract. The prothonotary’s response to the appellant’s contention that issues of fundamental breach or deviation should be determined on the merits by the trial judge was the following, at para. 8 :

The answer to this is not complex. An interim injunction, obtained on an interlocutory application, which requires a testing of the waters by looking at the strength of the case, the harm being caused and the balance of convenience, is analogous to denial of a stay of the basis of a strong case that the jurisdiction clause is just not applicable. The interim injunction does not handicap the trial judge, nor should the denial of a stay on the basis that the jurisdiction clause is in all likelihood not available. Any prejudice to ECU-Line in having to litigate in Canada can be compensated by costs.

The prothonotary stated that it was common knowledge that rail carriage is usually accompanied by vibration, bumps and jolts, though considered this to be immaterial to the present case in which the intent to deviate was the sole issue. The prothonotary concluded that the appellant’s deviation from the bill of lading was both unreasonable and voluntary. Relying on *Captain v. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279 (S.C.), the prothonotary concluded that there was no contract at the time the appellant

Le protonotaire a conclu, au par. 5, que les facteurs invoqués par les intimées ont « un certain poids », mais « ne constituent pas, en l’espèce, ces motifs sérieux » qu’elles devaient invoquer, selon la décision *The « Eleftheria »*, pour écarter la clause d’élection de for.

Le protonotaire a cependant ajouté que les intimées avaient présenté des éléments de preuve convaincants selon lesquels le contrat de transport avait pris fin à Montréal, de sorte qu’aucune clause d’élection de for ne s’appliquait au différend. Malgré la clause 12 du connaissement, le protonotaire, s’appuyant sur l’ouvrage *Marine Cargo Claims* (3^e éd. 1988) du professeur W. Tetley, a fait droit à l’argument selon lequel l’inexécution grave et délibérée d’un contrat de transport ou une dérogation grave et délibérée à celui-ci peut remettre en question les clauses d’exclusion ou de limitation du contrat. Le protonotaire a répondu comme suit à l’argument de l’appelante voulant qu’il appartienne au juge chargé de l’instruction de trancher au fond les questions d’inexécution fondamentale ou de dérogation (au par. 8) :

La réponse à cet argument n’a rien de complexe. L’injonction provisoire obtenue dans le cadre d’une demande interlocutoire, laquelle exige que l’on s’interroge sur la solidité des arguments invoqués, sur le préjudice subi et sur la prépondérance des inconvénients, est comparable au rejet d’une requête en suspension en raison de la solidité des arguments invoqués par les demandeurs pour faire valoir que la clause de compétence ne s’applique pas en l’occurrence. L’injonction provisoire ne gêne en rien le juge du procès, pas plus que ne le ferait le rejet d’une requête en suspension au motif que la clause de compétence ne saurait vraisemblablement être invoquée. Tout préjudice que causerait à ECU-Line le fait d’avoir à défendre une action intentée au Canada pourrait être compensé lors de l’adjudication des dépens.

Le protonotaire a dit qu’il était notoire que le transport ferroviaire est habituellement accompagné de vibrations, de soubresauts et de secousses, mais il a estimé que cela importait peu dans la présente affaire où seul le caractère intentionnel de la dérogation au connaissement était en cause. Il a conclu que la dérogation au connaissement par l’appelante était à la fois déraisonnable et délibérée. S’appuyant sur *Captain c. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279 (C.S.), le protonotaire est arrivé à la conclusion

discharged the cargo in Montréal and thus no forum selection clause upon which it could rely.

The motion for a stay of proceedings to uphold the forum selection clause was therefore denied.

B. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1999), 182 F.T.R. 112

The court concluded that the prothonotary was obliged to take into account all the circumstances of the case in determining whether the respondent had demonstrated a “strong cause” in favour of denying a stay, pursuant to the test set out in *The “Eleftheria”*, an inquiry that did not preclude him from concluding that the bill of lading ended in Montréal and that its forum selection clause did not apply thereafter. The court added that in any event the appellant would have the opportunity to raise its arguments regarding the existence of the bill of lading and its forum selection clause before a trial judge.

The court dismissed with costs the motion to set aside the order of the prothonotary.

C. *Federal Court of Appeal* (2001), 268 N.R. 364

The Court of Appeal held that the test for reviewing decisions of a prothonotary is whether the prothonotary’s exercise of discretion was clearly wrong and that the test for reviewing the exercise of discretion of a motions judge is whether sufficient weight was given to all relevant considerations.

The Court of Appeal concluded that *The “Eleftheria”* did not govern the case, stating, at para. 27:

The burden of the appellant’s submission is that when, as here, a contract contains a jurisdiction clause requiring that all disputes, wherever they arise, are to be dealt with by the Courts of a particular jurisdiction, Anglo-American and Anglo-Canadian jurisprudence both conclude that the dispute must be dealt with by the

qu’aucun contrat ne s’appliquait au moment où l’appelante a déchargé les marchandises à Montréal et qu’il n’existait donc aucune clause d’élection de for susceptible d’être invoquée.

La requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for a par conséquent été rejetée.

B. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, [1999] A.C.F. n° 2017 (QL)

La cour a conclu que le protonotaire avait l’obligation de tenir compte de toutes les circonstances de l’affaire pour déterminer si les intimées avaient établi l’existence de « motifs sérieux » de ne pas suspendre les procédures, conformément au critère dégagé dans *The « Eleftheria »*, ce qui ne l’empêchait pas de conclure que le connaissance était devenu caduc à Montréal et que la clause d’élection de for avait subi le même sort. La cour a ajouté que, de toute manière, l’appelante aurait l’occasion de faire valoir devant le juge chargé de l’instruction ses arguments relatifs à l’existence du connaissance et de sa clause d’élection de for.

La cour a rejeté avec dépens la requête visant l’annulation de l’ordonnance du protonotaire.

C. *Cour d’appel fédérale*, [2001] A.C.F. n° 96 (QL)

La Cour d’appel a estimé que les normes de contrôle applicables respectivement aux décisions du protonotaire et à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes pouvaient être formulées comme suit : le protonotaire a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire d’une manière manifestement erronée et le juge des requêtes a-t-il accordé suffisamment d’importance à toutes les considérations pertinentes?

La Cour d’appel a conclu, au par. 27, que l’arrêt *The « Eleftheria »* ne s’appliquait pas en l’espèce :

L’appelante plaide que, dans les cas où, comme en l’espèce, un contrat contient une clause attributive de compétence exigeant que tous les différends, peu importe où ils surviennent, soient tranchés par les tribunaux d’un ressort donné, tant la jurisprudence anglo-américaine que la jurisprudence anglo-canadienne établissent que

9

10

11

12

13

Courts of the jurisdiction the parties have agreed to. The appellant says that since *The Eleftheria* no case in Anglo-Canadian or Anglo-American jurisprudence has held otherwise. I disagree. *Jian Sheng Co. [v. Great Tempo S.A., [1998] 3 F.C. 418 (C.A.)]* is a case where this Court held that a prothonotary was right to refuse a stay in circumstances where the appellant had not led sufficient evidence to support the existence of jurisdiction elsewhere than Canada.

14 The Court of Appeal emphasized *The "Eleftheria"* was decided in 1969 and the House of Lords had since decided *American Cyanamid, supra*, thereby relaxing the requirements for an interlocutory injunction to a tripartite test: first, a preliminary and tentative assessment of the merits of the case must show there is a serious issue to be tried; second, consideration must be given to whether the party seeking the interlocutory injunction would suffer irreparable harm unless the injunction is granted; and third, there must be a determination as to which party would suffer the greater harm as a result of the granting or refusing of an interlocutory injunction.

15 The Court of Appeal quoted with approval Beetz J., writing for a unanimous Supreme Court, in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 127:

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions . . .

The Court of Appeal reasoned that although the prothonotary had not referred to either *American Cyanamid* or *Metropolitan Stores*, it was likely what he had in mind when he concluded, at para. 8:

An interim injunction, obtained on an interlocutory application, which requires a testing of the waters by looking at the strength of the case, the harm being caused and the balance of convenience, is analogous to denial of a stay of the basis of a strong case that the jurisdiction clause is just not applicable.

le différend doit être tranché par les tribunaux du ressort dont les parties ont convenu. L'appelante soutient que, depuis l'affaire *The Eleftheria*, aucune cause de jurisprudence anglo-canadienne ni anglo-américaine n'a statué autrement. Je ne partage pas son avis. L'affaire *Jian Sheng Co. [c. Great Tempo S.A., [1998] 3 C.F. 418 (C.A.)]*, est une cause dans laquelle la Cour a statué qu'un protonotaire a le droit de refuser une suspension dans un cas où l'appelante n'a pas présenté une preuve suffisante pour établir qu'un tribunal étranger a compétence.

La Cour d'appel a souligné que la décision *The « Eleftheria »* datait de 1969 et que, depuis, dans *American Cyanamid*, précité, la Chambre des lords avait assoupli les exigences en matière d'injonction interlocutoire et opté pour une analyse en trois étapes : premièrement, une étude préliminaire et provisoire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger; deuxièmement, il faut déterminer si la partie qui demande l'injonction interlocutoire subira un préjudice irréparable si l'injonction lui est refusée; troisièmement, il faut déterminer laquelle des parties subira le plus grand préjudice selon que l'injonction interlocutoire est accordée ou refusée.

La Cour d'appel a cité en les approuvant les motifs du juge Beetz rédigés au nom de la Cour, à l'unanimité, dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 127 :

La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires . . .

Selon le raisonnement de la Cour d'appel, même si le protonotaire ne s'est reporté ni à *American Cyanamid* ni à *Metropolitan Stores*, c'est ce qu'il avait à l'esprit lorsqu'il a conclu ce qui suit, au par. 8 :

L'injonction provisoire obtenue dans le cadre d'une demande interlocutoire, laquelle exige que l'on s'interroge sur la solidité des arguments invoqués, sur le préjudice subi et sur la prépondérance des inconvénients, est comparable au rejet d'une requête en suspension en raison de la solidité des arguments invoqués par les demandeurs pour faire valoir que la clause de compétence ne s'applique pas en l'occurrence.

The Court of Appeal concluded that given the evolution of English and Canadian jurisprudence, the proper test to apply in stay applications is the tripartite test employed for the purposes of obtaining interlocutory injunctions.

The Court of Appeal dismissed the appeal with costs.

IV. Issues

1. What is the proper test on a motion brought for a stay of proceedings to enforce the forum selection clause in a bill of lading?
2. Does that test contemplate an inquiry into whether there was a fundamental breach or deviation, or should such an inquiry be left to the decision maker in the agreed forum?

V. Analysis

Discretionary orders of prothonotaries ought to be disturbed by a motions judge only where (a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts, or (b) in making them, the prothonotary improperly exercised his or her discretion on a question vital to the final issue of the case: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at pp. 462-63. An appellate court may interfere with the decision of a motions judge where the motions judge had no grounds to interfere with the prothonotary's decision or, in the event such grounds existed, if the decision of the motions judge was arrived at on a wrong basis or was plainly wrong: *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), *per* Décary J.A., at pp. 427-28, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vi. For the reasons below, I conclude that the decisions of the prothonotary, the motions judge and the Court of Appeal are clearly wrong.

A. *Stays of Proceedings to Enforce a Forum Selection Clause*

Pursuant to s. 50(1) of the *Federal Court Act*, the court has the discretion to stay proceedings in any

La Cour d'appel a conclu que, vu l'évolution de la jurisprudence britannique et canadienne, le critère qu'il convient d'appliquer en matière de suspension est l'analyse en trois étapes utilisée pour statuer sur les demandes d'injonctions interlocutoires.

La Cour d'appel a rejeté l'appel avec dépens.

IV. Les questions en litige

1. Quel critère s'applique à la demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissement?
2. Ce critère englobe-t-il la question de savoir s'il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, ou cette décision appartient-elle à l'instance décisionnelle du ressort dont ont convenu les parties?

V. Analyse

Le juge des requêtes ne doit modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire que dans les cas suivants : a) l'ordonnance est entachée d'une erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, ou b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire relativement à une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond : *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), le juge MacGuigan, p. 462-463. Une cour d'appel ne peut intervenir que si le juge des requêtes n'avait aucun motif de modifier la décision du protonotaire ou, advenant l'existence d'un tel motif, si la décision du juge des requêtes était mal fondée ou manifestement erronée : *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), le juge Décary, p. 427-428, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vi. Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion que les décisions du protonotaire, du juge des requêtes et de la Cour d'appel sont entachées d'une erreur flagrante.

A. *Suspension des procédures visant à donner effet à une clause d'élection de for*

Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* investit la cour du pouvoir discrétionnaire de

16

17

18

19

cause or matter on the ground that the claim is proceeding in another court or jurisdiction, or where, for any other reason, it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. For some time, the exercise of this judicial discretion has been governed by the “strong cause” test when a party brings a motion for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. Brandon J. set out the test as follows in *The “Eleftheria”*, at p. 242:

(1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

suspendre les procédures dans toute affaire au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Depuis assez longtemps, lorsqu'une partie présente une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est assujéti au critère des « motifs sérieux ». Voici comment le juge Brandon a énoncé ce critère dans *The « Eleftheria »*, p. 242 :

[TRADUCTION] (1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d'une entente prévoyant que les différends seront soumis à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n'est pas tenu d'accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu'on ne démontre qu'il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment, mais sans préjudice du point (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées : a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural? e) Les demandeurs subirait-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu; (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable?

20

Forum selection clauses are common components of international commercial transactions, and are particularly common in bills of lading. They have, in short, “been applied for ages in the industry and

Des clauses d'élection de for sont stipulées couramment dans le cadre d'opérations commerciales internationales et spécialement dans les connaissances. En somme, elles « sont appliquées depuis

by the courts”: Décary J.A. in *Jian Sheng*, *supra*, at para. 7. These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law: La Forest J. in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1096-97; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at paras. 71-72. The “strong cause” test remains relevant and effective and no social, moral or economic changes justify the departure advanced by the Court of Appeal. In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the “strong cause” test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise. In any event, the “strong cause” test provides sufficient leeway for judges to take improper motives into consideration in relevant cases and prevent defendants from relying on forum selection clauses to gain an unfair procedural advantage.

There is a similarity between the factors which are to be taken into account when considering an application for a stay based on a forum selection clause and those factors which are weighed by a court considering whether to stay proceedings in “ordinary” cases applying the *forum non conveniens* doctrine: E. Peel in “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182, at pp. 189-90. The latter inquiry is well settled in Canada: *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897. In the latter inquiry, the burden is normally on the defendant to show why a stay should be granted, but the presence of a forum selection clause in the former is, in my view, sufficiently

toujours dans l’industrie et par les tribunaux » : le juge Décary dans *Jian Sheng*, précité, par. 7. Les tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité : le juge La Forest dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096-1097; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71-72. Le critère des « motifs sérieux » demeure pertinent et applicable, et nul changement de nature sociale, morale ou économique ne justifie qu’on s’en écarte comme l’a fait la Cour d’appel fédérale. Dans le contexte du commerce international, l’ordre et l’équité sont attribuables, du moins en partie, à l’application du critère des « motifs sérieux ». Suivant ce critère, il incombe à juste titre au demandeur de convaincre la cour qu’un motif valable justifie qu’il ne soit pas lié par la clause d’élection de for. Il est essentiel que les tribunaux accordent l’importance voulue au fait qu’il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements. Rien ne justifie qu’une clause d’élection de for soit assimilée à une clause d’exonération de responsabilité déguisée. Quoi qu’il en soit, le critère des « motifs sérieux » offre aux tribunaux une marge de manœuvre suffisante pour leur permettre de tenir compte des motifs illégitimes le cas échéant et pour empêcher le défendeur d’invoquer une clause d’élection de for afin de bénéficier d’un avantage procédural qui serait injuste.

Les facteurs dont le tribunal tient compte pour statuer sur une demande de suspension fondée sur une clause d’élection de for ressemblent à ceux dont il tient compte pour faire droit ou non, dans une affaire « ordinaire », à une demande de suspension fondée sur le principe du forum non conveniens : E. Peel dans « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182, p. 189-190. Le critère applicable aux affaires « ordinaires » est bien établi au Canada : *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897. Dans ce dernier cas, il incombe normalement au défendeur de justifier la suspension des procédures, alors que, dans le

important to warrant a different test, one where the starting point is that parties should be held to their bargain, and where the plaintiff has the burden of showing why a stay should not be granted. I am not convinced that a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered, is preferable. As Peel, *supra*, notes, at p. 190, I fear that such an approach would not

ensure that full weight is given to the jurisdiction clause since not only should the clause itself be taken into account, but also the effect which it has on the factors which are relevant to the determination of the natural forum. Factors which may otherwise be decisive may be less so if one takes into account that the parties agreed in advance to a hearing in a particular forum and must be deemed to have done so fully aware of the consequences which that might have on, for example, the transportation of witnesses and evidence, or compliance with foreign procedure etc.

In my view, a separate approach to applications for a stay of proceedings involving forum selection clauses in bills of lading ensures that these considerations are properly taken into account and that the parties' agreement is given effect in all but exceptional circumstances. See also M. P. Michell, "Forum Selection Clauses and Fundamental Breach: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune*" (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 453, at pp. 471-72.

B. *The Inappropriateness of the Tripartite Test*

22

The respondents adopted the Court of Appeal's holding in favour of extending the tripartite test for interlocutory injunction to motions for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. The tripartite test was set out as follows by this Court in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at p. 334:

premier cas, l'existence d'une clause d'élection de for suffit selon moi à justifier l'application d'un critère différent qui part du principe que les parties doivent être tenues de respecter leur entente et qui attribue au demandeur le fardeau d'établir pourquoi la suspension ne devrait pas être accordée. Je ne suis pas convaincu qu'il serait préférable d'adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l'existence d'une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d'autres. Comme le signale Peel, *loc. cit.*, p. 190, je crains qu'une telle démarche n'ait pas pour effet

[TRADUCTION] d'accorder toute l'importance voulue à la clause attributive de compétence, étant donné qu'il faut tenir compte non seulement de la clause elle-même, mais aussi de son effet sur les facteurs qui sont pertinents pour déterminer quel est le ressort logique. Des facteurs qui, autrement, seraient peut-être déterminants, risquent de l'être moins si l'on tient compte du fait que les parties ont convenu à l'avance d'une audience dans un ressort donné et doivent être réputées l'avoir fait en sachant très bien quelles en seraient les conséquences éventuelles, par exemple, sur le déplacement des témoins et des éléments de preuve ou l'observation de la procédure étrangère, etc.

À mon avis, l'adoption d'une démarche distincte relativement aux demandes de suspension des procédures fondées sur l'existence d'une clause d'élection de for dans un connaissance garantit que ces considérations seront dûment prises en compte et qu'il sera donné effet à l'entente des parties, sauf circonstances exceptionnelles. Voir également M. P. Michell, « Forum Selection Clauses and Fundamental Breach : *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 453, p. 471-472.

B. *L'inadéquation de l'analyse en trois étapes*

Les intimées appuient la décision de la Cour d'appel de recourir à l'analyse en trois étapes non seulement en matière d'injonctions interlocutoires mais également pour statuer sur une requête en suspension des procédures fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissance. Dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 334, notre Cour a décrit cette analyse en ces termes :

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

In support of the move to the tripartite test, the Court of Appeal quoted, at para. 29, with approval this Court's statement in *Metropolitan Stores*, at p. 127:

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions.

While a stay of proceedings to enforce a forum selection clause may be of the same nature as an interlocutory injunction, I must respectfully disagree with the conclusion of the Court of Appeal.

The conclusion of the Court of Appeal is not supported by this Court's decision in *Metropolitan Stores*. The two main issues in that case were whether the Court of Appeal erred in failing to recognize a presumption of constitutional validity where legislation is challenged under the *Charter*, and what principles govern the exercise of a Superior Court judge's discretionary power to order a stay until the constitutionality of impugned legislation has been determined. The context of a constitutional challenge has little in common with the case at bar. Indeed, *Metropolitan Stores* did not involve forum selection clauses, and the underlying desirability of holding contracting parties to their bargain was not at issue. That case did not concern private international law; consequently, considerations of comity, uniformity of law, forum shopping and related issues were neither canvassed nor addressed by the Court.

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

Pour justifier son adhésion à l'analyse en trois étapes, la Cour d'appel a cité (au par. 29) en l'approuvant l'extrait suivant de l'arrêt *Metropolitan Stores* de notre Cour (à la p. 127) :

La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires.

Bien que la suspension des procédures visant à donner effet à une clause d'élection de for et l'injonction interlocutoire puissent être des mesures de même nature, je suis en désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel.

La décision de notre Cour dans *Metropolitan Stores* n'appuie pas cette conclusion de la Cour d'appel. Dans cette affaire, les deux principales questions en litige étaient de savoir si la Cour d'appel avait omis à tort de tenir compte de l'application d'une présomption de constitutionnalité lorsqu'une disposition législative est contestée sur le fondement de la *Charte*, et quels principes régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge d'une cour supérieure d'ordonner la suspension jusqu'à ce qu'il soit statué sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Une contestation constitutionnelle et la présente espèce ont peu de points en commun. En effet, dans *Metropolitan Stores*, il n'était question ni de l'application d'une clause d'élection de for ni de l'opportunité sous-jacente d'obliger les parties contractantes à respecter leur entente. Il ne s'agissait pas d'une affaire de droit international privé et, pour cette raison, notre Cour n'a ni tranché ni examiné des questions comme la courtoisie, l'uniformité du droit et la recherche d'un tribunal favorable.

24

As recently as 1998, Décary J.A., for a unanimous Federal Court of Appeal in *Jian Sheng*, confirmed at para. 10 the appropriateness of the “strong cause” test in Canada, a case in which the issue was whether the forum selection clause in a bill of lading was void for uncertainty:

Where, in admiralty matters before this Court, a defendant applies for a stay pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* . . . on the basis of a jurisdiction clause found in a bill of lading, the defendant has the burden of persuading the Court that the conditions of application of the clause have been met. Once the Court is satisfied that the clause applies, the burden of proof then shifts to the plaintiff to show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to keep the plaintiff to the terms of the contract These “strong reasons” have been summarized in the often-quoted reasons of Brandon J. (as he then was) in *The “Eleftheria”*

In *Jian Sheng*, the forum selection clause contained in the bill of lading required the defendant to show it was the carrier and what was its principal place of business. *Jian Sheng* does not, as the Court of Appeal held in the case at bar, undermine in any way the “strong cause” test. Indeed, the tripartite test adopted by the Court of Appeal in this case constitutes a significant and unjustified departure from the jurisprudence not only of the Federal Court, but also of provincial courts, and those of other jurisdictions. See for instance: *The “Seapearl” v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.), *per* Pratte J.A., at pp. 176-77, and *per* Lalande D.J., at p. 180; *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270 (F.C.A.), at para. 5; *Sarabia v. “Oceanic Mindoro” (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), at paras. 37-38, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (N.S.C.A.), at p. 483; *Morrison v. Society of Lloyd’s* (2000), 224 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), at para. 14, leaves to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. viii and xi; *Trendtex*

Récemment, en 1998, le juge Décary, s’exprimant au nom des juges unanimes de la Cour d’appel fédérale dans *Jian Sheng*, a confirmé au par. 10 de ses motifs qu’il y avait lieu d’appliquer le critère des « motifs sérieux » (ou « impérieux ») au Canada, et ce, dans une affaire où la question en litige était de savoir si la clause d’élection de for d’un connaissement était frappée de nullité relative pour cause d’incertitude :

Lorsque, dans les affaires d’amirauté portées devant la présente Cour, un défendeur demande une suspension aux termes de l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [. . .], en s’appuyant sur une clause attributive de compétence énoncée dans un connaissement, il a le fardeau de persuader la Cour que les conditions d’application de la clause ont été respectées. Une fois que la Cour est convaincue que la clause s’applique, le fardeau de la preuve se déplace alors sur le demandeur qui doit établir qu’il existe des motifs impérieux [ou « sérieux »] permettant de conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste dans les circonstances de forcer le demandeur à respecter les conditions du contrat [. . .] Ces « motifs impérieux » [ou « sérieux »] ont été résumés dans les motifs souvent cités du juge Brandon (tel était alors son titre) dans *The “Eleftheria”*

Dans *Jian Sheng*, la clause d’élection de for du connaissement exigeait de la défenderesse qu’elle fasse la preuve de sa qualité de transporteur et de l’emplacement de son principal établissement. Contrairement à ce que dit la Cour d’appel en l’espèce, l’arrêt *Jian Sheng* ne remet aucunement en question l’application du critère des « motifs sérieux ». À vrai dire, l’analyse en trois étapes préconisée par la Cour d’appel en l’espèce déroge de façon importante et injustifiée non seulement à la jurisprudence de la Cour fédérale, mais également à celle des cours provinciales et des tribunaux d’autres ressorts. Voir par exemple : *Le « Seapearl » c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.), le juge Pratte, p. 176-177, et le juge suppléant Lalande, p. 180; *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co.*, [2000] A.C.F. n° 944 (C.A.), par. 5; *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), par. 37-38, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (C.A.N.-É.), p. 483; *Morrison c. Society of Lloyd’s* (2000), 224

Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.); *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), at p. 15; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.), at p. 190.

There are also compelling public policy reasons in favour of upholding the “strong cause” test. If the tripartite test were employed to deal with situations like the case at bar, most forum selection clauses would be rendered unenforceable, creating commercial uncertainty by unduly minimizing the importance of contractual undertakings. Instead of requiring a plaintiff to demonstrate a “strong cause” to not enforce a forum selection clause, the burden would be on the applicant to establish the elements of the tripartite test. The “strong cause” test rightly places the onus on the plaintiff who commences suit contrary to the terms of a forum selection clause.

Applying the tripartite test to a situation of this nature is also problematic because the first part of the test requires the court to evaluate the likelihood of success on the merits of the case. This part of the test is designed to allow a motions judge the opportunity to deal with legal issues in preliminary proceedings without prejudice to the final adjudication of their merits. In the case of motions to stay proceedings based on a forum selection clause in a bill of lading, such a process would be impossible because there is normally no determination on the merits. Either the stay will be granted, and the proceedings in Canada will come to an end, or the stay will be denied and the defendant will have to defend the case on the merits in Canada, losing the benefit of the jurisdiction clause. For this reason the rule governing such stay applications cannot be based on a test that relies on the likelihood of success on the merits.

R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), par. 14, autorisations de pourvoi refusées, [2000] 2 R.C.S. viii et xi; *Trendtex Trading Corp. c. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679 (H.L.); *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), p. 15; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.), p. 190.

Des considérations d'ordre public impérieuses justifient également le maintien du critère des « motifs sérieux ». Si, dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire, l'on recourait à l'analyse en trois étapes, la plupart des clauses d'élection de for deviendraient inexécutables, ce qui créerait de l'incertitude sur le plan commercial en minimisant indûment l'importance des engagements contractuels. Plutôt que le demandeur soit tenu d'établir l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à une clause d'élection de for, il appartiendrait à l'auteur de la demande de suspension d'établir les éléments de l'analyse en trois étapes. Suivant le critère des « motifs sérieux », la charge de la preuve incombe à juste titre au demandeur qui introduit une instance au mépris de la clause d'élection de for.

Appliquer l'analyse en trois étapes dans de telles circonstances pose également problème en ce que la cour doit d'abord évaluer les chances qu'a le demandeur d'avoir gain de cause sur le fond. Cette étape de l'analyse vise à permettre au juge des requêtes d'examiner les questions de droit dans le cadre d'une instance préliminaire sans préjudice de la décision finale qui sera rendue sur le fond. Dans le cas d'une requête en suspension des procédures fondée sur l'existence d'une clause d'élection de for dans un connaissement, une telle démarche serait impossible parce que, habituellement, aucune décision n'est rendue sur le fond : ou bien la suspension est accordée, et l'instance engagée au Canada prend fin, ou bien elle est refusée, et la partie défenderesse, privée de l'application de la clause attributive de compétence, doit contester le bien-fondé de l'action au Canada. C'est pourquoi, en pareil cas, le sort de la demande de suspension ne saurait dépendre d'un critère lié aux chances que la demande principale soit accueillie sur le fond.

25

26

- 27 The test propounded by the Court of Appeal would make it difficult to establish harm in the context of a stay application based on a forum selection clause. Indeed, I can think of no instance where a defendant would suffer irreparable harm by being required to defend a lawsuit in a Canadian court. I am not satisfied that litigation costs disproportionate to the amount of the claim would constitute irreparable harm, as the respondents have argued. The “strong cause” test reflects the desirability that parties honour their contractual commitments and is consistent with the principles of order and fairness at the heart of private international law, as well as those of certainty and security of transaction at the heart of international commercial transactions. I see no reason to depart from the traditional approach for a stay of proceedings when the applicability of a forum selection clause is at issue. The Court of Appeal in effect read the choice of jurisdiction clause out of the contract. This approach is, in my view, untenable.
- 28 The respondents submit we ought to accord little weight to the forum selection clause in the bill of lading because bills of lading are, as a general rule, contracts of adhesion, devised unilaterally by the appellant. This submission is without merit despite the fact that bills of lading are often issued on pre-printed forms. See *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), at pp. 593-94.
- 29 Bills of lading are typically entered into by sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions who should, in normal circumstances, be held to their bargain. See *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995). The parties in this appeal are corporations with significant experience in international maritime commerce. The respondents were aware of industry practices and could have reasonably expected that the bill of lading would contain a forum selection clause. A forum selection clause could very well have been negotiated with the appellant, in light of the respondent John S. James Co.’s
- Dans le contexte d’une demande de suspension fondée sur l’existence d’une clause d’élection de for, il serait difficile d’établir le préjudice si l’on appliquait le critère préconisé par la Cour d’appel. Je ne peux concevoir de cas où l’obligation de contester une action devant une cour de justice au Canada infligerait un préjudice irréparable au défendeur. L’argument des intimées selon lequel les frais de justice disproportionnés par rapport au montant de la demande constitueraient un préjudice irréparable ne me convainc pas. Le critère des « motifs sérieux » fait écho au principe selon lequel il est souhaitable que les parties respectent leurs engagements contractuels et il respecte les principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité, de même que les principes fondamentaux de la certitude et de la sûreté des opérations commerciales internationales. Je ne vois aucune raison de déroger à la démarche traditionnelle adoptée en matière de suspension des procédures lorsque l’applicabilité d’une clause d’élection de for est en jeu. En fait, la Cour d’appel a fait abstraction de la clause d’élection de for incluse dans le contrat, ce qui, selon moi, est indéfendable.
- Les intimées exhortent notre Cour à faire peu de cas de la clause d’élection de for du connaissance au motif que les connaissements sont, en règle générale, des contrats d’adhésion établis unilatéralement par l’appelante. Cette prétention est sans fondement, même s’il est vrai que les connaissements sont souvent des documents préétablis. Voir *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), p. 593-594.
- Les connaissements sont en général conclus par des personnes averties qui sont rompues à la négociation d’opérations de transport maritime et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements. Voir *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995). Les parties au présent pourvoi sont des sociétés qui ont une grande expérience du commerce maritime international. Les intimées étaient au fait des pratiques dans ce secteur d’activité et elles auraient raisonnablement pu s’attendre à ce que le connaissance renferme une clause d’élection de for. Une clause d’élection de for aurait très bien pu être négociée

insistence that S.L.M.N. Shipping transport the cargo solely by sea. There is no evidence that this bill of lading is the result of grossly uneven bargaining power that would invalidate the forum selection clause contained therein.

C. *Fundamental Breach and Deviation*

Having concluded that the “strong cause” test governs whether to grant a stay in the context of a bill of lading with a forum selection clause, I turn to whether, in taking into account all the circumstances of the particular case, the Court should consider issues arising under the contract. The respondents submit the Court should do just that, relying in part on the following passage from Professor Tetley in *Marine Cargo Claims*, *supra*, at p. 99:

When however the breach is so serious, usually the result of a fraudulent or wilful act, the courts have questioned whether the carrier may rely on the terms of the contract or the law, and in particular, whether the carrier may rely on the exclusion or limitation clauses in the contract and the law because he has seemingly placed himself outside of the contract and the law.

In my view, the prothonotary erred in law when he determined the forum selection clause was void as a result of the alleged deviation stemming from the discharge of the cargo in Montréal.

Issues respecting an alleged fundamental breach of contract or deviation therefrom should generally be determined under the law and by the court chosen by the parties in the bill of lading. The “strong cause” test, once it is determined that the bill of lading otherwise binds the parties (for instance, that the bill of lading as it relates to jurisdiction does not offend public policy, was not the product of fraud or of grossly uneven bargaining positions), constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice, not of the substantive legal issues underlying the dispute. See *Mackender v. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847 (C.A.), *per* Lord Denning, at pp. 849-50, and *per* Lord Diplock, at p. 852. Put

avec l’appelante, étant donné que l’intimée John S. James Co. a insisté pour que S.L.M.N Shipping recoure uniquement au transport maritime. Aucun élément n’établit en l’espèce que le connaissance résulte de l’exercice, par l’une des parties, d’un pouvoir de négociation abusif justifiant l’annulation de la clause d’élection de for.

C. *Inexécution fondamentale et dérogation*

Après avoir conclu que le critère des « motifs sérieux » régit l’octroi ou le refus de la suspension dans le contexte d’un connaissance renfermant une clause d’élection de for, j’examinerai maintenant, en tenant compte de toutes les circonstances de l’espèce, la question de savoir si la cour doit examiner les questions découlant de l’application du contrat. Les intimées soutiennent qu’il convient qu’elle les examine et s’appuient en partie sur l’extrait suivant de l’ouvrage du professeur Tetley intitulé *Marine Cargo Claims*, *op. cit.*, p. 99 :

[TRADUCTION] Toutefois, en cas d’inexécution aussi grave résultant habituellement d’un acte frauduleux ou délibéré, les tribunaux se sont demandé si le transporteur peut s’en remettre aux conditions du contrat ou à la loi et, plus particulièrement, s’il peut invoquer une clause limitative du contrat et de la loi puisqu’il a apparemment tourné le dos au contrat et à la loi.

À mon avis, le protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que la clause d’élection de for était nulle en raison du déroutement allégué découlant du déchargement des marchandises à Montréal.

En général, les questions d’inexécution fondamentale ou de dérogation à un contrat doivent être tranchées en fonction du droit et par le tribunal que les parties ont choisis dans le connaissance. Lorsqu’il est établi que le connaissance lie par ailleurs les parties (par exemple, que ses dispositions sur la compétence ne sont pas contraires à l’ordre public, qu’il ne résulte pas d’une fraude ou d’un déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties), le critère des « motifs sérieux » commande l’examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice, et non des questions de droit substantielles sous-jacentes au litige. Voir *Mackender c. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847 (C.A.), lord

30

31

differently, a court, in the context of an application for a stay to uphold a forum selection clause in a bill of lading, must not delve into whether one party has deviated from, or fundamentally breached an otherwise validly formed contract. Such inquiries would render forum selection clauses illusory since most disputes will involve allegations which, if proved, will make the agreement terminable or voidable by the aggrieved party. Moreover, while the choice of forum for the determination of the existence of the agreement would be made without reference to the forum selection clause in the contract, if the agreement were found to remain intact, resort to the said clause would presumably be necessary to decide the appropriate forum in which to settle the rights of the parties under the agreement.

32

The position adopted by the Court of Appeal would remove many disputes from the reach of a widely framed forum selection clause by the mere allegation of various types of wrongful conduct. In my view, where, as here, the parties agree that claims or disputes arising under or in connection with a bill of lading are to “be determined by the courts in Antwerp and no other Courts”, a proceeding in which one party contends that the other party deviated from the agreement such as to give the former the right to terminate or void the contract remains a proceeding in respect of a claim or dispute arising under or in connection with the bill of lading: *Fairfield v. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599 (H.C.), at pp. 605-8; *Ash v. Lloyd's Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.), at p. 758, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. v; *Morrison, supra*, at paras. 13 and 19. See also *Drew Brown Ltd. v. The “Orient Trader”*, [1974] S.C.R. 1286, *per* Ritchie J., at p. 1288, and *per* Laskin J., at p. 1318, where an alleged deviation was found not to displace an otherwise valid choice of law clause.

33

The conclusion that allegations of deviation or fundamental breach are matters arising under the contract that should not be considered in

Denning, p. 849-850, et lord Diplock, p. 852. En d’autres termes, le tribunal saisi d’une demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance ne doit pas scruter la question de savoir s’il y a eu dérogation à un contrat par ailleurs valide ou inexécution fondamentale d’un tel contrat par une partie. Pareil examen rendrait illusoire l’application des clauses d’élection de for, car la plupart des différends impliquent des allégations qui, si elles sont prouvées, permettront à la partie lésée d’obtenir la résiliation ou l’annulation du contrat. En outre, l’instance décisionnelle appelée à se prononcer sur l’existence d’un contrat serait choisie sans égard à la clause d’élection de for, mais il demeurerait vraisemblablement nécessaire, dans le cas où le contrat serait jugé applicable dans son intégralité, d’appliquer cette clause pour décider dans quel ressort il sera statué sur les droits des parties en vertu du contrat.

Le raisonnement retenu par la Cour d’appel soustrairait bon nombre de litiges à l’application des clauses d’élection de for énoncées en termes généraux du seul fait de l’allégation de différents types d’actes fautifs. Selon moi, lorsque les parties conviennent, comme en l’espèce, que tout différend découlant du connaissance ou toute demande s’y rapportant [TRADUCTION] « ressortit aux tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort », l’instance dans le cadre de laquelle l’une des parties prétend qu’elle a droit à la résiliation ou à l’annulation du contrat parce que l’autre a dérogé au contrat demeure une instance relative à un différend découlant du connaissance ou à une demande s’y rapportant : *Fairfield c. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599 (H.C.), p. 605-608; *Ash c. Lloyd's Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.), p. 758, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. v; *Morrison*, précité, par. 13 et 19. Voir aussi l’affaire *Drew Brown Ltd. c. The « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286, le juge Ritchie, p. 1288, et le juge Laskin, p. 1318, dans laquelle il a été statué qu’une prétendue dérogation n’écartait pas une clause par ailleurs valide désignant le droit applicable.

La conclusion selon laquelle les allégations de dérogation ou d’inexécution fondamentale sont des questions découlant du contrat qui ne doivent pas

determining whether to give effect to a forum selection clause is supported by the construction approach to fundamental breach considered by our Court in *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, a case concerning the use of fundamental breach in the context of time limitation provisions. Discussing *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426 (a case involving fundamental breach in the context of clauses excluding liability), the Court said this, at para. 52:

[W]hether fundamental breach prevents the breaching party from continuing to rely on an exclusion clause is a matter of construction rather than a rule of law. The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J.

In my view, the policy rationale in support of the construction approach applied to exclusion and time limitation clauses is equally applicable to forum selection clauses in bills of lading.

In the case at bar, it is unnecessary to determine whether there has been a fundamental breach or deviation because the forum selection clause clearly covers such a dispute. The language of the clause is unambiguous and not subject to any qualifications, and the parties' bargain was not unconscionable or unreasonable. The clause becomes relevant precisely in disputes such as this one, as it regulates the way in which liability for deviation or breach of contract is to be established.

This approach is sound for policy reasons. Stay applications in the Federal Court should be brought quickly after commencement of the suit and consequently, the parties will have limited knowledge and information regarding the strength or weakness

être prises en compte pour déterminer s'il y a lieu de donner effet à la clause d'élection de for trouve appui dans la méthode de l'interprétation préconisée par notre Cour à l'égard de l'inexécution fondamentale dans *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, affaire dans laquelle l'inexécution fondamentale a été invoquée relativement à l'application de dispositions fixant un délai de prescription. Voici ce que la Cour a dit, au par. 52, en parlant de l'arrêt *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426 (une affaire d'inexécution fondamentale invoquée à l'encontre de l'application d'une clause d'exonération de responsabilité) :

[L]e juge en chef Dickson et le juge Wilson ont confirmé que la question de savoir si l'inexécution fondamentale empêche la partie qui en est l'auteur de continuer d'invoquer une clause d'exclusion est une question d'interprétation plutôt que de règle de droit. En cas d'inexécution fondamentale, la seule restriction à l'exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d'appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, selon le juge Wilson.

À mon avis, la raison de principe qui appuie l'application de la méthode de l'interprétation à une clause d'exonération de responsabilité et au délai de prescription vaut également à l'égard des clauses d'élection de for stipulées dans un connaissement.

En l'espèce, il est inutile de décider s'il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, car la clause d'élection de for vise clairement ce type de différend. Le libellé de cette clause est non équivoque et inconditionnel, et l'entente intervenue entre les parties n'est ni inique ni déraisonnable. La clause s'applique précisément à un litige comme celui qui oppose les parties en l'espèce, puisqu'elle régit la manière dont est établie la responsabilité de l'une ou l'autre des parties en cas de dérogation au contrat ou d'inexécution.

Des considérations de principe étayent cette conclusion. La Cour fédérale doit être saisie d'une demande de suspension aussitôt que possible après le début de l'instance; pour cette raison, chaque partie connaît très peu les forces et les faiblesses de

of their opponent's case. Issues regarding whether there has been, for instance, an unreasonable deviation raise complicated questions of fact that require a consideration of all the circumstances giving rise to the alleged deviation.

36 Given my conclusions, I do not consider it necessary to address the issue of the relationship between deviation and fundamental breach. Suffice it to say that, in this case, either allegation concerns a dispute arising under or in connection with the bill of lading. There is no need to consider the applicability of the doctrine of separability.

D. *Section 46 of the Marine Liability Act*

37 Section 46(1) of the *Marine Liability Act*, which entered into force on August 8, 2001, has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b), or (c) are met. This includes where the actual port of loading or discharge is in Canada. In this case, there would be no question that the Federal Court is an appropriate forum to hear the respondents' claim but for the fact that s. 46 does not apply to judicial proceedings commenced prior to its coming into force: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479, at paras. 13-24. Section 46 of the *Marine Liability Act* is therefore irrelevant in this appeal.

38 Indeed, s. 46(1) would appear to establish that, in select circumstances, Parliament has deemed it appropriate to limit the scope of forum selection clauses by facilitating the litigation in Canada of claims related to the carriage of goods by water having a minimum level of connection to this country. Such a legislative development does not, however, provide support for the fundamental jurisprudential shift made by the Court of Appeal in the case at bar. To the contrary, s. 46(1) indicates Parliament's intent to broaden the jurisdiction of the Federal Court only in very particular instances that

la preuve de l'autre. La question de savoir si, par exemple, il y a eu déroutement déraisonnable soulève des questions de fait complexes qui exigent l'examen de toutes les circonstances à l'origine du déroutement allégué.

Vu mes conclusions, je ne crois pas nécessaire d'examiner la question du lien entre le déroutement et l'inexécution fondamentale. Il suffit de dire en l'espèce que l'une ou l'autre des allégations concerne un différend qui découle du connaissance ou qui s'y rapporte. Point n'est besoin de décider si le principe de la divisibilité s'applique.

D. *L'article 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime*

Entré en vigueur le 8 août 2001, le par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l'une ou l'autre des conditions énoncées aux al. 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d'élection de for. Le fait que le port de chargement ou de déchargement effectif est situé au Canada fait partie des conditions énoncées. Dans la présente affaire, nul ne contesterait que la Cour fédérale a compétence pour connaître de la demande des intimées si ce n'était que l'art. 46 ne s'applique pas aux procédures engagées avant son entrée en vigueur : *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2002] A.C.F. n° 1699 (QL), 2002 CAF 479, par. 13-24. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'est donc pas pertinent en l'espèce.

En fait, il semblerait, à la lecture du par. 46(1), que le législateur a jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d'élection de for en facilitant l'instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. Cette mesure législative ne justifie cependant pas le revirement jurisprudenciel fondamental de la Cour d'appel en l'espèce. Au contraire, le par. 46(1) témoigne de l'intention du législateur de n'élargir la compétence de la Cour fédérale que dans des cas bien particuliers que pourra facilement

can easily be ascertained by a prothonotary called upon to grant a stay of proceedings pursuant to the forum selection clause of a bill of lading. Section 46(1) in no way mandates a prothonotary to consider the merits of the case, an approach in line with the general objectives of certainty and efficiency, which underlie this area of the law.

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

I am of the view that, in the absence of applicable legislation, for instance s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, the proper test for a stay of proceedings pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act* to enforce a forum selection clause in a bill of lading remains as stated in *The "Eleftheria"*, which I restate in the following way. Once the court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, the court must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. See *The "Eleftheria"*, at p. 242; *Amchem*, at pp. 915-22; *Holt Cargo*, at para. 91. Disputes arising under or in connection with a contract may not be regarded by a court in determining whether "strong cause" has been shown that a stay should not be granted.

In this case, the bill of lading and its forum selection clause have been entered into and are otherwise binding on the parties. The prothonotary began by properly applying the "strong cause" test. In so doing the prothonotary weighed the fact that the appellant prefers to litigate in a familiar jurisdiction and does not bring up the jurisdiction clause merely to seek a procedural advantage; there are reasonable connections with Belgium; there are Belgian and French witnesses; any time bar which may preclude the respondents from bringing their case in Belgium has been waived; no security has been posted; and the enforcement of a Belgian judgment against the

identifier le protonotaire saisi d'une demande de suspension fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissement. Le paragraphe 46(1) n'oblige aucunement le protonotaire à examiner le bien-fondé de l'instance, une démarche conforme aux objectifs généraux de certitude et d'efficacité sous-jacents à ce domaine du droit.

E. Application du droit aux faits de la présente affaire

Comme aucune disposition législative semblable au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne s'applique, j'estime que le critère d'appréciation d'une demande de suspension des procédures fondée sur l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et présentée en vue de donner effet à la clause d'élection de for incluse dans un connaissement demeure celui énoncé dans *The « Eleftheria »*, que je reformule de la manière suivante. Une fois convaincue qu'un connaissement valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu'il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d'exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce. Voir *The « Eleftheria »*, p. 242; *Amchem*, p. 915-922; *Holt Cargo*, par. 91. Le tribunal ne peut examiner les différends découlant d'un contrat ou s'y rapportant pour décider si des « motifs sérieux » justifiant le refus de la suspension ont été établis.

Dans la présente affaire, le connaissement et sa clause d'élection de for ont été conclus et lient par ailleurs les parties. Le protonotaire a d'abord appliqué correctement le critère des « motifs sérieux » en tenant compte des faits suivants : l'appelante préfère plaider dans un ressort judiciaire qu'elle connaît bien et elle n'invoque pas la clause attributive de compétence uniquement pour en tirer un avantage procédural; il existe des liens pertinents avec la Belgique; certains témoins sont belges et d'autres français; il y a eu renonciation à toute prescription qui aurait pu empêcher les intimées de porter l'affaire devant les tribunaux belges; aucun cautionnement n'a été

appellant should present no particular difficulties. The prothonotary also accepted the respondents' arguments that there will be Canadian and American witnesses in these proceedings; the Tribunal de commerce in Antwerp conducts its proceedings in Flemish and decides cases on the basis of documents and statements, a procedure precluding witnesses and cross-examination; and, there may be more delay in Belgium than in Canada, especially if there is an appeal. The prothonotary concluded that the factors in favour of denying a stay, while substantial, were just short of the "strong cause" test which the respondents had the burden of meeting. I see no reason why the prothonotary's conclusion on this point should be set aside. However, the prothonotary erred by subsequently turning his attention to a dispute arising under the bill of lading and in effect extending the tripartite test for interlocutory injunctions to motions for a stay of proceedings involving forum selection clauses contained in bills of lading.

VI. Disposition

41 The prothonotary, to the extent he applied the "tripartite test", erred in law, as did the Court of Appeal in concluding that the appropriate test for a stay of proceedings involving a bill of lading with a forum selection clause was the "tripartite test" for interlocutory injunctions. The "strong cause" test does not contemplate an inquiry into the question of establishing whether the surrounding contract is voidable. Such questions are best left to the decision maker in the forum agreed upon.

42 Accordingly, I would allow the appeal, overturn the judgments of the courts below, and issue a stay of proceedings in favour of the appellant, with costs throughout to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bernard & Partners, Vancouver.

fourni; l'exécution d'un jugement belge contre l'appelante ne devrait présenter aucune difficulté particulière. Le protonotaire a également retenu les arguments des intimées selon lesquels des témoins canadiens et américains seront appelés à déposer, le Tribunal de commerce d'Anvers instruit les affaires en flamand et tranche sur pièces au vu de documents et de déclarations, ce qui exclut l'audition et le contre-interrogatoire de témoins, et la procédure pourrait être plus longue en Belgique qu'au Canada, surtout s'il y a appel. Le protonotaire a conclu que les facteurs défavorables à la suspension des procédures, même s'ils ont un certain poids, ne sont pas suffisants pour constituer les « motifs sérieux » qu'il incombait aux intimées d'établir. Je ne vois aucune raison d'annuler la conclusion du protonotaire à cet égard. Toutefois, il a commis une erreur par la suite en se penchant sur un différend découlant du connaissance et en appliquant en fait l'analyse en trois étapes propre aux injonctions interlocutoires aux demandes de suspension des procédures fondées sur l'existence d'une clause d'élection de for dans un connaissance.

VI. Dispositif

Le protonotaire, dans la mesure où il a appliqué l'« analyse en trois étapes », a commis une erreur de droit, tout comme la Cour d'appel lorsqu'elle a conclu que le critère applicable à une demande de suspension des procédures fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissance correspond à l'analyse en trois étapes qui vaut en matière d'injonctions interlocutoires. Il n'y a pas lieu, pour appliquer le critère des « motifs sérieux », de se demander si le contrat est susceptible d'annulation. Il est préférable de laisser au tribunal du ressort convenu le soin de trancher cette question.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des tribunaux d'instance inférieure et d'accorder la suspension des procédures à l'appelante, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Bernard & Partners, Vancouver.

*Solicitors for the respondents: Davies, Ward,
Phillips and Vineberg, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Davies, Ward, Phillips
et Vineberg, Montréal.*

**Canadian Cable Television
Association** *Appellant*

v.

Barrie Public Utilities, Essex Public Utilities Commission, Guelph Hydro, Innisfil Hydro, Leamington Public Utilities Commission, Markham Hydro Electric Commission, Mississauga Hydro Electric Commission, Niagara-on-the-Lake Hydro Electric Commission, The Hydro Electric Commission of North Bay, Oakville Hydro, Orillia Water, Light and Power, Perth Public Utilities Commission, Richmond Hill Hydro Electric Commission, Shelburne Hydro, Stoney Creek Hydro-Electric Commission, Stratford Public Utility Commission, Toronto Hydro-Electric Commission (formerly Hydro Electric Commission of the City of North York and Public Utilities Commission of the City of Scarborough), Waterloo North Hydro and Kitchener-Wilmot Hydro *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Saskatchewan Power Corporation, Federation of Canadian Municipalities, GT Group Telecom Services Corp., Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc. *Interveners*

INDEXED AS: BARRIE PUBLIC UTILITIES v. CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN.

Neutral citation: 2003 SCC 28.

File No.: 28826.

Association canadienne de télévision par câble *Appelante*

c.

Barrie Public Utilities, Essex Public Utilities Commission, Guelph Hydro, Innisfil Hydro, Leamington Public Utilities Commission, Markham Hydro Electric Commission, Mississauga Hydro Electric Commission, Niagara-on-the-Lake Hydro Electric Commission, The Hydro Electric Commission of North Bay, Oakville Hydro, Orillia Water, Light and Power, Perth Public Utilities Commission, Richmond Hill Hydro Electric Commission, Shelburne Hydro, Stoney Creek Hydro-Electric Commission, Stratford Public Utility Commission, Toronto Hydro-Electric Commission (autrefois Hydro Electric Commission of the City of North York et Public Utilities Commission of the City of Scarborough), Waterloo North Hydro et Kitchener-Wilmot Hydro *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Saskatchewan Power Corporation, Fédération canadienne des municipalités, GT Group Telecom Services Corp., Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BARRIE PUBLIC UTILITIES c. ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE

Référence neutre : 2003 CSC 28.

N° du greffe : 28826.

2003: February 19; 2003: May 16.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether Court of Appeal properly reviewed Commission's decision on correctness standard — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

Broadcasting — Telecommunications — Access to power poles — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) of Telecommunications Act includes power poles of provincially regulated electric power companies — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

The appellant CCTA seeks access to the power poles of the respondent power utilities for the purpose of supporting cable television transmission lines. In the past, the CCTA's members have rented space from the utilities under private contract. Since 1996, the parties have been unable to reach agreement. The CCTA obtained an order from the CRTC requiring the utilities to grant it access to their power poles on terms stipulated by the CRTC. The CRTC found that the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, read in context and in the light of telecommunications and broadcasting policy objectives, was broad enough to grant it authority over the utilities' power poles. The CRTC found that this interpretation was *intra vires* Parliament under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The utilities successfully appealed this order to the Federal Court of Appeal, which reviewed the decision on a correctness standard and held that s. 43(5), properly interpreted, does not give the CRTC jurisdiction over the power poles of provincially regulated electric power companies.

2003 : 19 février; 2003 : 16 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Ordonnance du Conseil enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — La Cour d'appel a-t-elle appliqué à bon droit la norme de la décision correcte pour le contrôle de la décision du Conseil? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

Radiodiffusion — Télécommunications — Accès aux poteaux électriques — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — Le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » à l'art. 43(5) de la Loi sur les télécommunications englobe-t-il les poteaux électriques des entreprises d'électricité relevant de la province? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

L'appelante l'ACTC demande l'accès aux poteaux électriques des services publics d'électricité intimés afin d'y installer ses lignes de transmission. Par le passé, les membres de l'ACTC ont loué de l'espace aux services publics par contrat privé. Depuis 1996, les parties n'ont pas réussi à parvenir à une entente. L'ACTC a obtenu une ordonnance du CRTC enjoignant aux services publics de lui donner accès à leurs poteaux aux conditions fixées par le CRTC. Le CRTC a conclu que le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, interprété dans son contexte et selon les objectifs de la politique de télécommunication et de la politique de radiodiffusion, avait un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques des services publics. Le CRTC a conclu que, selon cette interprétation, le pouvoir en question est *intra vires* du Parlement en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les services publics ont avec succès interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel fédérale, qui a examiné la décision au regard de la norme de la décision correcte et a conclu que le par. 43(5), correctement interprété, ne confère pas au CRTC la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux d'entreprises d'électricité réglementées par la province.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The standard of review applicable to the CRTC's decision is correctness. All four factors of the pragmatic and functional approach point to that conclusion. Section 64(1) of the *Telecommunications Act* grants a right of appeal to the Federal Court of Appeal with leave of that court on any question of law or of jurisdiction. While the presence of a statutory right of appeal is not decisive of a correctness standard, it is a factor suggesting a more searching standard of review. With respect to relative expertise, deference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise. The proper interpretation of the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) is not a question that engages the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. Rather, it is a purely legal question and is therefore ultimately within the province of the judiciary. The court's expertise in matters of pure statutory interpretation is superior to that of the CRTC, which suggests a less deferential approach. The purposes of the legislation and the provision in particular also point to a less deferential standard of review. While much of the CRTC's work involves the elaboration and implementation of telecommunications policy, s. 43(5) accords the CRTC the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them. Finally, regarding the nature of the problem, even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors suggest the legislature so intended. But that is not the case here.

Section 43(5) cannot bear the broad meaning given to it by the CRTC and advanced by the CCTA. Looking for the moment at the subsection alone, three points arise. First, the phrase "a person who provides services to the public" in s. 43(5) includes but is broader than the phrase "Canadian carrier or distribution undertaking" found elsewhere in the section. Second, the phrase

Arrêt (le juge Bastarache est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Arbour, LeBel et Deschamps : La norme de contrôle applicable aux décisions du CRTC est la norme de la décision correcte. Les quatre facteurs de la démarche pragmatique et fonctionnelle pointent vers cette conclusion. Le paragraphe 64(1) de la *Loi sur les télécommunications* prévoit qu'avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence. Bien que la présence d'un droit d'appel dans la loi ne permette pas de conclure que la norme à appliquer est celle de la décision correcte, c'est un facteur qui indique qu'une norme plus stricte s'impose. En ce qui concerne l'expertise relative, la cour de révision doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l'organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu'elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise. L'interprétation qu'il convient de donner au membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) n'est pas une question faisant appel à l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Il s'agit plutôt d'une question purement de droit, qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice. L'expertise de la cour sur les questions d'interprétation législative pure est supérieure à celle du CRTC. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée. Les objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause impliquent également une norme de retenue moins élevée. Bien qu'une bonne partie du travail du CRTC consiste à élaborer et à mettre en œuvre une politique de télécommunication, le par. 43(5) confère au CRTC la fonction essentiellement juridictionnelle d'examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement. Enfin, pour ce qui est de la nature du problème, il peut convenir de faire preuve d'un degré élevé de retenue même à l'égard de questions purement de droit, si d'autres facteurs semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Le paragraphe 43(5) ne peut avoir le sens général que lui donne le CRTC et qu'avance l'ACTC. Si l'on interprète ce paragraphe isolément, trois questions se posent. Premièrement, le membre de phrase « le fournisseur de services au public » au par. 43(5) est plus général que le membre de phrase « l'entreprise canadienne [ou] l'entreprise de distribution » ailleurs dans l'article.

“constructed on a highway or other public place” qualifies the phrase “transmission line” and therefore, the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land. The utilities’ power poles sometimes stand on private land pursuant to public utility rights-of-way. Third, the subsection speaks of “transmission lines” rather than “distribution lines”. The utilities’ power poles support distribution lines, not transmission lines. Parliament should be taken to know this distinction. Had Parliament intended to submit the utilities’ power poles to the jurisdiction of the CRTC, it would have referred to distribution lines. Looking next to s. 43 as a whole, the CRTC’s interpretation of subs. (5) is at odds with the rest of the section. The phrase “transmission lines” may not be given a broader meaning in subs. (5) than occurs in the rest of the section. The absence of the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” in subs. (5) does not justify such a broader interpretation. The definition of “transmission facility” in s. 2 must also be taken into account. A transmission facility is defined as a facility for the transmission of “intelligence”. The utilities’ power poles do not serve to transmit intelligence. They serve to transmit electricity. One must conclude that the “transmission lines” referred to in s. 43(5) are the same as those constructed, maintained and operated pursuant to s. 43(2) to (4). They do not include the utilities’ power poles.

The CRTC’s heavy reliance on the policy objectives of the *Telecommunications Act* and the *Broadcasting Act* was in error. The consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation. Yet the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament’s discernible intent as revealed by the plain meaning of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole.

Per Bastarache J. (dissenting): The constitutional question whether s. 43(5), as construed by the CRTC, is *ultra vires* Parliament has been important at every level of this case. The CRTC canvassed the issue thoroughly in its reasons. The Federal Court of Appeal referred to the constitutional issue. The Chief Justice of this Court certified a constitutional question. The Federal Court of Appeal erred by failing to separate the constitutional

Deuxièmement, le membre de phrase « construite sur une voie publique ou un autre lieu public » précise le sens du terme « ligne de transmission ». En conséquence, le CRTC ne peut pas permettre l’accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés. Les poteaux électriques des services publics se trouvent parfois sur des terrains privés en vertu de droits de passage d’utilité publique. Troisièmement, il est question dans ce paragraphe de « lignes de transmission » et non de « lignes de distribution ». Les poteaux électriques des services publics servent de structure de soutien aux lignes de distribution et non aux lignes de transmission. Il faut présumer que le législateur connaissait cette distinction. S’il avait voulu que les poteaux électriques des services publics relèvent de la compétence du CRTC, il aurait utilisé le terme « ligne de distribution ». Il ressort de l’analyse de l’art. 43 dans son ensemble que l’interprétation que le CRTC donne au par. (5) ne cadre pas avec le reste de l’article. L’expression « lignes de transmission » ne peut recevoir un sens plus large au par. (5) que dans le reste de l’article. L’absence du membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » au par. (5) ne justifie pas une interprétation aussi large. Il faut aussi tenir compte de la définition d’« installation de transmission » à l’art. 2. Une installation de transmission est définie comme étant une installation servant à la transmission de « renseignements ». Les poteaux électriques des services publics ne servent pas à transmettre des renseignements. Ils servent à transmettre de l’électricité. Il faut conclure que les « lignes de transmission » dont il est question au par. 43(5) sont les mêmes que celles qui sont construites, entretenues et exploitées conformément aux par. 43(2) à (4). Elles n’englobent pas les poteaux électriques des services publics.

Le CRTC s’est à tort fondé essentiellement sur les objectifs de politique de la *Loi sur les télécommunications* et de la *Loi sur la radiodiffusion*. La prise en considération des objectifs législatifs est l’un des aspects de l’approche moderne en matière d’interprétation des lois. Cependant, le CRTC s’est fondé sur les objectifs de politique pour écarter l’intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire du par. 43(5), de l’art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout.

Le juge Bastarache (dissident): La question constitutionnelle de savoir si le par. 43(5), tel qu’il est interprété par le CRTC, est *ultra vires* du Parlement a été importante devant toutes les juridictions. Le CRTC a analysé la question en détail dans ses motifs. La Cour d’appel fédérale parle de la question constitutionnelle. Le Juge en chef de notre Cour certifie une question constitutionnelle. La Cour d’appel fédérale a commis

question from the statutory interpretation question. Judicial review of the CRTC's order requires a separation of that decision into two main questions. One is the constitutional question, which is whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would make that provision *ultra vires* Parliament. The other is the more general question of the CRTC's interpretation of s. 43(5) and exercise of its power in issuing its decision. Combining a constitutional question and a statutory interpretation question may skew the standard of review for an agency's decision. In addition, where a constitutional question is raised, reviewing the agency's ordinary statutory interpretation without isolating the constitutional question can limit the agency's ability to give the legislation at issue the full import intended by the legislature. The Federal Court of Appeal did not rule on the constitutionality of the CRTC's interpretation of s. 43(5), but was clearly concerned by the possibility that it might be *ultra vires*. This concern was erroneous. According to the doctrine of the presumption of constitutionality, a statute should be presumed constitutional unless proven unconstitutional. Where a statute is ambiguous and more than one construction is possible, the presumption of constitutionality does not empower a decision maker to reject a plausible construction on the basis that it may be unconstitutional or that its unconstitutionality has been merely alleged. Before rejecting the CRTC's interpretation of s. 43(5), the Federal Court of Appeal should have ruled on the constitutional question.

It is settled law that application of the pragmatic and functional approach to a question of constitutional law will yield a correctness standard and therefore the CRTC's constitutional determination is reviewable on that standard. However, in the present appeal, the main question was the appropriateness of the CRTC's access order issued under s. 43(5). The constitutional question was raised only as an attack on the CRTC's order. If the allegation the provision is unconstitutional is meritless, the constitutional question should not serve nevertheless to dictate the level of scrutiny by the court reviewing the administrative decision.

Review of the administrative decision itself consists of two questions. The first is the CRTC's interpretation of s. 43(5). This is a question of law. The second is the appropriateness of the specific terms of the decision, which is a question of mixed law and fact. It is uncontroversial

une erreur en ne séparant pas la question constitutionnelle de la question d'interprétation des lois. Le contrôle judiciaire de l'ordonnance du CRTC comporte l'examen de deux questions principales. La première est la question constitutionnelle, qui consiste à se demander si une des interprétations avancées à l'égard du par. 43(5) de la Loi rendrait cette disposition *ultra vires* du Parlement. La deuxième est la question plus générale de l'interprétation du par. 43(5) par le CRTC et de l'exercice qu'il a fait de son pouvoir lorsqu'il a rendu la décision. La combinaison d'une question constitutionnelle et d'une question d'interprétation des lois risque de fausser la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme. De plus, lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée, contrôler l'interprétation législative ordinaire de l'organisme sans isoler la question constitutionnelle peut restreindre la capacité de l'organisme de donner à la loi en cause toute la portée que voulait lui donner le législateur. La Cour d'appel fédérale n'a pas statué sur la constitutionnalité de l'interprétation que le CRTC donne au par. 43(5), mais se demande manifestement si elle rend cette disposition *ultra vires*. Cette crainte est non fondée. Selon le principe d'interprétation de la présomption de constitutionnalité, il faut présumer qu'une loi est constitutionnelle sauf preuve contraire. Lorsqu'une loi est ambiguë et qu'il y a plusieurs interprétations possibles, la présomption de constitutionnalité ne donne pas au décideur le pouvoir de rejeter une interprétation plausible au motif qu'elle peut être inconstitutionnelle ou que son inconstitutionnalité est simplement alléguée. Avant de rejeter l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5), la Cour d'appel fédérale aurait dû statuer sur la question constitutionnelle.

Il est bien établi en droit que l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle à une question de droit constitutionnel mène à l'application de la norme de la décision correcte. La décision d'ordre constitutionnel du CRTC est donc susceptible de contrôle au regard de cette norme. Cependant, en l'espèce, la question principale porte sur l'opportunité de l'ordonnance d'accès que le CRTC a prise en application du par. 43(5). La question constitutionnelle n'a été soulevée que comme moyen de contestation de l'ordonnance du CRTC. Si l'allégation que cette disposition est inconstitutionnelle est sans fondement, elle ne devrait pas servir à dicter la norme que la cour chargée de contrôler la décision administrative doit appliquer.

Le contrôle de la décision administrative elle-même comporte l'examen de deux questions. La première question porte sur l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5). Il s'agit d'une question de droit. La deuxième question porte sur le bien-fondé du contenu

that the reviewing court owes the CRTC deference on the specific terms of an order and therefore the standard of review of the specific terms of the decision in question is reasonableness *simpliciter*.

The standard of review for the CRTC's interpretation of s. 43(5) is also reasonableness *simpliciter*. While a statutory right of appeal suggests a more searching standard of review and militates against deference, it is necessary to consider the other factors before making the final determination of the degree of deference. Expertise is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. Expertise is to be understood as a relative, not an absolute concept. The court is perhaps better positioned than the CRTC to interpret general legal terms of wide usage; however, the CRTC will have greater expertise *vis-à-vis* the reviewing court for technical and policy-related matters, including determination of legal questions associated with the specialized statutes enabling the CRTC. The meaning of "the supporting structure of a transmission line" is a technical question best answered by the specialized agency in whose enabling legislation it arises. When its enabling legislation is in issue, a specialized agency will be better equipped than a court to interpret words in their entire context in harmony with the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. On even a purely legal question within its expertise, the CRTC is owed deference. The CRTC would have been significantly better positioned than the court to assess the alternatives and the consequences for the broader scheme of each possible interpretation of s. 43(5). If knowledge of all the technical meanings of terms such as "transmission" and the factual situation of poles are relevant, the issue appears no longer to be a pure question of statutory interpretation. Instead, it is one deeply enmeshed in the context and the domain of the CRTC's expertise. Therefore, determining the definition of "the supporting structure of a transmission line" falls squarely within the CRTC's expertise. The purpose of the Act as a whole and the provision in particular also suggest substantial deference. The purpose of s. 43(5), as evident from its inclusion with the other subsections of s. 43, is clearly to provide an alternative to the construction of new structures on public land. This suggests deference to the extent that the question is one best answered by the expert tribunal in appreciation of the real-life consequences for other provisions in the statute. The nature of the problem suggests, at first blush, less deference. It is established, however, that even pure questions of law may be granted deference where other factors of

particulier de la décision. Il s'agit ici d'une question mixte de droit et de fait. Il est incontesté que la cour de révision doit faire preuve de retenue à l'égard du contenu particulier des ordonnances du CRTC et que la norme de contrôle applicable au contenu particulier de la décision est donc fondée sur la décision raisonnable *simpliciter*.

La norme de contrôle applicable à l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) est donc aussi fondée sur la décision raisonnable *simpliciter*. Bien que la présence d'une clause autorisant les appels donne à penser qu'une norme de contrôle plus stricte s'applique et milite contre la retenue judiciaire, il est nécessaire de prendre en considération les autres facteurs applicables avant de rendre une décision définitive quant au degré de retenue nécessaire. L'expertise est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. L'expertise est une notion relative et non absolue. La cour est peut-être mieux placée que le CRTC pour interpréter des termes juridiques généraux d'usage courant. Toutefois, le CRTC aura une plus grande expertise que la cour de révision pour des questions techniques et des questions de politique, notamment des questions de droit se rapportant aux lois spécialisées qui l'habilitent. Le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » est une question technique et c'est l'organisme spécialisé dont la loi habilitante fait état de cette question qui est le mieux placé pour y répondre. Lorsque sa loi habilitante est en cause, l'organisme spécialisé sera plus qualifié que la cour pour interpréter les termes dans leur contexte global en leur donnant un sens qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. Il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC même sur des questions purement de droit relevant de son expertise. Le CRTC aurait été beaucoup mieux placé que la cour pour évaluer les autres interprétations possibles du par. 43(5) et les conséquences de chacune d'elles. Si la connaissance de tous les sens techniques de termes comme « transmission » et la situation de fait des poteaux sont pertinentes, il ne s'agit plus d'une pure question d'interprétation législative. Il s'agit plutôt d'une question très embrouillée dans le contexte et le domaine d'expertise du CRTC. Par conséquent, déterminer le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » relève directement du champ d'expertise du CRTC. L'objet de la Loi dans son ensemble et celui de la disposition en particulier indiquent qu'il faut faire preuve d'une grande retenue. L'objet du par. 43(5), qui ressort de son inclusion dans l'art. 43, est clairement de fournir une solution de rechange à la construction de nouvelles structures sur des terrains publics. Cela indique qu'il faut faire preuve de retenue dans la mesure où le décideur le mieux placé pour répondre à cette question est le tribunal

the pragmatic and functional approach suggest that the legislature intends such deference.

Construing s. 43(5) so as to allow the CRTC to permit access to the poles of provincially regulated utilities would not render the provision *ultra vires* Parliament. The CRTC therefore decided correctly that this construction of s. 43(5) is constitutionally valid.

The CRTC's interpretation of s. 43(5) stands up to scrutiny and is therefore reasonable. It is unnecessary to determine whether the CRTC's contextual approach to "public place" is correct, but it is at least reasonable. Furthermore, the CRTC's decision was supported by reasons that could stand up to a somewhat probing examination. Since the CRTC's order was reasonable, the Federal Court of Appeal erred in allowing the appeal.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

By Bastarache J. (dissenting)

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991]

spécialisé, qui est à même d'apprécier les conséquences réelles pour d'autres dispositions de la loi. La nature du problème donne à penser, de prime abord, qu'il faut faire preuve d'une moins grande retenue. Il est établi, toutefois, qu'il peut convenir de faire preuve de retenue même à l'égard de pures questions de droit, si d'autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur.

Interpréter le par. 43(5) de façon à permettre au CRTC d'autoriser l'accès aux poteaux des services publics réglementés par la province ne rendrait pas cette disposition *ultra vires* du Parlement. Le CRTC a donc décidé à bon droit que cette interprétation du par. 43(5) est valide du point de vue constitutionnel.

L'interprétation que le CRTC donne au par. 43(5) résiste à un examen minutieux et est donc raisonnable. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'approche contextuelle adoptée par le CRTC pour l'interprétation de « lieu public » est correcte, mais elle est à tout le moins raisonnable. De plus, la décision du CRTC était étayée par des motifs capables de résister à un examen assez poussé. L'ordonnance du CRTC étant raisonnable, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en faisant droit à l'appel.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt appliqué : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

Citée par le juge Bastarache (dissent)

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cuddy Chicks Ltd.*

- 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.*, [2002] F.C.J. No. 1777 (QL), 2002 FCA 500; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Attorney-General for British Columbia v. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, [2002] A.C.F. n° 1777 (QL), 2002 CAF 500; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S.

Canadian Pacific Railway Co., [1906] A.C. 204; *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 S.C.R. 232; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "distribution undertaking", 3.
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C. 1985, c. C-22, s. 3(2) [rep. & sub. 1991, c. 11, s. 76], (3) [idem].
Constitution Act, 1867, s. 92(10), (13).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 2(1) "Canadian carrier", "transmission facility", 7, 43, 44, 45, 52(1), 64(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Harvison Young, Alison. "Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference" (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

641; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204; *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 R.C.S. 232; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos liée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10), (13).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », 3.
Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-22, art. 3(2) [abr. & rempl. 1991, ch. 11, art. 76], (3) [idem].
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise canadienne », « installation de transmission », 7, 43 [mod. 1999, ch. 31, art. 204], 44, 45 [idem, art. 205], 52(1), 64(1) [idem, art. 206].

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Harvison Young, Alison. « Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference » (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

Macdonald, Roderick A. "On the Administration of Statutes" (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

Ryder, Bruce. "Family Status, Sexuality and 'The Province of the Judiciary': The Implications of *Mossop v. A.-G. Canada*" (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 4 F.C. 237, 202 D.L.R. (4th) 272, 273 N.R. 291, [2001] F.C.J. No. 1150 (QL), 2001 FCA 236, setting aside the Telecom Decision CRTC 99-13. Appeal dismissed, Bastarache J. dissenting.

Neil Finkelstein and Catherine Beagan Flood, for the appellant.

Alan Mark and Peter Ruby, for the respondents.

Brian J. Saunders and Peter Southey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Nancy E. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Robert G. Richards, Q.C.*, for the intervener the Saskatchewan Power Corporation.

Written submissions only by *Christian S. Tacit*, for the intervener the Federation of Canadian Municipalities.

Macdonald, Roderick A. « On the Administration of Statutes » (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

Ryder, Bruce. « Le statut familial, la sexualité et "le domaine de la magistrature", les suites de *Mossop c. l'A.-G. du Canada* » (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2001] 4 C.F. 237, 202 D.L.R. (4th) 272, 273 N.R. 291, [2001] A.C.F. n° 1150 (QL), 2001 CAF 236, qui a infirmé la décision Télécom CRTC 99-13. Pourvoi rejeté, le juge Bastarache est dissident.

Neil Finkelstein et Catherine Beagan Flood, pour l'appelante.

Alan Mark et Peter Ruby, pour les intimées.

Brian J. Saunders et Peter Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Nancy E. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Robert G. Richards, c.r.*, pour l'intervenante Saskatchewan Power Corporation.

Argumentation écrite seulement par *Christian S. Tacit*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Written submissions only by *Seumas Woods* and *Charlotte Kanya-Forstner*, for the intervener GT Group Telecom Services Corp.

Written submissions only by *Thomas G. Heintzman, Q.C.*, *Susan L. Gratton* and *Genevieve Currie*, for the interveners Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

1 GONTHIER J. — The appellant, Canadian Cable Television Association (“CCTA”), seeks access to the power poles of the respondent power utilities (“Utilities”) for the purpose of supporting cable television transmission lines. In the past, the CCTA’s members have rented space from the Utilities under private contract. Since 1996, however, the parties have been unable to reach agreement. The CCTA sought and obtained an order from the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) requiring the Utilities to grant it access to their power poles on terms stipulated by the CRTC. The Utilities successfully appealed this order before the Federal Court of Appeal. The CCTA now appeals that decision.

2 The CRTC purported to make its order against the Utilities pursuant to s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (“Act”). The Federal Court of Appeal held that s. 43(5), properly interpreted, does not give the CRTC jurisdiction over the power poles of provincially regulated electric power companies such as the Utilities. I agree with this finding and would dismiss the appeal.

I. Facts

3 The members of the CCTA provide cable television services throughout Canada by means of cable transmission lines. In Ontario, these transmission lines are commonly carried on telephone and power

Argumentation écrite seulement par *Seumas Woods* et *Charlotte Kanya-Forstner*, pour l’intervenante GT Group Telecom Services Corp.

Argumentation écrite seulement par *Thomas G. Heintzman, c.r.*, *Susan L. Gratton* et *Genevieve Currie*, pour les intervenantes Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Major, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE GONTHIER — L’appelante, l’Association canadienne de télévision par câble (« ACTC »), demande l’accès aux poteaux électriques des services publics d’électricité intimés (« Services publics ») afin d’y installer ses lignes de transmission. Par le passé, les membres de l’ACTC ont loué de l’espace aux Services publics par contrat privé. Depuis 1996, toutefois, les parties n’ont pas réussi à parvenir à une entente. L’ACTC a sollicité et obtenu une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») enjoignant aux Services publics de lui donner accès à leurs poteaux aux conditions fixées par le CRTC. Les Services publics ont avec succès interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d’appel fédérale. L’ACTC se pourvoit maintenant contre l’arrêt de la Cour d’appel fédérale.

Le CRTC a affirmé avoir rendu son ordonnance contre les Services publics en application du par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (« Loi »). La Cour d’appel fédérale a conclu que le par. 43(5), correctement interprété, ne confère pas au CRTC la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux d’entreprises d’électricité réglementées par la province, comme les Services publics. Je souscris à cette conclusion et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Les membres de l’ACTC fournissent des services de câblodistribution partout au Canada au moyen de lignes de transmission par câble. En Ontario, les poteaux téléphoniques et électriques servent

poles. The CCTA claims to use over 300 000 power poles for this purpose in Ontario alone. By renting space on the poles of other providers, the CCTA avoids the expense, inconvenience and duplication of erecting its own poles.

The Utilities are provincially regulated electric power providers. The power poles by which they and other power utilities distribute electricity are a familiar sight throughout the country. In Ontario, the Utilities' poles are erected on both public and private property. It is not disputed that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario.

In 1996 the parties began negotiating a new rental agreement to replace the one that would soon expire. The Utilities demanded an increase in the rental rate from \$10.42 to \$40.92 per pole. The CCTA refused and the existing rental agreement expired. On February 13, 1997, the CCTA applied to the CRTC for final and interim relief.

II. Procedural History

The CRTC issued Telecom Decision CRTC 99-13 on September 28, 1999. It found that s. 43(5) of the Act granted it authority over the Utilities' power poles. In particular, the CRTC found that the phrase "the supporting structure of a transmission line", read in context and in the light of telecommunications and broadcasting policy objectives, was broad enough to include the Utilities' power poles. It ordered the Utilities to grant the CCTA access to their power poles at the annual rate of \$15.89 per pole.

The Federal Court of Appeal granted leave to appeal the CRTC's decision under s. 64(1) of the Act. Rothstein J.A. for the court allowed the appeal. He found that the CRTC's decision was reviewable on a correctness standard. He agreed with the CCTA that "the supporting structure of a

généralement de support à ces lignes de transmission. L'ACTC prétend qu'elle utilise plus de 300 000 poteaux électriques à cette fin rien qu'en Ontario. En louant de l'espace sur les poteaux d'autres fournisseurs, l'ACTC évite les dépenses, les inconvénients et le double emploi qu'entraînerait l'installation de ses propres poteaux.

Les Services publics sont des fournisseurs d'électricité réglementés par la province. Les poteaux servant à la distribution d'électricité font partie du paysage canadien. En Ontario, les poteaux des Services publics sont installés tant sur des terrains publics que sur des terrains privés. Il n'est pas contesté que les Services publics relèvent de la compétence de l'Ontario.

En 1996, les parties ont commencé à négocier un nouveau contrat de location pour remplacer celui qui devait expirer sous peu. Les Services publics ont exigé une augmentation du tarif de location, le faisant passer de 10,42 \$ à 40,92 \$ par poteau. L'ACTC a refusé et le contrat de location est expiré. Le 13 février 1997, l'ACTC a demandé au CRTC un redressement définitif et un redressement provisoire.

II. Historique des procédures judiciaires

Le CRTC a rendu la décision Télécom CRTC 99-13 le 28 septembre 1999. Il a conclu que le par. 43(5) de la Loi lui conférait la compétence voulue en ce qui concerne les poteaux électriques des Services publics. En particulier, il a conclu que le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission », interprété dans son contexte et selon les objectifs de la politique de télécommunication et de la politique de radiodiffusion, avait un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques des Services publics. Il a donc ordonné aux Services publics de donner à l'ACTC l'accès à leurs poteaux électriques au tarif annuel de 15,89 \$ par poteau.

La Cour d'appel fédérale a accordé l'autorisation d'interjeter appel de la décision du CRTC, en application du par. 64(1) de la Loi. Au nom de la cour, le juge Rothstein a accueilli l'appel. Il a conclu que la décision du CRTC était susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

4

5

6

7

transmission line”, read literally and in isolation, was capable of bearing a broad enough meaning to include power poles. Read in the context of the section as a whole, however, such an interpretation was inconsistent and unworkable. Rothstein J.A. rejected the CRTC’s reliance on policy objectives to inform its interpretation of s. 43(5), observing that the policies themselves do not confer jurisdiction on the CRTC and cannot be used as a basis for exercising a power the Act does not grant it.

III. Relevant Statutory Provisions

8 *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38

2. (1) In this Act,

. . .

“Canadian carrier” means a telecommunications common carrier that is subject to the legislative authority of Parliament;

. . .

“transmission facility” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, for the transmission of intelligence between network termination points, but does not include any exempt transmission apparatus.

43. (1) In this section and section 44, “distribution undertaking” has the same meaning as in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*.

(2) Subject to subsections (3) and (4) and section 44, a Canadian carrier or distribution undertaking may enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating its transmission lines and may remain there for as long as is necessary for that purpose, but shall not unduly interfere with the public use and enjoyment of the highway or other public place.

(3) No Canadian carrier or distribution undertaking shall construct a transmission line on, over, under or along a highway or other public place without the consent of the municipality or other public authority having jurisdiction over the highway or other public place.

Il a convenu avec l’ACTC que le membre de phrase « la structure de soutien d’une ligne de transmission », interprété littéralement et isolément, pouvait avoir un sens suffisamment large pour englober les poteaux électriques. Toutefois, dans le contexte de l’article pris dans son ensemble, une telle interprétation était illogique et irréalisable. Le juge Rothstein a estimé que le CRTC n’aurait pas dû se fonder sur les objectifs des politiques pour l’interprétation du par. 43(5), soulignant que les politiques elles-mêmes ne confèrent pas la compétence voulue au CRTC et qu’elles ne peuvent pas servir à fonder l’exercice d’un pouvoir que la Loi ne lui confère pas.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« entreprise canadienne » Entreprise de télécommunication qui relève de la compétence fédérale.

. . .

« installation de transmission » Tout système électromagnétique — notamment fil, câble ou système radio ou optique — ou tout autre procédé technique pour la transmission d’information entre des points d’arrivée du réseau, à l’exception des appareils de transmission exclus.

43. (1) Au présent article et à l’article 44, « entreprise de distribution » s’entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4) et de l’article 44, l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction, l’exploitation ou l’entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage, et y demeurer pour la durée nécessaire à ces fins; elles doivent cependant dans tous les cas veiller à éviter toute entrave abusive à la jouissance des lieux par le public.

(3) Il est interdit à l’entreprise canadienne et à l’entreprise de distribution de construire des lignes de transmission sur une voie publique ou dans tout autre lieu public — ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ceux-ci — sans l’agrément de l’administration municipale ou autre administration publique compétente.

(4) Where a Canadian carrier or distribution undertaking cannot, on terms acceptable to it, obtain the consent of the municipality or other public authority to construct a transmission line, the carrier or distribution undertaking may apply to the Commission for permission to construct it and the Commission may, having due regard to the use and enjoyment of the highway or other public place by others, grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

(5) Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

45. On application by a municipality or other public authority, or by an owner of land, the Commission may authorize the construction of drainage works or the laying of utility pipes on, over, under or along a transmission line of a Canadian carrier or any lands used for the purposes of a transmission line, subject to any conditions that the Commission determines.

64. (1) An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11

2. (1) In this Act,

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

I agree with the Federal Court of Appeal that correctness is the appropriate standard of review in this case.

(4) Dans le cas où l'administration leur refuse l'agrément ou leur impose des conditions qui leur sont inacceptables, l'entreprise canadienne ou l'entreprise de distribution peuvent demander au Conseil l'autorisation de construire les lignes projetées; celui-ci peut, compte tenu de la jouissance que d'autres ont des lieux, assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

(5) Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

45. Sur demande d'une administration municipale ou de toute autre administration publique, ou du propriétaire d'un terrain, le Conseil peut permettre, aux conditions qu'il estime indiquées, des travaux de drainage ou de canalisation sur le terrain servant aux lignes de transmission d'une entreprise canadienne ou les terrains servant à leur exploitation, ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ces terrains.

64. (1) Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l'aide d'ondes radioélectriques ou d'un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d'habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

Je conviens avec la Cour d'appel fédérale que la norme de contrôle à appliquer en l'espèce est celle de la décision correcte.

10 As is well known, Canadian courts take a pragmatic and functional approach to the review of administrative decisions. The leading statement on determining the applicable standard of review within the pragmatic and functional approach is found in the reasons of Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; see also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. Bastarache J. identified four factors to be taken into account: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing judge on the issue in question; (3) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the problem.

(1) Privative Clauses and Statutory Rights of Appeal

11 Section 64(1) of the Act grants a right of appeal in the following terms:

An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.

While the presence of a statutory right of appeal is not decisive of a correctness standard (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27), it is a factor suggesting a more searching standard of review (*Pushpanathan, supra*, at para. 30).

(2) Relative Expertise

12 The proper concern of the reviewing court is not the expertise of the decision maker in general, but its expertise relative to that of the court itself *vis-à-vis* the particular issue (*Pushpanathan*, at para. 33). The reviewing court must also bear in mind that in determining the standard of review, the focus of the inquiry is on the particular provision being invoked and interpreted by the tribunal; some provisions within the same Act may require greater curial deference than others (*Pushpanathan*, at para. 28).

Il est bien connu que les cours de justice canadiennes adoptent une démarche pragmatique et fonctionnelle pour le contrôle des décisions administratives. L'énoncé de principe sur la détermination de la norme de contrôle à appliquer dans le cadre de la démarche pragmatique et fonctionnelle est exposé par le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; voir également *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. Selon le juge Bastarache, il faut prendre quatre facteurs en considération : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise du tribunal par rapport à celle du juge de révision sur la question en litige; (3) les objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et (4) la nature du problème.

(1) Clauses privatives et droits d'appel prévus par la loi

Le paragraphe 64(1) de la Loi énonce ainsi le droit d'appel :

Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.

Bien que la présence d'un droit d'appel dans la loi ne permette pas de conclure que la norme à appliquer est celle de la décision correcte (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27), c'est un facteur qui indique qu'une norme plus stricte s'impose (*Pushpanathan*, précité, par. 30).

(2) Expertise relative

La cour de révision doit examiner non pas l'expertise du décideur de façon générale, mais bien son expertise par rapport à celle de la cour elle-même en ce qui concerne la question en cause (*Pushpanathan*, par. 33). Elle doit également se rappeler que, dans la détermination de la norme de contrôle, l'accent est mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal; certaines dispositions d'une même loi peuvent exiger plus de retenue que d'autres (*Pushpanathan*, par. 28).

These points are illustrated by L'Heureux-Dubé J.'s discussion of the standard of review in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739. There, L'Heureux-Dubé J. aptly described the CRTC as "a specialized administrative tribunal . . . which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction" yet found that it was reviewable on a correctness standard "as regards jurisdictional questions and questions of law outside the CRTC's area of expertise" (paras. 30-31). To ascertain the CRTC's relative expertise for the purpose of this appeal, I must consider the particular provision at issue and the nature of the CRTC's expertise.

The provision at issue is s. 43(5). More particularly, the question before the Court in this appeal is whether the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) includes the Utilities' power poles. This phrase has no technical meaning beyond the ken of a reviewing court. Indeed, it appears to have no stand-alone meaning at all, but only the meaning given to it by the Act itself. In short, we are faced with a question of statutory interpretation.

The CRTC's expertise lies in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. In particular, the CRTC is charged with the implementation of Canada's telecommunications policy as enunciated in s. 7 of the Act.

Deference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise (*Dr. Q*, at para. 28). In my view, this is not such a case. The proper interpretation of the phrase "the supporting structure of a transmission line" in s. 43(5) is not a question that engages the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. This is not a question of telecommunications policy, or one which requires an understanding of technical language. Rather, it is a purely legal question and is therefore,

La juge L'Heureux-Dubé a illustré ces points lors de l'examen de la norme de contrôle dans *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739. Dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé a décrit avec justesse le CRTC comme étant un « tribunal administratif spécialisé [. . .] [qui] possède une vaste expertise dans son domaine de compétence », mais elle a conclu que les décisions du CRTC étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte « en ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à l'expertise du CRTC » (par. 30-31). Pour établir l'expertise relative du CRTC dans le cadre du présent pourvoi, je dois examiner la disposition en cause et la nature de l'expertise du CRTC.

La disposition en cause est le par. 43(5). Plus particulièrement, il s'agit de savoir en l'espèce si le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) englobe les poteaux électriques des Services publics. Ces termes n'ont aucun sens technique hors de la portée de la cour de révision. En fait, ils paraissent n'avoir aucun sens distinct, mais seulement celui que leur donne la Loi. En bref, la Cour est saisie d'une question d'interprétation législative.

L'expertise du CRTC réside dans la réglementation et la supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Notamment, le CRTC est chargé de la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication énoncée à l'art. 7 de la Loi.

La cour de révision doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l'organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu'elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise (*Dr. Q*, par. 28). À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. L'interprétation qu'il convient de donner au membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » au par. 43(5) n'est pas une question faisant appel à l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Il ne s'agit pas non plus d'une question de politique de

13

14

15

16

in the words of La Forest J., “ultimately within the province of the judiciary” (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 28). This Court’s expertise in matters of pure statutory interpretation is superior to that of the CRTC. This factor suggests a less deferential approach.

(3) Purposes of the Legislation and Provision

17

Much of the CRTC’s work involves the elaboration and implementation of telecommunications policy. I consider the policy objectives of the Act below. I note, however, that this policy function is much less in evidence in s. 43(5) than elsewhere in the Act. Rather, s. 43(5) accords the CRTC the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them. The proper interpretation of s. 43(5) at issue in this case is not a “polycentric” question. It is a question of whether s. 43(5), properly construed, gives the CRTC jurisdiction to hear the parties’ dispute. Again, this factor points to a less deferential standard of review.

(4) Nature of the Problem

18

As I noted in my consideration of relative expertise, above, the problem before us is a purely legal one: what did Parliament intend by the phrase “the supporting structure of a transmission line”? This is a question of general importance to the telecommunications and electricity industries. I note Bastarache J.’s observation in *Pushpanathan* (at para. 37) that even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors suggest the legislature so intended. That is not the case here.

télécommunication ou d’une question qui exige la compréhension de termes techniques. Il s’agit plutôt d’une question purement de droit, qui relève donc, pour reprendre les propos du juge La Forest, « en dernière analyse de la compétence des cours de justice » (*Ross c. Conseil scolaire du district n^o 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 28). L’expertise de la Cour sur les questions d’interprétation législative pure est supérieure à celle du CRTC. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée.

(3) Objets de la loi et de la disposition en cause

Une bonne partie du travail du CRTC consiste à élaborer et à mettre en œuvre une politique de télécommunication. J’examinerai plus loin les objectifs de politique de la Loi. Je note toutefois que cette fonction de politique ressort beaucoup moins au par. 43(5) qu’ailleurs dans la Loi. Le paragraphe 43(5) confère plutôt au CRTC la fonction essentiellement juridictionnelle d’examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d’une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement. L’interprétation à donner au par. 43(5), qui est en cause en l’espèce, n’est pas une question « polycentrique ». Il s’agit de se demander si le par. 43(5), correctement interprété, confère au CRTC la compétence voulue pour connaître du litige des parties. Encore une fois, ce facteur indique une norme de retenue moins élevée.

(4) Nature du problème

Comme je l’ai mentionné au sujet de l’expertise relative, la question dont la Cour est saisie est une question purement de droit : que voulait dire « la structure de soutien d’une ligne de transmission » pour le législateur? Il s’agit là d’une question d’une importance générale pour les secteurs de l’électricité et des télécommunications. Je souligne l’observation du juge Bastarache dans *Pushpanathan* (au par. 37), selon laquelle il peut convenir de faire preuve d’un degré élevé de retenue même à l’égard de questions purement de droit, si d’autres facteurs semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

Applying the pragmatic and functional approach to the circumstances of this appeal, I conclude that all four factors point to a correctness standard of review. This is therefore not a case calling for deference to the decision of the CRTC on this issue.

B. *The Meaning of Section 43(5)*

(1) The Modern Approach

The starting point for statutory interpretation in Canada is E. A. Driedger's definitive formulation in his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

In the case of federal legislation such as the Act in question, this modern approach to statutory interpretation is confirmed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects" (see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, per Iacobucci J.).

(2) The Grammatical and Ordinary Meaning of Section 43(5)

The disputed subsection reads as follows:

Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue

Appliquant la démarche pragmatique et fonctionnelle aux circonstances de l'espèce, je conclus que les quatre facteurs indiquent que c'est la norme de la décision correcte qui s'impose. Il n'y a donc pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du CRTC sur la question en cause.

B. *Le sens du par. 43(5)*

(1) L'approche moderne

L'extrait suivant de E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, constitue le point de départ pour l'interprétation des lois au Canada.

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Dans le cas d'une loi fédérale comme la loi en l'espèce, cette approche moderne d'interprétation des lois est confirmée par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, le juge Iacobucci).

(2) Le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5)

Texte du paragraphe contesté :

Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the

19

20

21

de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

In my view, there is no important difference between the English and French versions. Nor have the parties suggested otherwise.

22 Looking for the moment at the subsection alone, in its grammatical and ordinary meaning, three points arise.

23 First, it is clear that the phrase "a person who provides services to the public" in s. 43(5) includes, but is broader than, the phrase "Canadian carrier or distribution undertaking" found elsewhere in the section. Any provider of services to the public, it seems, may apply to the CRTC to gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place.

24 Second, the phrase "constructed on a highway or other public place" qualifies the phrase "transmission line". Therefore, on the grammatical and ordinary meaning of the provision, the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land. In its decision, the CRTC found otherwise, saying that the contextual approach to statutory interpretation requires the interpreter to presume that Parliament knew that some support structures — not those constructed pursuant to s. 43, but others such as those owned by the Utilities — are located on public utility rights-of-way. This conclusion begs the question, for it assumes that "transmission line" includes the Utilities' power poles. If we refrain from that assumption, the grammatical and ordinary meaning of s. 43(5) is that the CRTC may not grant access to supporting structures located on private land.

25 Third, the phrase used in s. 43(5) and throughout s. 43 is "transmission line". The Utilities submit that a transmission line is to be distinguished from a distribution line. A transmission line carries

supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

À mon avis, il n'y a pas de différence importante entre le texte français et le texte anglais. Les parties n'ont pas non plus prétendu le contraire.

Si j'interprète ce paragraphe isolément et dans son sens ordinaire et grammatical, trois questions se posent.

Premièrement, il est clair que le membre de phrase « le fournisseur de services au public » au par. 43(5) est plus général que le membre de phrase « l'entreprise canadienne [ou] l'entreprise de distribution » ailleurs dans l'article. Tout fournisseur de services au public, semble-t-il, peut demander au CRTC le droit d'accéder à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public.

Deuxièmement, le membre de phrase « construite sur une voie publique ou un autre lieu public » précise le sens du terme « ligne de transmission ». En conséquence, selon le sens ordinaire et grammatical de cette disposition, le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés. Dans sa décision, le CRTC est arrivé à une autre conclusion, affirmant que l'approche contextuelle applicable en matière d'interprétation des lois exige que l'interprète presume que le législateur savait que certaines structures de soutien — non pas celles construites conformément à l'art. 43, mais d'autres structures, comme celles appartenant aux Services publics — sont situées sur des terrains grevés de droits de passage d'utilité publique. Cette conclusion élude la question, car elle part du principe que le terme « ligne de transmission » englobe les poteaux électriques des Services publics. Si nous faisons abstraction de ce principe, le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5) est que le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des structures de soutien situées sur des terrains privés.

Troisièmement, au par. 43(5) et dans tout l'art. 43, on parle de « ligne de transmission ». Les Services publics soutiennent qu'il faut distinguer les lignes de transmission des lignes de distribution. Une ligne

electricity over large distances with minimum losses. A distribution line carries less than 50kV of electricity over short distances. The power poles to which the CCTA seeks access are not transmission lines but distribution lines. Parliament, say the Utilities, must be taken to have known of this distinction. Had Parliament intended to submit the Utilities' power poles to the jurisdiction of the CRTC by means of s. 43(5), it would have employed the phrase "distribution line".

In the Court of Appeal, Rothstein J.A. was of the view that the phrase "transmission line", read literally and in isolation, was capable of including distribution lines, but that analysis of the statutory context proved otherwise. I would go further. I am inclined to agree with the Utilities' submission that Parliament should be taken to know the distinction between transmission and distribution lines. I also agree that Parliament should be taken to know that some power poles are situated on private land and therefore cannot be captured by a provision referring to supporting structures "constructed on a highway or other public place". Even a literal and isolated reading of s. 43(5) raises some doubt about the correctness of the CRTC's decision.

(3) The Context: Section 43

The disputed subsection is one of five provisions that make up s. 43. The entire section must be considered. The section is mainly concerned with the construction, maintenance and operation of transmission lines.

Section 43(1) adopts for the purposes of ss. 43 and 44 the definition of "distribution undertaking" set out in the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, namely "an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof . . .". The other defined term of note when reading s. 43 is "Canadian carrier", defined in s. 2(1) of the Act as "a telecommunications common carrier that is subject to the legislative authority of Parliament". Section 43(2) grants "a Canadian carrier or

de transmission transporte l'électricité sur de grandes distances avec des pertes mineures alors qu'une ligne de distribution transporte moins de 50kV d'électricité sur de courtes distances. Les poteaux électriques auxquels l'ACTC veut avoir accès ne sont pas des lignes de transmission, mais des lignes de distribution. Selon les Services publics, il faut présumer que le législateur connaissait cette distinction. S'il avait voulu que les poteaux électriques des Services publics relèvent de la compétence du CRTC par application du par. 43(5), le législateur aurait utilisé le terme « ligne de distribution ».

À la Cour d'appel, le juge Rothstein a estimé que le terme « ligne de transmission », interprété littéralement et isolément, pouvait englober les lignes de distribution, mais que l'analyse du contexte législatif indiquait le contraire. J'irais plus loin. Je suis enclin à accepter l'argument des Services publics qu'il faut présumer que le législateur connaît la distinction entre les lignes de transmission et les lignes de distribution. Je conviens également qu'il faut présumer que le législateur sait que certains poteaux électriques sont situés sur des terrains privés et qu'ils ne peuvent donc pas être visés par une disposition qui traite de structures de soutien « construite[s] sur une voie publique ou un autre lieu public ». Même le fait d'interpréter littéralement et isolément le par. 43(5) soulève des doutes quant au caractère correct de la décision du CRTC.

(3) Le contexte : l'article 43

Le paragraphe contesté est l'un des cinq paragraphes de l'art. 43. Il faut examiner l'article dans son ensemble. Il porte principalement sur la construction, l'exploitation et l'entretien de lignes de transmission.

Le paragraphe 43(1) adopte, pour l'application des art. 43 et 44, la définition d'« entreprise de distribution » énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, à savoir une « [e]ntreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission . . . ». L'autre définition importante pour l'interprétation de l'art. 43 est celle d'« entreprise canadienne », qui figure au par. 2(1) de la Loi et selon laquelle il s'agit d'une « [e]ntreprise de télécommunication qui relève de la compétence

26

27

28

distribution undertaking” the power to “enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating its transmission lines”. Section 43(3) requires the consent of “the municipality or other public authority” in such cases. Section 43(4) provides that where a Canadian carrier or distribution undertaking cannot gain such consent on terms acceptable to it, it may apply to the CRTC for permission.

29 It is at this point in the section that s. 43(5) appears. The terminology and subject matter of this subsection are a notable break from the rest of s. 43. Rather than addressing the construction, maintenance and operation of transmission lines, s. 43(5) is concerned with gaining access to the supporting structures of pre-existing transmission lines. Rather than referring to “a Canadian carrier or distribution undertaking”, the subsection empowers “a person who provides services to the public” to apply to the CRTC for “a right of access”.

30 The CCTA submits that the differences between s. 43(5) and the other subsections reveal Parliament’s intent to empower the CRTC to grant cable service providers access to the Utilities’ power poles. Elsewhere in s. 43, the phrase “transmission line” clearly means the transmission line of a Canadian carrier or distribution undertaking. But the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” is absent from s. 43(5). The CCTA says this means that the transmission lines referred to in s. 43(5) are not only the telecommunications and cable transmission lines of Canadian carriers and distribution undertakings, but also the electric power transmission lines of power providers such as the Utilities. The Court of Appeal erred in the CCTA’s submission by reading the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” back in to s. 43(5) when Parliament clearly left it out.

fédérale ». Selon le par. 43(2), « l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction, l’exploitation ou l’entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage ». Le paragraphe 43(3) exige l’agrément de « l’administration municipale ou autre administration publique » dans de tels cas. Le paragraphe 43(4) prévoit que, dans le cas où l’administration leur refuse l’agrément ou leur impose des conditions qui leur sont inacceptables, l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution peuvent demander une autorisation au CRTC.

C’est à ce moment qu’apparaît le par. 43(5). La terminologie et l’objet de cette disposition diffèrent notablement du reste de l’art. 43. Dans le par. 43(5), il est plutôt question d’accès aux structures de soutien de lignes de transmission préexistantes que de construction, d’exploitation et d’entretien de lignes de transmission. Au lieu de viser « l’entreprise canadienne et l’entreprise de distribution », le par. 43(5) autorise le « fournisseur de services au public » à demander au CRTC un « droit d’[accès] ».

L’ACTC soutient que les différences entre le par. 43(5) et les autres paragraphes révèlent l’intention du législateur d’autoriser le CRTC à donner aux câblodistributeurs le droit d’accéder aux poteaux électriques des Services publics. Ailleurs au par. 43, l’expression « ligne de transmission » s’entend clairement de la ligne de transmission d’une entreprise canadienne ou d’une entreprise de distribution. Mais le membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » ne figure pas au par. 43(5). Selon l’ACTC, cela signifie que les lignes de transmission dont il est question dans le par. 43(5) sont non seulement les lignes de transmission de télécommunications et les lignes de transmission par câble des entreprises canadiennes et des entreprises de distribution, mais aussi les lignes de transmission de fournisseurs d’électricité comme les Services publics. L’ACTC prétend que la Cour d’appel a commis une erreur en interprétant le par. 43(5) comme s’il comprenait le membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » alors que le législateur l’a clairement exclu de cette disposition.

The Utilities deny that the omission of “Canadian carrier or distribution undertaking” in s. 43(5) has such significance. That phrase, as it is used in s. 43(2) to (4), identifies who may construct transmission lines and under what terms; it does not, in the Utilities’ submission, identify the owner of existing transmission lines. Therefore, the absence of the phrase “Canadian carrier or distribution undertaking” and the presence of the broader phrase “a person who provides services to the public” in s. 43(5) reveal nothing about the meaning of “the supporting structure of a transmission line”. The broader wording indicates only that the applicant for access to the supporting structure of a transmission line under s. 43(5) need not be a “Canadian carrier or distribution undertaking” but may be any person providing services to the public. By contrast, it is not any service provider who may construct, maintain or operate transmission lines by virtue of s. 43(2), (3) and (4); only Canadian carriers and distribution undertakings may do so. In short, the subject of s. 43(5), i.e., the applicant for access, is different but the object, i.e., transmission lines constructed pursuant to this section, remains the same.

I agree with this construction of the section. I would also observe that ss. 43(1) to 43(4) are entirely concerned with telecommunications matters and not at all concerned with other supporting structures such as the Utilities’ power poles. For s. 43(5) to encompass power poles would be a surprising departure from the otherwise harmonious meaning of the section as a whole. This analysis of s. 43 as a whole raises further doubts as to the correctness of the CRTC’s decision.

(4) The Context: Other Provisions

Other provisions of the Act may shed light on the meaning of s. 43(5). The phrase “transmission facility” is defined in s. 2(1) of the Act as follows:

31
Les Services publics nient que l’absence du membre de phrase « l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution » au par. 43(5) ait une telle importance. Ce membre de phrase, aux par. 43(2) à (4), précise qui peut installer des lignes de transmission et à quelles conditions; il n’indique pas, selon les Services publics, qui est propriétaire des lignes de transmission existantes. Au paragraphe 43(5), l’absence de ce membre de phrase et la présence de l’expression plus générale « le fournisseur de services au public » n’indiquent donc rien quant à la signification de « structure de soutien d’une ligne de transmission ». L’expression plus générale utilisée indique uniquement que le demandeur d’un droit d’accès à la structure de soutien d’une ligne de transmission en application du par. 43(5) n’a pas besoin d’être une « entreprise canadienne » ou une « entreprise de distribution » et que tout fournisseur de services au public peut présenter une telle demande. Par contre, ce n’est pas tout fournisseur de services qui peut construire, exploiter ou entretenir des lignes de transmission aux termes des par. 43(2), (3) et (4); seules les entreprises canadiennes et les entreprises de distribution sont autorisées à le faire. En bref, le groupe visé au par. 43(5), à savoir les demandeurs d’un droit d’accès, est différent, mais l’objet, c’est-à-dire les lignes de transmission construites conformément à cette disposition, reste le même.

32
Je souscris à cette interprétation de l’art. 43. Je ferais également remarquer que les par. 43(1) à (4) portent exclusivement sur des questions de télécommunications et ne s’appliquent pas du tout à d’autres structures de soutien comme les poteaux électriques des Services publics. Pour que le par. 43(5) englobe les poteaux électriques, il faudrait s’écarter de façon surprenante de l’homogénéité de sens de l’article dans son ensemble. Cette analyse de l’art. 43 dans son ensemble soulève d’autres doutes quant au caractère correct de la décision du CRTC.

(4) Le contexte : autres dispositions

33
D’autres dispositions de la Loi peuvent éclairer le sens à donner au par. 43(5). L’expression « installation de transmission » est définie au par. 2(1) de la Loi :

“transmission facility” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, for the transmission of intelligence between network termination points, but does not include any exempt transmission apparatus.

A transmission facility is therefore a facility for the transmission of “intelligence”. The phrase “transmission facility” does not, of course, occur in s. 43(5). Yet, the Utilities submit that the term “transmission” in s. 43(5) must be read harmoniously with the definition of “transmission facility” so that in both provisions the thing being transmitted is “intelligence”. The Utilities’ power poles do not serve to transmit intelligence. They serve to transmit electricity.

34 I agree with the Utilities that a harmonious interpretation of these two provisions is to be preferred. While I do not consider this point to be conclusive, it is another factor suggesting that s. 43(5) does not encompass the Utilities’ power poles.

35 In support of its approach, the CCTA relies on s. 45:

On application by a municipality or other public authority, or by an owner of land, the Commission may authorize the construction of drainage works or the laying of utility pipes on, over, under or along a transmission line of a Canadian carrier or any lands used for the purposes of a transmission line, subject to any conditions that the Commission determines.

The CCTA points to this provision as an example of Parliament specifying that the transmission line in question must be that of a Canadian carrier. The CCTA says that had Parliament intended to impose a similarly narrow interpretation on the phrase “transmission line” in s. 43(5), it could easily have done so.

36 I read s. 45 rather differently. While most of s. 43 qualifies the phrase “transmission line” with the defined terms “Canadian carrier” and “distribution undertaking”, s. 45 leaves “distribution undertaking” out. (Indeed, s. 43(1) defines “distribution undertaking” for the purposes of ss. 43 and

« installation de transmission » Tout système électromagnétique — notamment fil, câble ou système radio ou optique — ou tout autre procédé technique pour la transmission d’information entre des points d’arrivée du réseau, à l’exception des appareils de transmission exclus.

Une installation de transmission permet donc la transmission d’« information ». L’expression « installation de transmission » ne figure pas, bien sûr, au par. 43(5). Pourtant, selon les Services publics, le mot « transmission » au par. 43(5) doit être interprété en harmonie avec la définition d’« installation de transmission », de sorte que les deux dispositions traitent de transmission d’« information ». Les poteaux des Services publics servent non pas à transmettre de l’information, mais de l’électricité.

Je conviens avec les Services publics qu’il faut opter pour une interprétation harmonieuse de ces deux dispositions. Bien qu’à mon avis cet élément ne soit pas concluant, il s’agit d’un autre facteur indiquant que le par. 43(5) n’englobe pas les poteaux électriques des Services publics.

L’ACTC invoque l’art. 45 à l’appui de son interprétation :

Sur demande d’une administration municipale ou de toute autre administration publique, ou du propriétaire d’un terrain, le Conseil peut permettre, aux conditions qu’il estime indiquées, des travaux de drainage ou de canalisation sur le terrain servant aux lignes de transmission d’une entreprise canadienne ou les terrains servant à leur exploitation, ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ces terrains.

L’ACTC souligne que cette disposition est un exemple où le législateur précise que la ligne de transmission en question doit appartenir à une entreprise canadienne. L’ACTC affirme que si le législateur avait voulu imposer une interprétation aussi restrictive à l’expression « ligne de transmission » au par. 43(5), il aurait pu facilement le faire.

J’interprète l’art. 45 d’une tout autre façon. Bien que la plus grande partie de l’art. 43 précise le sens de l’expression « ligne de transmission » à l’aide des termes définis « entreprise canadienne » et « entreprise de distribution », l’art. 45 ne parle pas des « entreprises de distribution ». (En fait, le par. 43(1)

44 only.) The effect is that a municipality or other public authority, or an owner of land, may apply to the Commission as specified in s. 45 only in respect of a Canadian carrier's transmission line — not in respect of a distribution undertaking's transmission line. The meaning of s. 45 has not yet been judicially considered, and this is not the case to consider it. I am satisfied, however, that s. 45 does not assist the CCTA in this case.

(5) Policy Objectives

In its decision, the CRTC relied heavily on the policy objectives enunciated by Parliament in s. 7 of the Act and s. 3 of the *Broadcasting Act*. These objectives help elucidate the purpose of the statutory regime as a whole and will often be relevant to the CRTC's decision making.

Section 7 of the Act sets out the objectives of Canadian telecommunications policy. The relevant objectives, in my view, are “the orderly development throughout Canada of a telecommunications system” (s. 7(a)), “reliable and affordable telecommunications services” (s. 7(b)), “efficiency and competitiveness . . . of Canadian telecommunications” (s. 7(c)), “efficient and effective” regulation where required (s. 7(f)), and responsiveness to “the economic and social requirements of users of telecommunications services” (s. 7(h)). In short, the purpose of the *Telecommunications Act* is to encourage and regulate the development of an orderly, reliable, affordable and efficient telecommunications infrastructure for Canada.

Section 3(1)(r)(ii) of the *Broadcasting Act* provides another relevant policy objective: “distribution undertakings . . . should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost”. (The *Broadcasting Act* is not directly applicable to this appeal but is nevertheless relevant because it is

définit l'expression « entreprise de distribution » pour l'application des art. 43 et 44 uniquement.) En conséquence, une administration municipale, toute autre administration ou le propriétaire d'un terrain peuvent présenter au CRTC des demandes fondées sur l'art. 45 uniquement lorsqu'elles se rapportent à des lignes de transmission d'entreprises canadiennes — et non pas lorsqu'elles se rapportent à des lignes de transmission d'entreprises de distribution. Les tribunaux ne se sont pas encore penchés sur le sens à donner à l'art. 45 et il n'y a pas lieu d'examiner cette question en l'espèce. Je suis convaincu, cependant, que l'art. 45 n'est d'aucune utilité pour l'ACTC en l'espèce.

(5) Les objectifs de politique

Dans sa décision, le CRTC s'est en grande partie fondé sur les objectifs de politique énoncés par le législateur à l'art. 7 de la Loi et à l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ces objectifs précisent, dans une certaine mesure l'objectif du cadre législatif dans son ensemble et sont souvent pertinents pour la prise des décisions du CRTC.

L'article 7 de la Loi énonce les objectifs de la politique canadienne de télécommunication. À mon avis, les objectifs pertinents sont les suivants : « le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système » (al. 7a)), « l'accès [. . .] à des services de télécommunication sûrs [et] abordables » (al. 7b)), « l'efficacité et la compétitivité [. . .] des télécommunications canadiennes » (al. 7c)), « l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire » (al. 7f)), et la satisfaction « [d]es exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication » (al. 7h)). En bref, la *Loi sur les télécommunications* vise à promouvoir et à réglementer le développement ordonné au Canada d'une infrastructure de télécommunications fiable, abordable et efficace.

Le sous-alinéa 3(1)r)(ii) de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce un autre objectif de politique pertinent : « les entreprises de distribution [. . .] devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables ». (La *Loi sur la radiodiffusion* ne s'applique pas directement au présent pourvoi, mais

37

38

39

the main statutory authority for the CRTC's regulatory powers over cable television.)

40 Considerations of efficiency and affordability played a significant part in the CRTC's decision. The CRTC was anxious to avoid an interpretation of s. 43(5) that would require the CCTA or others to construct their own supporting structures because they could not gain access to the Utilities' power poles. Such a result was described by the CRTC (at para. 126) as inconsistent with the orderly development of the Canadian telecommunications system, ultimately costly to end-users, a potential disincentive to new entrants into the telecommunications marketplace and inconvenient to the public. The CRTC concluded (at para. 131) that "an approach that forces each operator to construct its own duplicate infrastructure is not in the public interest".

41 I need not disagree with that conclusion. I do disagree, however, with the assumption that founds it. It is not at all clear to me that the erection of a province-wide duplicate infrastructure of cable television poles is the necessary or even the likely result of finding that the CRTC lacks jurisdiction over power poles. The CCTA originally sought access to the Utilities' power poles by contract. When it could not reach terms agreeable to it by those means, it opted for the untested avenue of a CRTC regulatory solution. If that avenue proves unavailable, there may yet be other avenues, be they contractual or regulatory.

42 The consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation. Yet, courts and tribunals must invoke statements of legislative purpose to elucidate, not to frustrate, legislative intent. In my view, the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament's discernable intent as revealed by the plain meaning

elle est néanmoins pertinente parce qu'elle constitue le principal fondement législatif des pouvoirs de réglementation du CRTC en matière de câblodistribution.)

Des considérations relatives à l'efficacité et au coût abordable des services ont joué un rôle important dans la décision du CRTC. Le CRTC tenait beaucoup à éviter de donner au par. 43(5) une interprétation qui exigerait de l'ACTC ou d'autres fournisseurs de services au public qu'ils construisent leurs propres structures de soutien parce qu'ils ne pourraient accéder aux poteaux électriques des Services publics. Selon le CRTC, un tel résultat est incompatible avec le développement ordonné des télécommunications du Canada, est coûteux pour l'utilisateur final, risque de nuire à l'entrée sur le marché des télécommunications et est néfaste pour le public (par. 126). Il a conclu qu'« une approche qui contraint chaque exploitant à construire sa propre infrastructure n'est pas dans l'intérêt du public » (par. 131).

Je ne rejette pas cette conclusion. Je ne souscris toutefois pas à l'hypothèse sur laquelle elle repose. Il n'est pas du tout clair pour moi que la conclusion que le CRTC n'a pas la compétence voulue relativement aux poteaux électriques entraînerait nécessairement ou même vraisemblablement l'installation en parallèle d'une infrastructure de poteaux de télévision par câble dans l'ensemble de la province. L'ACTC a initialement cherché à obtenir un droit d'accès aux poteaux électriques des Services publics par voie contractuelle. Quand elle n'a pu parvenir à une entente à des conditions qui lui étaient acceptables, elle a demandé au CRTC, ce qui n'avait jamais été fait auparavant, de trouver une solution par voie réglementaire. Si cette voie s'avérait sans issue, elle envisagerait d'autres solutions, qu'elles soient par voie contractuelle ou réglementaire.

La prise en considération des objectifs législatifs est l'un des aspects de l'approche moderne en matière d'interprétation des lois. Cependant, les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir recours aux énoncés d'intention pour établir, et non pas pour contrecarrer l'intention du législateur. À mon avis, le CRTC s'est fondé sur

of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole. In effect, the CRTC treated these objectives as power-conferring provisions. This was a mistake.

(6) Conclusion

Section 43(5) cannot bear the broad meaning given to it by the CRTC. The subsection, taken alone, does not on its face include the Utilities' power distribution lines. Seen in the light of the rest of s. 43, the CRTC's broad interpretation is at odds with the scheme of the section. Likewise, such an interpretation is inexplicably inconsistent with the definition of "transmission facility" in s. 2(1). Nothing in s. 7 of the Act, or in the policy objectives of the *Broadcasting Act*, meets these objections.

As this appeal turns on a straightforward statutory interpretation of s. 43, I decline to address the constitutionality of any similar law purporting to grant the CRTC the authority to grant access rights to, or otherwise regulate, property within provincial jurisdiction, such as electrical poles.

V. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Gonthier. I am, however, unable to agree with his analysis and his conclusion. I am also concerned that his reasons fail to address and correct errors made by the Federal Court of Appeal. I have two main concerns with the proposed disposition of this appeal.

First, the Court of Appeal erred by failing to separate the constitutional question from the statutory interpretation question. As I shall explain below, the constitutional question haunted Rothstein J.A.'s reasons and affected their outcome. More specifically,

les objectifs de politique pour écarter l'intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire du par. 43(5), de l'art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout. En effet, le CRTC a considéré les dispositions énonçant ces objectifs comme étant des dispositions attributives de pouvoir. C'était une erreur.

(6) Conclusion

Le paragraphe 43(5) ne peut avoir le sens général que lui donne le CRTC. Pris isolément, il n'englobe pas en soi les lignes de distribution d'électricité des Services publics. Compte tenu du reste de l'art. 43, l'interprétation libérale du CRTC ne cadre pas avec l'objet de cette disposition. En outre, une telle interprétation est inexplicablement incompatible avec la définition d'« installation de transmission » au par. 2(1). Rien dans l'art. 7 de la Loi ni dans les objectifs de politique de la *Loi sur la radiodiffusion* ne répond à ces objections.

Comme le présent pourvoi est entièrement centré sur l'interprétation de l'art. 43, je n'examine pas la constitutionnalité de toute disposition analogue visant à accorder au CRTC le pouvoir d'autoriser l'accès aux biens relevant de la compétence provinciale, comme les poteaux électriques, ou autrement de les réglementer.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Gonthier. Je ne puis toutefois accepter son analyse et sa conclusion. Je crains aussi que ses motifs indirectement ne confirment les erreurs de la Cour d'appel fédérale. J'ai deux objections majeures quant à la façon dont il propose de trancher le présent pourvoi.

Premièrement, la Cour d'appel a commis une erreur en ne séparant pas la question constitutionnelle de la question d'interprétation des lois. Comme je l'expliquerai plus loin, la question constitutionnelle a imprégné les motifs du juge Rothstein.

43

44

45

46

47

in my view, the constitutional question inappropriately influenced the Court of Appeal's determination of the standard of review and of the interpretation of s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 ("Act").

48 Second, treatment of the constitutional question aside, I believe that both the Court of Appeal and my colleague Gonthier J. erred in their determination of the standard of review. An expert tribunal interpreting a technical provision of its enabling legislation is entitled to some deference.

49 I am concerned that the reasoning in this appeal, in both respects I have mentioned, will influence judges in future cases. In what follows, I set out my understanding of the correct approach to determining the standard of review in this appeal. Then I apply what I find to be the appropriate standards of review to the questions. Finally, I discuss what I fear will be the effects of Gonthier J.'s reasoning. Since he does not criticize or reject the reasoning of the Court of Appeal, Rothstein J.A.'s approach is implicitly affirmed as correct, at least in cases where one party raises a constitutional concern.

50 In my view, the critical issues in this appeal come into focus only on reading Rothstein J.A.'s decision in the Court of Appeal. I thus begin there.

I. The Court of Appeal's Approach, [2001] 4 F.C. 237, 2001 FCA 236

51 Concerns about the jurisdiction of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") and the legislative competence of Parliament appear throughout Rothstein J.A.'s reasons.

A. *Standard of Review*

52 In his discussion of the standard of review, Rothstein J.A. writes that the interpretation of s. 43(5) "involves the scope of the CRTC's regulatory authority" (para. 13). If "transmission line" includes

Plus précisément, elle a, à mon avis, influencé de façon inappropriée la Cour d'appel dans son choix de la norme de contrôle et dans son interprétation du par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (« Loi »).

Deuxièmement, abstraction faite du traitement accordé à la question constitutionnelle, je crois que la Cour d'appel et mon collègue le juge Gonthier ont commis une erreur lorsqu'ils ont déterminé la norme de contrôle. Il convient de faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation que donne un tribunal spécialisé à une disposition technique de sa loi habilitante.

Je crains que, sous ces deux rapports, le raisonnement suivi en l'espèce n'influence les juges dans d'autres affaires. Dans les lignes qui suivent, j'exposerai la façon dont il convient, à mon avis, de déterminer la norme de contrôle applicable en l'espèce. J'appliquerai ensuite aux questions en litige ce que j'estime être cette norme de contrôle. Enfin, j'analyserai les répercussions qu'aura, je le crains, le raisonnement du juge Gonthier. Comme il ne critique pas et ne rejette pas le raisonnement de la Cour d'appel, le juge Gonthier confirme implicitement le bien-fondé de l'approche suivie par le juge Rothstein, du moins dans les affaires où l'une des parties soulève une question constitutionnelle.

À mon avis, seule la lecture de la décision du juge Rothstein de la Cour d'appel fait ressortir les questions fondamentales en l'espèce. Je commencerai donc par là.

I. L'approche de la Cour d'appel, [2001] 4 C.F. 237, 2001 CAF 236

Tout au long de ses motifs, le juge Rothstein a exprimé ses réserves en ce qui concerne la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») et la compétence législative du Parlement.

A. *Norme de contrôle*

Dans son analyse de la norme de contrôle, le juge Rothstein écrit que l'interprétation du par. 43(5) « met en cause l'étendue du pouvoir de réglementation du CRTC » (par. 13). Il ajoute que si

all transmission lines, irrespective of ownership, he went on to say, s. 43(5) would “extend to transmission lines of power utilities and others not otherwise subject to the jurisdiction of the CRTC” (para. 13).

This is a peculiar concern. Sections 43(2) and 43(4), immediately preceding the provision at issue in this appeal, empower the CRTC to grant a Canadian carrier or distribution undertaking permission to “enter on and break up any highway or other public place” for construction, maintenance, and operation purposes. That power is granted irrespective of the ownership of the particular highway or public place. Indeed, the Act merely contemplates, broadly, that the land in question will be under the jurisdiction of some municipality or other public authority. There is thus no sense in which there is an identifiable set of parties who may be “subject to the jurisdiction of the CRTC” as it exercises its powers under s. 43.

Rothstein J.A. writes that the interpretation of s. 43(5) will have precedential importance. On the basis of the precedential importance of a decision potentially “extending” the CRTC’s jurisdiction, he concluded that Parliament did not intend to leave determination of such a question to the exclusive decision of the CRTC (para. 13).

Rothstein J.A. then turned more specifically to the factors in the pragmatic and functional approach. He noted the statutory right of appeal with leave in s. 64(1) of the Act. On expertise, the most important of the factors, he said this, at para. 15:

I accept that the CRTC has expertise with respect to telecommunications and broadcasting and that with respect to technical matters within that expertise, the CRTC may be better suited than the Court to interpret technical laws. However, there is no indication that the expertise of the CRTC is involved in the determination of the question at issue in this case.

l’expression « ligne de transmission » comprend toutes les lignes de transmission, indépendamment de la question de savoir à qui elles appartiennent, le par. 43(5) « s’étendra aux lignes de transmission des services publics d’électricité et d’autres entreprises qui ne seraient pas par ailleurs assujettis à la compétence du CRTC » (par. 13).

C’est une observation étrange. Les paragraphes 43(2) et (4), qui précèdent la disposition en cause dans le présent pourvoi, autorisent le CRTC à permettre à une entreprise canadienne ou à une entreprise de distribution d’« acc[éder] à toute voie publique ou tout autre lieu public » pour la construction, l’exploitation ou l’entretien, et d’« y procéder à des travaux, notamment de creusage ». Ils lui confèrent ce pouvoir indépendamment de la question de savoir à qui appartient la voie publique ou le lieu public en question. En fait, la Loi prévoit seulement de façon générale que le terrain en question relèvera de la compétence d’une administration municipale ou d’une autre administration publique. Il n’y a donc en aucune manière un groupe identifiable de parties « assujett[ies] à la compétence du CRTC » dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’art. 43.

Le juge Rothstein écrit que l’interprétation du par. 43(5) aura une importance en tant que précédent. Compte tenu de l’importance en tant que précédent d’une décision susceptible d’« élargir » la compétence du CRTC, il a conclu que le Parlement n’avait pas l’intention de laisser cette question à la discrétion du CRTC (par. 13).

Le juge Rothstein a ensuite examiné plus particulièrement les facteurs de la démarche pragmatique et fonctionnelle. Il a pris acte du droit d’appel avec autorisation prévu au par. 64(1) de la Loi. Au sujet de l’expertise, facteur le plus important, il écrit (au par. 15) :

Je reconnais que le CRTC a l’expertise voulue à l’égard des télécommunications et de la radiodiffusion et qu’en ce qui concerne les questions techniques relevant de cette expertise, le CRTC est peut-être mieux placé que la Cour pour interpréter des lois techniques. Toutefois, rien n’indique que l’expertise du CRTC se rapporte à la détermination de la question ici en cause.

53

54

55

I will return below to the question of the CRTC's expertise on the question at issue.

B. *Statutory Interpretation*

56

On the basis of his finding of a correctness standard of review, Rothstein J.A. approached the review of statutory interpretation from the question of what was the correct interpretation. It is unnecessary to undergo a thorough analysis of Rothstein J.A.'s approach to the statutory interpretation question. I wish here to focus on the extent to which constitutional concerns tainted his conclusions.

57

The possibility that s. 43(5), depending on its construction, might exceed Parliament's constitutional boundaries clearly troubled Rothstein J.A. He wrote at para. 21:

Read literally, subsection 43(5) might be interpreted as conferring on the CRTC, the jurisdiction to grant to all persons who provide services to the public, access to support structures of all transmission lines, whether they are part of an undertaking that falls under federal jurisdiction or provincial jurisdiction. Such an interpretation would imply that Parliament was purporting to confer jurisdiction on the CRTC, not only outside Parliament's legislative jurisdiction under the *Constitution Act, 1867* . . . but also, well beyond the mandate of the CRTC to regulate telecommunications and broadcasting under the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C. 1985, c. C-22.

He also noted that the CRTC rejected one possible reading of s. 43(5) so as to limit its effects to circumstances within federal and CRTC jurisdiction (paras. 22 and 24). Much later in his reasons, Rothstein J.A. returned to the question of provincial jurisdiction and constitutional limits. In the context of his discussion of the legislative history, he wrote, at para. 65:

I find it hard to believe that if it had been the Government's intention that subsection 43(5) should confer jurisdiction on the CRTC over access by Canadian carriers or distribution undertakings to the support structures of the

Je reviendrai plus tard sur la question de l'expertise du CRTC relativement à la question en cause.

B. *Interprétation des lois*

Ayant conclu que la décision correcte est la norme de contrôle applicable, le juge Rothstein a examiné la question de l'interprétation des lois en se demandant quelle était l'interprétation correcte. Il n'est pas nécessaire de faire une analyse approfondie de la façon dont le juge Rothstein a abordé la question d'interprétation des lois. Je veux me concentrer sur la mesure dans laquelle ses préoccupations d'ordre constitutionnel ont vicié ses conclusions.

La possibilité que le par. 43(5), selon l'interprétation qu'on lui donne, transgresse les limites imposées par la Constitution au Parlement a clairement préoccupé le juge Rothstein. Il écrit au par. 21 :

S'il est interprété littéralement, le paragraphe 43(5) pourrait être interprété comme conférant au CRTC la compétence voulue pour accorder à tous les fournisseurs de services au public l'accès aux structures de soutènement de toutes les lignes de transmission, et ce, peu importe qu'elles fassent partie d'une entreprise relevant de la compétence fédérale ou d'une entreprise relevant de la compétence provinciale. Pareille interprétation donnerait à entendre que le Parlement voulait conférer la compétence voulue au CRTC, non seulement indépendamment de la compétence législative conférée au Parlement en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* [. . .], mais aussi indépendamment du mandat que possède le CRTC en vue de réglementer les télécommunications et la radiodiffusion en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.

Il a également souligné que le CRTC avait rejeté l'une des interprétations possibles du par. 43(5) de façon qu'il s'applique uniquement aux circonstances relevant de la compétence du fédéral et du CRTC (par. 22 et 24). Beaucoup plus loin dans ses motifs, le juge Rothstein est revenu à la question de la compétence provinciale et des limites constitutionnelles. Dans le cadre de son analyse de l'histoire que législatif, il écrit (au par. 65) :

Il m'est difficile de croire que si le gouvernement avait voulu que le paragraphe 43(5) confère au CRTC la compétence sur l'accès par les entreprises canadiennes ou les entreprises de distribution aux structures de soutènement

transmission lines of utilities subject to provincial jurisdiction, that such intent would not have been expressly made known and submissions invited. I do not say that Parliament could not enact such a provision; nor need I make any determination as to whether such a provision would be within the constitutional jurisdiction of Parliament. However, I would not attribute to the federal government or to Parliament an intention to confer such jurisdiction on a federal regulatory tribunal through the guise of an ambiguous provision that was enacted without express notice to the provinces or their utilities of such an intention.

Having set out this brief overview of Rothstein J.A.'s approach, I turn to what would have been the correct approach.

II. Determination of the Standard of Review

Judicial review of the CRTC's order requires a separation of that decision into two main questions. One is the constitutional question. The constitutional question is whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would make that provision *ultra vires* the Parliament of Canada. The other is the more general question of the CRTC's interpretation of s. 43(5) and exercise of its power in issuing Telecom Decision CRTC 99-13.

Separating the two main questions is crucial. Failure to distinguish and resolve separately the two questions frustrates the appropriate process of judicial review in at least two ways. It may also, consequently, frustrate Parliament's intent.

First, combining a constitutional question and a statutory interpretation question may skew the standard of review for an agency's decision. As I shall develop below, a question with constitutional overtones will inevitably drive towards the correctness standard. Yet, where the constitutional argument is without merit, the agency's decision should not be viewed globally as a constitutional matter.

Second, where a constitutional question is raised, reviewing the agency's ordinary statutory

des lignes de transmission de services publics assujettis à la compétence provinciale, il n'aurait pas expressément fait connaître cette intention et n'aurait pas invité les intéressés à présenter des observations. Je ne dis pas que le Parlement ne pouvait pas édicter pareille disposition; je n'ai pas non plus à déterminer si pareille disposition relèverait de la compétence constitutionnelle du Parlement. Toutefois, je n'attribuerais pas au gouvernement fédéral ou au Parlement l'intention de conférer pareille compétence à un tribunal fédéral de réglementation sous la forme d'une disposition ambiguë édictée sans qu'un avis de cette intention soit expressément donné aux provinces ou à leurs services publics.

Après ce bref aperçu de l'approche adoptée par le juge Rothstein, je vais maintenant présenter ce qui m'apparaît être la bonne approche.

II. L'établissement de la norme de contrôle

Le contrôle judiciaire de l'ordonnance du CRTC comporte l'examen de deux questions principales. La première est la question constitutionnelle, qui consiste à se demander si une des interprétations avancées à l'égard du par. 43(5) de la Loi rendrait cette disposition *ultra vires* du Parlement du Canada. La deuxième est la question plus générale de l'interprétation du par. 43(5) par le CRTC et de l'exercice qu'il a fait de son pouvoir lorsqu'il a rendu la décision Télécom CRTC 99-13.

Il est essentiel de distinguer ces deux questions principales et d'y répondre séparément. Sinon le processus normal de contrôle judiciaire se trouve vicié d'au moins deux façons. L'intention du Parlement peut aussi s'en trouver contrecarrée.

Premièrement, la combinaison d'une question constitutionnelle et d'une question d'interprétation des lois risque de fausser la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme. Comme je l'expliquerai plus loin, une question ayant des connotations constitutionnelles tendra inévitablement à l'application de la norme de la décision correcte. Toutefois, lorsque l'argument constitutionnel est sans fondement, la décision de l'organisme ne devrait pas être envisagée globalement sous l'angle constitutionnel.

Deuxièmement, lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée, contrôler l'interprétation

58

59

60

61

62

interpretation without isolating the constitutional question can limit the agency's ability to give the legislation at issue the full import intended by the legislature. The mere unproven argument that one reading of a statute is unconstitutional may impel the decision maker erroneously to eliminate that reading by applying the interpretive doctrine of the presumption of constitutionality.

63 I turn now to the question of the standards of review for the two principal questions in this appeal.

A. *Constitutional Question*

64 On October 29, 2002, the Chief Justice stated the following constitutional question: "Is s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, *intra vires* Parliament pursuant to the *Constitution Act, 1867*?"

65 For present purposes, the constitutional question is better phrased as whether any interpretation argued for s. 43(5) of the Act would be *ultra vires* Parliament. In other words, is there a plausible construction of s. 43(5) that, instead of being valid federal legislation, would amount to legislation in relation to property and civil rights within a province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

66 The pragmatic and functional approach applies to this question, as it does to all matters of judicial review and all appeals from administrative tribunals: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. It is settled law, however, that application of the pragmatic and functional approach to a question of constitutional law will yield a correctness standard. As Iacobucci and Major JJ. wrote in *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 40, "[i]t seems reasonable to accept the proposition that courts are in a better position than administrative tribunals to adjudicate constitutional questions". That appeal addressed the degree of deference due a decision by a specialized agency,

législative ordinaire de l'organisme sans isoler la question constitutionnelle peut restreindre la capacité de l'organisme de donner à la loi en cause toute la portée que voulait lui donner le législateur. Le simple argument non prouvé qu'une interprétation de la loi en cause est inconstitutionnelle peut pousser le décideur à éliminer à tort cette interprétation par application du principe d'interprétation de la présomption de constitutionnalité.

Je vais maintenant examiner la question des normes de contrôle applicables aux deux questions principales soulevées en l'espèce.

A. *Question constitutionnelle*

Le 29 octobre 2002, la Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante : « Le paragraphe 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, relève-t-il de la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement? »

En l'espèce, la question constitutionnelle est mieux formulée si on se demande s'il est possible d'interpréter le par. 43(5) de la Loi comme dépassant la compétence du Parlement. Autrement dit, est-il possible de considérer que le par. 43(5), au lieu d'être une mesure législative fédérale valide, équivaldrait à une mesure législative relative à la propriété et aux droits civils dans une province au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La démarche pragmatique et fonctionnelle s'applique à cette question, comme elle s'applique à tous les contrôles judiciaires et à tous les appels de décisions de tribunaux administratifs : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Il est bien établi en droit, cependant, que l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle à une question de droit constitutionnel mène à l'application de la norme de la décision correcte. Comme l'ont écrit les juges Iacobucci et Major dans *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, par. 40, « [i]l semble raisonnable d'accepter la proposition que les cours sont mieux placées que les tribunaux administratifs pour statuer

the National Energy Board. That agency had determined that certain gathering pipeline and processing plant facilities were not federal works or undertakings under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. As a division of powers question, the issue in *Westcoast* thus resembles that in the present appeal. The same point is also made frequently when a tribunal answers a question relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The CRTC's constitutional determination is therefore reviewable by a correctness standard.

I turn now to the second question, the standard of review of the CRTC's decision, constitutional matters aside.

B. *The CRTC's Decision*

In determining the standard of review for the order, I note that it is important to distinguish the present case from one where an administrative agency simply applies the Constitution. Sometimes the sole question before an agency will be constitutional. For example, in *KMart Canada, supra*, the entire question was whether the statutory definition of "picketing" in a provincial labour code was unconstitutional as contrary to the *Charter*. Cory J. wrote for the Court, at para. 69:

sur des questions constitutionnelles ». Ce pourvoi portait sur le degré de retenue nécessaire à l'égard d'une décision d'un organisme spécialisé, l'Office national de l'énergie. Cet organisme avait décidé que certaines installations de collecte et de traitement ne constituaient pas des ouvrages ou entreprises de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce qui est du partage des compétences, la question soulevée dans *Westcoast* ressemble donc à celle qui se pose en l'espèce. Le même point est également fréquemment soulevé lorsque le tribunal est appelé à trancher une question relative à la *Charte canadienne des droits et libertés : T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. La décision d'ordre constitutionnel du CRTC est donc susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

Je vais maintenant examiner la deuxième question, soit la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC, abstraction faite des questions constitutionnelles.

B. *Décision du CRTC*

Pour la détermination de la norme de contrôle applicable à l'ordonnance, je souligne qu'il est important de distinguer la présente affaire de celles où l'organisme administratif ne fait qu'appliquer la Constitution. Parfois, la seule question dont est saisi l'organisme est une question constitutionnelle. Par exemple, dans *KMart Canada, précité*, il s'agissait uniquement de déterminer si la définition de « piquetage » prévue dans un code du travail provincial était inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevenait à la *Charte*. Au nom de la Cour, le juge Cory écrit au par. 69 :

67

68

It has been recognized that where a Labour Board is acting within its jurisdiction its decision can only be overturned if it is patently unreasonable. However where the Board interpreted or applied the *Charter* the standard of review must be that of correctness.

Likewise, in *Cooper, supra*, the question before the Canadian Human Rights Commission was whether a provision in human rights legislation contravened s. 15(1) of the *Charter*. Those cases were very different from the present appeal. In the present appeal, the main question was the appropriateness of the CRTC's access order issued under s. 43(5). The constitutional question was raised only as an attack on the CRTC's order. If the constitutional question is meritless, it should not serve nevertheless to dictate the level of scrutiny by the court reviewing the administrative decision.

69 This question is more complicated than the standard of review for the constitutional question. It is appropriate to view the CRTC and s. 43(5) through the four factors set out in *Pushpanathan, supra*. Moreover, it is necessary to recognize that review of the administrative decision itself consists properly of two questions: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at para. 41, *per* Arbour J. The first is the CRTC's interpretation of s. 43(5). This is a question of law. As noted by the parties, it will have some precedential value in the CRTC's future cases: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 36, *per* Iacobucci J. The second is the appropriateness of the specific terms in Telecom Decision CRTC 99-13. It is a question of mixed law and fact.

70 On the basis that the CRTC's interpretation of the enabling provision was incorrect and vitiated the order, Gonthier J. does not review the specific terms or determine their appropriate standard of review. In my view, it is uncontroversial that the reviewing

Il est reconnu que, lorsqu'une commission des relations du travail agit dans les limites de sa compétence, sa décision ne peut être écartée que si elle est manifestement déraisonnable. Toutefois, lorsque la commission a interprété ou appliqué la *Charte*, la norme de contrôle doit être celle de la décision correcte.

De même, dans *Cooper*, précité, la question dont était saisie la Commission canadienne des droits de la personne était de savoir si une disposition d'une loi sur les droits de la personne contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. Ces affaires sont très différentes du présent pourvoi. En l'espèce, la question principale porte sur l'opportunité de l'ordonnance d'accès que le CRTC a prise en application du par. 43(5). La question constitutionnelle n'a été soulevée que comme moyen de contestation de l'ordonnance du CRTC. Toutefois, si cette question est sans fondement, elle ne devrait pas servir à dicter la norme que la cour chargée de contrôler la décision administrative doit appliquer.

Cette question est plus compliquée que celle de la norme de contrôle applicable à la question constitutionnelle. Il convient de considérer le CRTC et le par. 43(5) par rapport aux quatre facteurs énoncés dans *Pushpanathan*, précité. De plus, il faut reconnaître que le contrôle de la décision administrative elle-même comporte à proprement parler l'examen de deux questions : *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 41, la juge Arbour. La première question porte sur l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5). Il s'agit d'une question de droit. Comme l'ont souligné les parties, cette interprétation aura une certaine valeur comme précédent dans les autres affaires dont sera saisi le CRTC : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 36, le juge Iacobucci. La deuxième question porte sur le bien-fondé du contenu particulier de la décision Télécom CRTC 99-13. Il s'agit ici d'une question mixte de droit et de fait.

Considérant que l'interprétation donnée par le CRTC à la disposition habilitante était incorrecte et viciait l'ordonnance, le juge Gonthier n'a pas examiné le contenu particulier de l'ordonnance et n'a pas déterminé la norme de contrôle applicable.

court owes the CRTC deference on the specific terms of an order. Dictation of such terms falls “squarely within its area of expertise”, to use the words of Gonthier J. in reference to other CRTC decisions in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746. See also *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.*, [2002] F.C.J. No. 1777 (QL), 2002 FCA 500 (“*Ledcor*”), at para. 30, *per* Létourneau J.A. The standard for review of the specific terms of Telecom Decision CRTC 99-13 is therefore reasonableness *simpliciter*.

It is the standard of review for the CRTC’s interpretation of s. 43(5) that is controversial in this appeal, and for which it is important to apply the four factors from *Pushpanathan* with some care.

(1) Privative Clauses and Statutory Rights of Appeal

No privative clause protects the CRTC’s decision in this case. Indeed, s. 64(1) provides that an appeal from a decision by the CRTC on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with leave. A clause permitting appeals is a factor suggesting a more searching standard of review: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 30. While this factor militates against deference, it is necessary to consider the other factors before making the final determination of the degree of deference.

(2) Relative Expertise

The second factor is the expertise of the tribunal. Expertise on the part of the tribunal warrants greater deference:

If a tribunal has been constituted with a particular expertise with respect to achieving the aims of an Act, whether because of the specialized knowledge of its decision-

À mon sens, il est incontesté que la cour de révision doit faire preuve de retenue à l’égard du contenu particulier des ordonnances du CRTC. Le contenu « relèv[e] parfaitement de son champ d’expertise », pour reprendre les termes utilisés par le juge Gonthier relativement à d’autres décisions du CRTC dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1746. Voir également *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, [2002] A.C.F. n° 1777 (QL), 2002 CAF 500 (« *Ledcor* »), par. 30, le juge Létourneau. La norme de contrôle applicable au contenu particulier de la décision Télécom CRTC 99-13 est donc la décision raisonnable *simpliciter*.

Le présent pourvoi porte sur la norme de contrôle applicable à l’interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) et, à cet égard, il est important d’appliquer avec soin les quatre facteurs énoncés dans *Pushpanathan*.

(1) Clauses privatives et droits d’appel prévus par la loi

Aucune clause privative ne protège la décision du CRTC en l’espèce. En fait, le par. 64(1) prévoit qu’avec l’autorisation de la cour, il peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du CRTC. La présence d’une clause autorisant les appels est un facteur qui donne à penser qu’une norme de contrôle plus stricte s’applique : *Pushpanathan*, précité, par. 30. Bien que ce facteur milite contre la retenue judiciaire, il est nécessaire de prendre en considération les autres facteurs applicables avant de rendre une décision définitive quant au degré de retenue nécessaire.

(2) Expertise relative

L’expertise du tribunal est le deuxième facteur applicable. Elle justifie une plus grande retenue :

Si le tribunal est doté d’une certaine expertise quant à la réalisation des objectifs d’une loi, que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses membres,

71

72

73

makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act, then a greater degree of deference will be accorded.

(*Pushpanathan, supra*, at para. 32)

L'Heureux-Dubé J. explained the rationale for deference to expertise, writing for the Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, at para. 17:

These bodies play a very important and special role in regulating social, economic, and political activities and relationships within an increasingly complex society. The administrative tribunal, with its specialized expertise, accumulated experience, and sensitivity as regards problems which arise in a particular field, is essential to the effective and fair implementation of state policy aimed at addressing these concerns.

Cory J. has written, similarly, that the basis for deference is that "administrative tribunals are set up to replace courts in areas where specific expertise and experience are required" (*Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 53; see also *Bell Canada, supra*, at p. 1746, *per* Gonthier J.).

74 It was largely on this justification that Iacobucci J. described expertise as "the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review" (*Southam, supra*, at para. 50, cited in *Pushpanathan, supra*, at para. 32). This justification can apply even where there is a statutory right of appeal: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591.

75 Recall that expertise is to be understood as a relative, not an absolute, concept. In other words, is the tribunal expert *vis-à-vis* the reviewing court concerning the particular issue before it? *Pushpanathan, supra*, at para. 33.

76 I plan to assess the CRTC's expertise in three steps, using the approach suggested in *Pushpanathan*, at para. 33:

de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d'appliquer la loi, il y a lieu de faire preuve de plus de retenue.

(*Pushpanathan, précité*, par. 32)

Au nom de la Cour dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 17, la juge L'Heureux-Dubé a expliqué comme suit la raison d'être de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de l'expertise :

Ces organismes jouent un rôle très important et très spécial dans la régulation des activités et des rapports sociaux, économiques et politiques dans une société de plus en plus complexe. Avec ses connaissances spécialisées, son expérience accumulée et sa sensibilisation aux problèmes qui se posent dans un domaine particulier, un tribunal administratif joue un rôle essentiel dans l'application efficace et équitable de la politique de l'État sur ces questions.

Dans la même veine, le juge Cory a écrit que la retenue repose sur le fait que « les tribunaux administratifs ont été créés pour remplacer les cours de justice à l'égard d'affaires qui exigent des compétences et une expérience particulières » (*Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 53; voir aussi *Bell Canada, précité*, p. 1746, le juge Gonthier).

C'est en grande partie pour cette raison que le juge Iacobucci a décrit l'expertise comme étant le « facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » (*Southam, précité*, par. 50, cité dans *Pushpanathan, précité*, par. 32). Ce raisonnement peut s'appliquer même lorsque la loi prévoit un droit d'appel : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591.

Il faut se rappeler que l'expertise doit être tenue pour une notion relative et non absolue. Autrement dit, comparativement à la cour de révision, le tribunal a-t-il une expertise en ce qui concerne la question précise dont il a été saisi? *Pushpanathan, précité*, par. 33.

Je me propose d'évaluer l'expertise du CRTC en appliquant la démarche en trois étapes proposée dans *Pushpanathan*, par. 33 :

Making an evaluation of relative expertise has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise.

First, what is the CRTC's expertise? This Court has recognized the CRTC as an expert body. In *Shaw, supra*, at para. 30, L'Heureux-Dubé J. characterized the CRTC as "a specialized administrative tribunal . . . which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction". She also noticed "the broad and important policy mandate of the CRTC" (para. 43). As Major J. noted for the Court in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 28, a tribunal's role in policy development is a significant factor in considering its expertise and the deference appropriate. See also Wilson J.'s reference to the "specialized understanding" of administrative tribunals in the fields of labour relations, telecommunications, financial markets, and international economic relations: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, cited by Iacobucci J. in *Pezim, supra*, at p. 593. For the telecommunications field, Wilson J. was clearly referring to the CRTC. The Federal Court of Appeal has also noted that the "CRTC is a specialized, independent agency to which, precisely because of its expertise, Parliament has granted extensive powers for the supervision and regulation of the Canadian broadcasting system" (*Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, at para. 2, *per* Létourneau J.A.).

I agree with Gonthier J. that the "CRTC's expertise lies in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications" (para. 15). We seem to differ, however, as to the extent to which this expertise extends generally to the CRTC's interpretation of its enabling legislation. (While it is the *Canadian Radio-television*

L'évaluation de l'expertise relative comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise.

Premièrement, quelle est l'expertise du CRTC? La Cour a reconnu que le CRTC est un organisme spécialisé. Dans *Shaw*, précité, par. 30, la juge L'Heureux-Dubé a dit que le CRTC est un « tribunal administratif spécialisé [. . .] [qui] possède une vaste expertise dans son domaine de compétence ». Elle a également constaté « le mandat fondamental et général du CRTC » (par. 43). Comme l'a souligné le juge Major, au nom de la Cour, dans *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 28, la participation du tribunal à l'élaboration de politiques est un facteur important à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'établir son expertise et le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de ses décisions. Voir également les propos de la juge Wilson sur la « connaissance spécialisée » des tribunaux administratifs dans le domaine des relations du travail, des télécommunications, des marchés financiers et des relations économiques internationales : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, mentionnés par le juge Iacobucci dans *Pezim*, précité, p. 593. Pour ce qui est du domaine des télécommunications, la juge Wilson faisait clairement référence au CRTC. La Cour d'appel fédérale a également noté que le « CRTC est un organisme spécialisé autonome à qui le Parlement a confié, précisément à cause de son expertise, de vastes pouvoirs pour assurer la réglementation et la surveillance du système de radiodiffusion canadienne » (*Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL), par. 2, le juge Létourneau).

Je conviens avec le juge Gonthier que l'« expertise du CRTC réside dans la réglementation et la supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada » (par. 15). Nous semblons différer d'opinion, toutefois, quant à savoir dans quelle mesure cette expertise permet au CRTC d'interpréter sa loi habilitante. (Bien que le CRTC

and *Telecommunications Commission Act*, R.S.C. 1985, c. C-22, that established the CRTC, in the present context the *Telecommunications Act* is appropriately viewed as the enabling legislation, since the CRTC purported to act under s. 43(5) of that statute.) Gonthier J. suggests that the CRTC's special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications does not apply to statutory interpretation of the Act. In contrast, I am more inclined to think that interpretation of enabling legislation by a specialized tribunal is more akin to administration of that statute, a core part of the tribunal's mandate. As Dickson J., as he then was, wrote in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

See also the discussion of how specialized agencies develop their own body of law and policy, arguably equivalent to a court's development of the common law, in R. A. Macdonald, "On the Administration of Statutes" (1987), 12 *Queen's L.J.* 488.

79

The CRTC is obviously not a labour board, and telecommunications policy is not labour relations. Nevertheless, the general rationale applies. Indeed, where the particular facts of an administrative scheme and its tribunal warrant, this Court has explicitly distinguished its general deferential approach, developed initially in the context of labour boards: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 583-85, *per* La Forest J. But in the present appeal Gonthier J.

soit établi en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-22, la *Loi sur les télécommunications* est à juste titre considérée comme étant la loi habilitante dans le présent contexte, puisque le CRTC a déclaré s'être fondé sur le par. 43(5) de cette loi.) Le juge Gonthier laisse entendre que l'interprétation de la Loi ne relève pas de l'expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Je suis plus porté à croire au contraire que l'interprétation donnée par un tribunal spécialisé à sa loi habilitante tient de l'application de cette loi, une composante essentielle de son mandat. Comme l'a écrit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 235-236 :

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Voir aussi dans R. A. Macdonald, « On the Administration of Statutes » (1987), 12 *Queen's L.J.* 488, l'analyse de la question de savoir comment les organismes spécialisés établissent leur propre ensemble de règles de droit et de politiques, processus qui, peut-on soutenir, s'apparente à celui par lequel les cours établissent les règles de common law.

Le CRTC n'est manifestement pas une commission des relations du travail et la politique de télécommunication ne relève pas des relations du travail. Néanmoins, le principe général s'applique. D'ailleurs, lorsque les faits particuliers d'un régime administratif et son tribunal le justifient, la Cour a écarté explicitement son approche générale fondée sur la retenue, approche mise au point initialement pour les commissions des relations du travail: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1

distinguishes neither labour boards nor the general rule of deference to a specialized tribunal.

The CRTC may, in exercising its powers and performing its duties, determine any question of law or fact: s. 52(1) of the Act. CRTC members exercise their understanding of the body of decisions that has developed in the telecommunications field. Members will inevitably acquire a familiarity with technical terms and concepts prevalent in the telecommunications field. Moreover, the renewable five-year terms of CRTC members (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, ss. 3(2) and 3(3)) make clear that it is not only institutional, but also personal experience on the part of individual members that accumulates during the CRTC's work. CRTC members are thus sharply distinguishable from members of *ad hoc* tribunals in other domains.

I agree with Rothstein J.A. and Gonthier J. that the policy objectives of the relevant legislation are not *per se* power-conferring provisions. That said, I believe that the CRTC has expertise in advancing those policies and in administering the enabling statutes in furtherance of those policies. CRTC members, working full time with those policies and statutes, will acquire an expertise superior to that of generalist judges who from time to time sit in judicial review of telecommunications matters.

Second, what is the expertise of the court relative to that of the CRTC? The court has general expertise at statutory interpretation. The court is perhaps better positioned than the CRTC to interpret general legal terms of wide usage. See *Mattel*, *supra*, at para. 33, *per* Major J., where a critical factor in reaching the standard of correctness was that the question related to concepts intrinsic to

R.C.S. 554, p. 583-585, le juge La Forest. Mais, en l'espèce, le juge Gonthier n'a fait de distinction ni d'avec les commissions des relations du travail ni d'avec la règle générale selon laquelle il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions d'un tribunal spécialisé.

Le CRTC connaît, dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions, aussi bien des questions de droit que des questions de fait : par. 52(1) de la Loi. Les membres du CRTC (les « conseillers ») sont appelés à recourir à leur interprétation du corps jurisprudentiel qui s'est développé dans le domaine des télécommunications. Ils se familiarisent inévitablement avec les termes techniques et les notions courantes dans ce domaine. De plus, le mandat renouvelable de cinq ans des conseillers (*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, par. 3(2) et (3)) indique clairement que, durant leur mandat, les conseillers acquièrent non seulement une expérience institutionnelle, mais aussi une expérience personnelle. Ils peuvent donc se distinguer nettement des membres de tribunaux *ad hoc* dans d'autres domaines.

Je conviens avec le juge Rothstein et le juge Gonthier que les dispositions énonçant les objectifs de politique de la loi pertinente ne sont pas en soi des dispositions attributives de pouvoir. Cela dit, je crois que le CRTC a l'expertise nécessaire pour développer les politiques en question et pour appliquer ses lois habilitantes de façon à mettre en œuvre ces politiques. Les conseillers, qui se réfèrent continuellement à ces politiques et à ces lois dans l'exercice de leurs fonctions, acquerront une expertise supérieure à celle des juges généralistes qui, de temps en temps, sont appelés à se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire en matière de télécommunications.

Deuxièmement, quelle est l'expertise de la cour par rapport à celle du CRTC? La cour possède une expertise générale en matière d'interprétation des lois. La cour est peut-être mieux placée que le CRTC pour interpréter des termes juridiques généraux d'usage courant. Voir *Mattel*, précité, par. 33, le juge Major; dans cette affaire, le fait que la question avait trait à des concepts inhérents au

80

81

82

basic commercial law. See also *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1097, *per* Beetz J., where a labour board had no relative expertise respecting alienation and operation by another, which are general concepts of the civil law. (But for the suggestion that once a board has developed sufficient expertise, it is due deference on precisely the same general legal concepts, see *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Québec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48.) A court may also have relative expertise where interpretation of an external statute, one that the specialized agency does not routinely administer, is at issue: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157. Even this point is nuanced, however, and Iacobucci J. contemplates that an agency may develop expertise respecting the legal interpretation of an external statute linked to the tribunal's mandate and frequently encountered by it (*Canadian Broadcasting Corp.*, at para. 48). See *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix. The point, however, is that the CRTC will have greater expertise *vis-à-vis* the reviewing court for technical and policy-related matters, including determination of legal questions, associated with the specialized statutes enabling the CRTC.

droit commercial de base a été un facteur crucial dont on a tenu compte pour conclure à l'application de la norme de la décision correcte. Voir aussi *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1097, le juge Beetz, où on a jugé qu'une commission des relations du travail n'avait aucune expertise relative en ce qui concerne les concepts de l'aliénation et de la concession, qui sont des notions générales de droit civil. (Toutefois, pour ce qui est de l'affirmation selon laquelle une fois que l'organisme a acquis une expertise suffisante, il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions qu'il rend sur ces mêmes notions générales de droit, voir *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48.) La cour peut également posséder une expertise relative lorsqu'elle est appelée à interpréter une loi autre qu'une loi constitutive, soit une loi que l'organisme spécialisé n'applique pas couramment : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157. Toutefois, même ce point est nuancé et le juge Iacobucci envisage la possibilité que l'organisme acquière une expertise pour l'interprétation d'une loi non constitutive qui a un lien avec son mandat et qu'il est souvent appelé à examiner (*Société Radio-Canada*, par. 48). Voir *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix. En définitive, le CRTC aura une plus grande expertise que la cour de révision sur des questions techniques et des questions de politique, notamment des questions de droit qui se rapportent aux lois spécialisées qui l'habilitent.

83

For judicial determinations that the CRTC is due deference on legal questions within its expertise, see *Shaw, supra*; *Ledcor, supra*; *Métromédia, supra*. These authorities are relevant only insofar as the question at issue turns out to be one within the CRTC's expertise. They stand, however, as a corrective against the reliance Gonthier J. places on the statutory interpretation character of the question and the courts' general expertise at that exercise.

Pour ce qui est de l'obligation de faire preuve de retenue à l'égard des décisions du CRTC sur des questions de droit relevant de son expertise, voir *Shaw*, précité, *Ledcor*, précité, et *Métromédia*, précité. Ces arrêts sont pertinents dans la seule mesure où la question litigieuse relève de l'expertise du CRTC. Ils diminuent toutefois l'importance que le juge Gonthier accorde au fait que la question litigieuse est une question d'interprétation des lois à l'égard de laquelle les cours possèdent une expertise générale.

The third inquiry here is this: What is the nature of the specific issue before the administrative decision maker relative to its expertise? To Gonthier J., the bare question “[W]hat did Parliament intend by the phrase ‘the supporting structure of a transmission line’?” is a pure legal question best suited to final resolution by the courts, one that does not draw on the CRTC’s core expertise. I cannot agree. In my view, the specific issue draws heavily on the CRTC’s specialized expertise, indicating that deference is required.

The phrase “the supporting structure of a transmission line” in s. 43(5) is not one familiar to lawyers or judges. It has no standard legal meaning independent of the Act. Unlike concepts intrinsic to commercial law (“sale of goods for export to Canada”, “condition of the sale of the goods”: *Mattel, supra*) or to the civil law (“alienation”, “operation by another”: *Bibeault, supra*), the meaning of “the supporting structure of a transmission line” is not one that lawyers or judges would ever have thought about or on which they would have any opinions. Nor does it derive from an area of law where the tribunal has been held to have no greater expertise than the court, as for example human rights: *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 46, *per* La Forest J., and at para. 3, *per* Iacobucci J.; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Mossop, supra*; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321. Commentators have criticized the determination that tribunals do not have greater expertise than courts on matters of human rights law: D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 279; B. Ryder, “Family Status, Sexuality and ‘The Province of the Judiciary’: The Implications of *Mossop v. A.-G. Canada*” (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3; A. Harvison Young, “Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference” (1993), 13 *Admin. L.R.* (2d) 206. I need not address those criticisms here. I simply note that it strikes me as

Troisièmement, il faut se poser la question suivante : Quelle est la nature de la question particulière dont est saisi l’organisme administratif par rapport à son expertise? Pour le juge Gonthier, la simple question de savoir ce « que voulait dire “la structure de soutien d’une ligne de transmission” pour le législateur » est une pure question de droit, une question qui ne relève pas du domaine d’expertise fondamental du CRTC et sur laquelle les cours sont les mieux placées pour statuer de façon définitive. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, cette question fait appel largement aux connaissances spécialisées du CRTC, ce qui indique qu’il faut faire preuve de retenue.

Le membre de phrase « la structure de soutien d’une ligne de transmission » au par. 43(5) n’est pas familier aux avocats et aux juges. Il n’a pas de sens courant en droit autre que celui que lui donne la Loi. Contrairement à ce qu’il en est pour les concepts inhérents au droit commercial (« vente de marchandises pour exportation au Canada », « condition de la vente des marchandises » : *Mattel, précité*) ou au droit civil (« aliénation », « concession » : *Bibeault, précité*), le sens de l’expression « la structure de soutien d’une ligne de transmission » n’est pas une question à laquelle les avocats ou les juges sont censés s’arrêter ou sur laquelle ils sont censés avoir une opinion. Cette expression n’appartient pas non plus à un domaine du droit où il a été jugé que le tribunal ne possède pas une plus grande expertise que la cour, comme par exemple le domaine des droits de la personne : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 46, le juge La Forest, et par. 3, le juge Iacobucci; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Mossop, précité*; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321. Des auteurs ont critiqué la prise de position selon laquelle les tribunaux n’ont pas une plus grande expertise que les cours en matière de droits de la personne : D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 279; B. Ryder, « Le statut familial, la sexualité et “le domaine de la magistrature”, les suites de *Mossop c. l’A.-G. du Canada* » (1993), 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 3;

inadvisable to develop, in this appeal, the notion that courts have general expertise respecting telecommunications support structures and Parliament's policy intentions for the telecommunications domain.

86

In contrast with these examples of general questions or questions within the courts' expertise, the meaning of "the supporting structure of a transmission line" is a technical question best answered by the specialized agency in whose enabling legislation it arises. The question is not simply one "of statutory interpretation" (as *per* Gonthier J., at para. 14). Indeed, to characterize it so, and therefore to conclude that the court's expertise in matters of pure statutory interpretation exceeds the CRTC's, undermines the basis for deference to agencies in administration of their enabling legislation. Wilson J. made the point nicely in *National Corn Growers*, *supra*, at p. 1336:

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work.

This comment relates well to the definitive formulation of the modern approach to statutory interpretation:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21)

A. Harvison Young, « Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada : Reformulating Deference » (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 206. Je n'ai pas besoin d'examiner ces critiques en l'espèce. Je souligne simplement qu'il m'apparaît contre-indiqué d'établir, dans le présent pourvoi, le principe que les cours ont une expertise générale relativement aux structures de soutien servant aux télécommunications et relativement aux objectifs de politique du Parlement en matière de télécommunication.

Contrairement à ces exemples de questions générales ou de questions relevant de l'expertise des cours, le sens de l'expression « la structure de soutien d'une ligne de transmission » est une question technique et c'est l'organisme spécialisé dont la loi habilitante fait état de cette question qui est le mieux placé pour y répondre. Il ne s'agit pas uniquement d'une question « d'interprétation législative » (le juge Gonthier, par. 14). En fait, qualifier cette question ainsi et conclure par voie de conséquence que les cours ont une plus grande expertise que le CRTC en matière d'interprétation législative pure sape les fondements de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions que rendent les organismes dans l'application de leur loi habilitante. La juge Wilson l'a bien fait remarquer dans *National Corn Growers*, précité, p. 1336 :

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme.

Ce commentaire cadre bien avec l'approche moderne suivante qui fait autorité en matière d'interprétation des lois :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21)

In other words, the broad policy context of a specialized agency infuses the exercise of statutory interpretation such that application of the enabling statute is no longer a matter of “pure statutory interpretation”. When its enabling legislation is in issue, a specialized agency will be better equipped than a court to interpret words in “their entire context” in harmony with the Act, “the object of the Act, and the intention of Parliament”.

I note several difficulties with Gonthier J.’s approach to the assessment of the specific issue *vis-à-vis* expertise. First, it prematurely introduces subsequent conclusions into the determination of the standard of review. Gonthier J. holds, at para. 16, that the CRTC’s expertise is not engaged because the “proper interpretation of the phrase” does not require “an understanding of technical language”. As he puts it, at para. 14, “[t]his phrase has no technical meaning beyond the ken of a reviewing court”. Yet, Gonthier J. rejected the finding by Rothstein J.A. that an ordinary construction of the phrase would include the respondents’ poles (para. 26). Moreover, the statement that the phrase has no technical meaning is only a conclusion that can be reached after canvassing all possible interpretations of the phrase, presumably some technical, some not. Identifying all the possible interpretations of the phrase “the supporting structure of a transmission line” and then discriminating amongst them requires expertise. The standard of review cannot be contingent on what the reviewing court determines to be the correct interpretation.

Second, the degree of deference must be discerned from the question to be resolved, not the tools that the reviewing court has already used to reach the answer. In particular, this Court has already determined “that the CRTC is entitled to curial deference with respect to questions of law within its area of jurisdiction and expertise” (*Shaw, supra*, at para. 31, *per* L’Heureux-Dubé J.). Given *Pushpanathan*, the focus on reading that

Autrement dit, le large contexte d’élaboration de politiques de l’organisme spécialisé inspire sa démarche d’interprétation législative, de sorte que l’application de sa loi habilitante n’est plus une question d’« interprétation législative pure ». Lorsque sa loi habilitante est en cause, l’organisme spécialisé sera plus qualifié que la cour pour interpréter les termes dans « leur contexte global » en leur donnant un sens qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, « l’objet de la loi et l’intention du législateur ».

À mon sens, l’approche adoptée par le juge Gonthier pour l’appréciation de la question litigieuse de l’expertise présente plusieurs difficultés. Premièrement, elle introduit prématurément des conclusions ultérieures pour l’établissement de la norme de contrôle. Le juge Gonthier affirme au par. 16 que l’expertise du CRTC n’entre pas en jeu parce que l’« interprétation qu’il convient de donner au membre de phrase » n’exige pas « la compréhension de termes techniques ». Selon lui, «-[c]es termes n’ont aucun sens technique hors de la portée de la cour de révision » (par. 14). Cependant, le juge Gonthier a rejeté la conclusion du juge Rothstein qu’une interprétation de ces termes suivant leur sens ordinaire engloberait les poteaux des intimés (par. 26). De plus, l’affirmation que ces termes n’ont aucun sens technique est une conclusion qu’on peut tirer uniquement après avoir examiné toutes leurs interprétations possibles, dont certaines pourraient être techniques, d’autres non. Recenser toutes les interprétations possibles des termes « la structure de soutien d’une ligne de transmission » pour ensuite faire des distinctions exige une certaine expertise. La norme de contrôle ne peut dépendre de ce que la cour de révision estime être l’interprétation correcte.

Deuxièmement, le degré de retenue dont il faut faire preuve doit être distingué de la question sur laquelle il faut statuer, et non pas des outils dont s’est déjà servie la cour de révision pour trouver la réponse à cette question. Plus particulièrement, la Cour a déjà conclu que « les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l’égard du CRTC relativement aux questions de droit qui relèvent de son champ de compétence et d’expertise » (*Shaw*,

87

88

statement should shift towards the question of expertise. Indeed, Létourneau J.A. takes precisely this approach in citing the *Shaw* case in *Ledcor*, *supra*, at para. 30: “Consequently, this means the applicable standard of review of the CRTC’s legal conclusions on matters within its expertise is that of reasonableness”. The reasonableness standard on questions of law means that the CRTC is entitled to err in law in the exercise of its jurisdiction (*Ledcor*, at para. 30). Given the general rule that an expert tribunal will be due deference on its determinations of questions of law relating to its enabling statute (see *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 33, *per* La Forest J.) and this Court’s specific conclusion that the CRTC is entitled to deference on its answers to legal questions within its expertise, it is insufficient and, indeed, unhelpful to note that the interpretation of s. 43(5) is “a purely legal question” (as *per* Gonthier J., at para. 16). For tribunals expert at making legal determinations, such an observation adds little and need not, without more, drive towards correctness review. For example, in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 24, it was the fact of the decision maker’s lack of expertise as to the substantive issue that indicated correctness review, not a lack of expertise regarding legal questions as such. In the case of tribunals or administrative decision makers not empowered to make determinations of law, for example, or lacking expertise, the fact that a question is purely legal will of course be more significant. Yet, on purely legal questions within its expertise, the CRTC is owed deference. The analytical work in this appeal arises when determining whether the particular legal question is within the agency’s expertise.

précité, par. 31, la juge L’Heureux-Dubé). Compte tenu de *Pushpanathan*, il faudrait mettre l’accent sur la question de l’expertise lorsqu’on lit cette affirmation. D’ailleurs, le juge Létourneau adopte précisément ce point de vue lorsqu’il cite *Shaw* dans *Ledcor*, précité, par. 30 : « Par conséquent, cela signifie que la norme de contrôle applicable aux conclusions juridiques du CRTC sur des questions qui relèvent de son expertise est celle du caractère raisonnable ». L’application de la norme du caractère raisonnable relativement aux questions de droit signifie que le CRTC est autorisé à commettre des erreurs de droit dans l’exercice de sa compétence (*Ledcor*, par. 30). Compte tenu de la règle générale selon laquelle il faut faire preuve de retenue à l’égard des décisions d’un tribunal spécialisé sur des questions de droit se rapportant à sa loi habilitante (voir *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 33, le juge La Forest), et de la conclusion expresse de la Cour qu’il faut faire preuve de retenue à l’égard des décisions du CRTC sur des questions de droit relevant de son expertise, il ne suffit pas et il est en fait inutile de noter que l’interprétation du par. 43(5) est une « question purement de droit » (le juge Gonthier, par. 16). Pour les tribunaux qui statuent régulièrement sur des questions de droit, une telle observation n’ajoute pas grand-chose et n’exige pas à elle seule l’application de la norme de la décision correcte. À titre d’exemple, dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 24, c’était le manque d’expertise du décideur relativement à la question de fond qui donnait à penser que la norme de la décision correcte s’appliquait, et non pas son manque d’expertise sur les questions de droit en tant que telles. Dans le cas de tribunaux ou décideurs administratifs qui, par exemple, ne sont pas habilités à tirer des conclusions de droit ou qui manquent d’expertise, le fait qu’il s’agit d’une pure question de droit sera bien entendu plus important. Il faut toutefois faire preuve de retenue à l’égard des décisions du CRTC sur des questions purement de droit relevant de son expertise. Le travail d’analyse en l’espèce commence lorsqu’il s’agit de déterminer si la question de droit en cause relève de l’expertise de l’organisme.

Third, by effectively holding that no deference is due where an ordinary, rather than technical, meaning prevails, Gonthier J. substantially reduces the likelihood that the pragmatic and functional approach will indicate deference to expert decision makers. As noted above, the correct approach to statutory interpretation requires that words be read “in their grammatical and ordinary sense”. Gonthier J.’s approach suggests that a court will generally be as well equipped as a specialized agency to read words in their ordinary sense, in effect, most of the time.

Fourth, in his own analysis, Gonthier J. engages in technical reasoning of the kind he says is unwarranted by the question. While noting that consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation, Gonthier J. makes a policy assessment that there may be other avenues available to the appellant for access to the respondents’ poles, “contractual or regulatory” (para. 41). This indicates that the exercise is not a “pure” one best suited to judges. The CRTC would have been significantly better positioned than the court to assess the alternatives and the consequences of each possible interpretation of s. 43(5). Moreover, he determines that the interpretive exercise is aided by assuming that Parliament knew — and thus that the reviewing court knows — the technical distinctions between transmission and distribution lines, and that some power poles are situated on private land (para. 26). The distinction, as Gonthier J. notes (at para. 25), is that a transmission line carries electricity over large distances with minimum losses. In contrast, a distribution line carries less than 50kV of electricity over short distances. It strikes me that the distinction between transmission lines and distribution lines is not one to which any lawyer or judge, not having previously litigated or adjudicated in the telecommunications or energy sectors, would ever have turned his or her mind. It is a distinction with which the CRTC, as a specialized body regularly issuing orders respecting transmission facilities and transmission lines, is much more familiar

Troisièmement, en concluant effectivement qu’il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue lorsque le sens ordinaire, et non le sens technique, l’emporte, le juge Gonthier réduit considérablement la probabilité qu’on fasse preuve de retenue à l’égard des décisions d’organismes spécialisés par suite de l’application de la démarche pragmatique et fonctionnelle. Comme nous l’avons noté précédemment, l’approche correcte en matière d’interprétation des lois consiste à lire les termes de la loi « en suivant le sens ordinaire et grammatical ». L’approche du juge Gonthier donne à penser que les cours seront généralement, si ce n’est pas la plupart du temps, aussi qualifiées que les organismes spécialisés pour interpréter les termes de la loi selon leur sens ordinaire.

Quatrièmement, selon la propre analyse du juge Gonthier, la question soulevée ne justifie pas le type de raisonnement technique auquel il se livre. Bien qu’il note que la prise en considération des objectifs législatifs est l’un des aspects de l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, le juge Gonthier déclare que l’appelante dispose d’autres solutions pour accéder aux poteaux des intimés, « par voie contractuelle ou réglementaire » (par. 41). Cela montre qu’il ne s’agit pas d’un exercice d’interprétation législative « pure » que les juges sont les plus en mesure d’effectuer. Le CRTC aurait été beaucoup mieux placé que la cour pour évaluer les autres interprétations possibles du par. 43(5) et les conséquences de chacune d’elles. En outre, selon le juge Gonthier, la présomption que le législateur connaissait — donc que la cour de révision connaît — les distinctions techniques entre les lignes de transmission et les lignes de distribution et qu’il sait que certains poteaux d’électricité sont situés sur des terrains privés facilite cet exercice d’interprétation (par. 26). Le juge Gonthier explique ainsi cette distinction : une ligne de transmission transporte l’électricité sur de grandes distances avec des pertes mineures alors qu’une ligne de distribution transporte moins de 50kV d’électricité sur de courtes distances (par. 25). À mon avis, cette distinction n’est pas une question sur laquelle s’arrêterait un avocat ou un juge qui n’a jamais plaidé ou jugé dans le domaine des télécommunications ou de l’énergie. Il s’agit d’une distinction que le CRTC,

than any judge. The CRTC, better than any judge, would know the extent to which Parliament regularly demonstrates its knowledge of technical distinctions in its legislation respecting the telecommunications sector. Reliance on these technical distinctions and facts further indicates how far the question is from a general question of law. If knowledge of all the technical meanings of terms such as “transmission” and the factual situation of poles is relevant, the issue appears no longer to be a pure question of statutory interpretation. Instead, it is one deeply enmeshed in the context and the domain of the CRTC’s expertise.

en tant qu’organisme spécialisé appelé régulièrement à prendre des ordonnances relatives à des installations de transmission et à des lignes de transmission, connaît beaucoup mieux que n’importe quel juge. Le CRTC sait mieux que n’importe quel juge dans quelle mesure le Parlement fait régulièrement preuve de connaissances d’ordre technique dans sa législation sur les télécommunications. En outre, le fait qu’on se fonde sur de telles distinctions techniques et sur de tels faits révèle également à quel point la question est loin d’être une question générale de droit. Si la connaissance de tous les sens techniques de termes comme « transmission » et la situation de fait des poteaux sont pertinentes, il ne s’agit plus d’une pure question d’interprétation législative. Il s’agit plutôt d’une question très embrouillée dans le contexte et le domaine d’expertise du CRTC.

91 In conclusion, this second factor militates for deference. Determining the definition of “the supporting structure of a transmission line” falls squarely within the CRTC’s expertise.

Il faut conclure que ce deuxième facteur milite pour la retenue judiciaire. Déterminer le sens de l’expression « la structure de soutien d’une ligne de transmission » relève directement du champ d’expertise du CRTC.

(3) Purpose of the Act as a Whole, and the Provision in Particular

(3) Objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en particulier

92 The purpose of the Act as a whole is to advance the “essential role in the maintenance of Canada’s identity and sovereignty” of telecommunications and to advance certain specified objectives: s. 7. The CRTC, as a specialized agency, plays a crucial role in this scheme. Nevertheless, as noted above, the provision for an appeal on questions of law or jurisdiction with leave indicates that, under the Act, the CRTC is less clearly the final and exclusive decision maker than expert agencies fully shielded by privative clauses under other regimes, such as labour boards. I have several comments as to the provision in particular.

Dans son ensemble, la loi vise à promouvoir le « caractère essentiel des télécommunications pour l’identité et la souveraineté canadiennes » ainsi que certains objectifs précis : art. 7. Le CRTC, en tant qu’organisme spécialisé, joue un rôle crucial à cet égard. Néanmoins, comme je l’ai souligné précédemment, la disposition qui prévoit qu’avec une autorisation, il peut être interjeté appel sur des questions de droit ou de compétence montre que la Loi confère moins clairement au CRTC le pouvoir de rendre des décisions définitives et péremptoires que ne le font d’autres régimes, où l’organisme spécialisé (une commission des relations du travail, par exemple) est protégé par une clause privative intégrale. J’ai plusieurs commentaires à formuler sur cette disposition en particulier.

93 First, Gonthier J. suggests, at para. 17, that interpretation of s. 43(5) is a jurisdictional question: “It is a question of whether s. 43(5), properly construed, gives the CRTC jurisdiction to hear the

Premièrement, le juge Gonthier laisse entendre que l’interprétation du par. 43(5) est une question de compétence : « Il s’agit de se demander si le par. 43(5), correctement interprété, confère

parties' dispute." Such an observation hints at the defunct notion of the jurisdictional question as such. Yet, according to this Court's recent jurisprudence, the fact that a provision seems to limit a tribunal's powers does not lead to a less deferential standard of review. Rather, "the functional and pragmatic approach for determining the legislator's intent should be applied equally to questions which, at first blush, appear to limit a tribunal's jurisdiction" (*Canadian Union of Public Employees v. Montreal*, *supra*, at para. 19, *per* L'Heureux-Dubé J.). See also *Pushpanathan*, *supra*, at para. 28: "But it should be understood that a question which 'goes to jurisdiction' is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis." See also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at paras. 18-19, *per* Sopinka J., which also makes clear that a "jurisdictional question" is one that the legislator did not intend to leave to the board, not one that on its face defines the board's powers.

Second, Gonthier J. finds that the CRTC's telecommunications policy function is much less in evidence in s. 43(5) than elsewhere in the Act. He notes that s. 43(5) accords the CRTC "the essentially adjudicative role of considering applications from, and providing redress to, public service providers who cannot gain access to the supporting structure of a transmission line on terms acceptable to them" (para. 17). This subsection is not unique in this respect. Indeed, s. 43(4), in a strikingly similar way, empowers the CRTC to grant a Canadian carrier or distribution undertaking permission to enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing a transmission line. Section 43(4) is triggered only where the Canadian carrier or distribution undertaking has failed to obtain the consent of the municipality or other public authority,

au CRTC la compétence voulue pour connaître du litige des parties. » (par. 17). Cette observation fait allusion à la notion désuète de la question de compétence en tant que telle. Pourtant, selon la jurisprudence récente de la Cour, le fait qu'une disposition semble limiter la compétence du tribunal administratif ne conduit pas à l'application d'une norme de contrôle faisant appel à une moins grande retenue. Au contraire, « la démarche pragmatique et fonctionnelle à suivre pour déterminer l'intention du législateur devrait s'appliquer aussi aux questions qui, de [prime] abord, semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif » (*Syndicat canadien de la fonction publique c. Montréal*, précité, par. 19, la juge L'Heureux-Dubé). Voir aussi *Pushpanathan*, précité, par. 28 : « Mais il faut bien comprendre qu'une question qui "touche la compétence" s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. » Voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18-19, le juge Sopinka, qui explique aussi clairement qu'une « question de compétence » est une question que le législateur n'avait pas l'intention de laisser à l'appréciation de la commission, et non pas une question qui à première vue définit les pouvoirs de la commission.

Deuxièmement, le juge Gonthier estime que la fonction du CRTC en ce qui touche la politique de télécommunication ressort beaucoup moins au par. 43(5) qu'ailleurs dans la Loi. Il souligne que le par. 43(5) confère au CRTC « la fonction essentiellement juridictionnelle d'examiner les demandes des fournisseurs de services au public ne pouvant pas avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission à des conditions qui leur sont acceptables et de leur accorder un redressement » (par. 17). Cette disposition n'est pas unique à cet égard. En fait, le par. 43(4), de façon étonnamment semblable, habilite le CRTC à permettre à une entreprise canadienne ou à une entreprise de distribution d'accéder à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction de lignes de transmission, et d'y procéder à des travaux, notamment de creusement.

according to s. 43(3). Thus, s. 43(4) has an equivalent “adjudicative” role.

95

More important, however, is the point that it is impossible to extricate this question of whether the CRTC was statutorily authorized to hear the parties’ dispute from matters of policy. The reach of the CRTC’s power to grant permission under s. 43(5) connects directly with the CRTC’s ability to implement its policy objectives. I disagree with Gonthier J. that the proper interpretation of s. 43(5) is not a “polycentric” question (para. 17). Obviously the question affects, bilaterally, the parties in this appeal. But the question reaches much further. In interpreting and applying s. 43(5), the CRTC is required to advance the complex policy objectives set out in s. 7 of the Act. The Federal Court of Appeal has observed the polycentric character of the CRTC’s role in implementing similarly complex legislative objectives set out in s. 3 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11: *Métromédia*, *supra*, at paras. 3-5, *per* Létourneau J.A. Moreover, Canadian telecommunications policy in s. 7 of the Act indicates that Canadians generally — by virtue of the role of telecommunications respecting Canada’s identity and sovereignty — have a stake in the effectiveness of the tools given the CRTC. Parliament has made a determination that ordinary citizens are stakeholders in Canada’s telecommunications policy. This indirect involvement by citizens thus distinguishes the present situation from a case in which, say, a public corporation and thus its shareholders are involved. Furthermore, the proper interpretation of s. 43(5) affects the municipalities and other public authorities, whose land may be broken up for the construction of duplicative transmission structures under s. 43(4). This is because, in practical terms, an order under s. 43(5) is an alternative to an order under s. 43(4). Therefore, in interpreting s. 43(5), as in exercising its discretion under s. 43(4), “the CRTC has to strike a delicate balance between public, private and municipal interests” (*Ledcor*, *supra*, at para. 28, *per* Létourneau J.A.). The environmental repercussions flowing from construction of such duplicative

Le paragraphe 43(4) ne s’applique que lorsque l’entreprise canadienne ou l’entreprise de distribution n’a pas obtenu le consentement de l’administration municipale ou autre administration publique, conformément au par. 43(3). Le paragraphe 43(4) a donc une fonction « juridictionnelle » équivalente.

Le plus important, toutefois, est qu’il est impossible de séparer des questions de politique la question de savoir si la loi habilitait le CRTC à connaître du litige des parties. La portée du pouvoir du CRTC de conférer un droit par application du par. 43(5) est directement liée à son pouvoir de mettre en œuvre ses objectifs de politique. Je ne suis pas d’accord avec le juge Gonthier pour dire que l’interprétation à donner au par. 43(5) n’est pas une question « polycentrique » (par. 17). Manifestement, la question touche les deux parties au présent pourvoi. Mais la question va beaucoup plus loin. Dans l’interprétation et l’application du par. 43(5), le CRTC est tenu de promouvoir les objectifs de politique complexes énoncés à l’art. 7 de la Loi. La Cour d’appel fédérale a souligné le caractère polycentrique du rôle du CRTC dans la mise en œuvre d’objectifs législatifs tout aussi complexes énoncés à l’art. 3 de la *Loi sur la radio-diffusion*, L.C. 1991, ch. 11 : *Métromédia*, précité, par. 3-5, le juge Létourneau. En outre, la politique canadienne de télécommunication énoncée à l’art. 7 de la Loi donne à penser que, de façon générale, les Canadiens — compte tenu du rôle des télécommunications en ce qui touche l’identité et la souveraineté canadiennes — sont concernés par l’efficacité des outils fournis au CRTC. Le législateur a décidé que les citoyens ordinaires ont un intérêt dans la politique canadienne de télécommunication. Cette participation indirecte des citoyens distingue donc la présente situation de celle où, disons, une société d’État et par le fait même ses actionnaires sont touchés. En outre, l’interprétation qu’il convient de donner au par. 43(5) touche les administrations municipales et autres administrations publiques dont les terrains peuvent faire l’objet de creusage pour la construction en parallèle de structures de transmission, conformément au par. 43(4). C’est parce que, en pratique, l’ordonnance fondée sur le par. 43(5) est une solution de rechange à l’ordonnance fondée sur le par. 43(4).

structures may have an impact upon those municipalities and their residents more generally. Indeed, the legislative history of s. 43 indicates the multiple complex concerns implicated. Interpretation of the CRTC's scope to issue orders under s. 43(5) implicates much more than the private rights of the two parties. Compare cases where instead of a polycentric balancing of competing interests, the decision maker was required to resolve an issue in which an individual's rights were at stake *vis-à-vis* the state: *Chieu, supra*, at para. 26, *per* Iacobucci J.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 60, *per* L'Heureux-Dubé J.

The purpose of s. 43(5), as evident from its inclusion with the other subsections of s. 43, is clearly to provide an alternative to the construction of new structures on public land. At this stage, in determining the standard of review, this does not on its own dictate a substantive outcome. It suggests, nonetheless, deference to the extent that the question is one best answered by the expert tribunal in appreciation of the real-life consequences for other provisions in the statute.

(4) The "Nature of the Problem": A Question of Law or Fact?

I agree with Gonthier J. that the interpretation of s. 43(5) is a question of law. The nature of the problem thus suggests, at first blush, less deference. It is established, however, that even pure questions of law may be granted deference where other factors of the pragmatic and functional approach suggest that the legislature intends such deference (*Pushpanathan, supra*, at para. 37).

Par conséquent, dans l'interprétation du par. 43(5) tout comme dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 43(4), « le CRTC doit trouver un équilibre délicat entre les intérêts publics, privés et municipaux » (*Ledcor*, précité, par. 28, le juge Létourneau). Les répercussions environnementales découlant de la construction en parallèle de telles structures peuvent avoir une incidence sur les municipalités en cause et sur leurs résidents en général. En fait, l'historique législatif de l'art. 43 montre la multitude et la complexité des considérations en jeu. L'interprétation de la portée du pouvoir qu'a le CRTC de prendre des ordonnances en vertu du par. 43(5) implique beaucoup plus que les droits individuels des deux parties. Il faut comparer avec des affaires où, au lieu d'être appelé à effectuer une pondération polycentrique d'intérêts opposés, le décideur a eu à trancher une question de droits individuels par rapport à l'État : *Chieu*, précité, par. 26, le juge Iacobucci; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 60, le juge L'Heureux-Dubé.

L'objet du par. 43(5), qui ressort de son inclusion dans l'art. 43, est clairement de fournir une solution de rechange à la construction de nouvelles structures sur des terrains publics. À cette étape de la détermination de la norme de contrôle, cela ne dicte pas en soi un résultat quant au fond. Cela indique toutefois qu'il faut faire preuve de retenue dans la mesure où le décideur le mieux placé pour répondre à cette question est le tribunal spécialisé, qui est à même d'apprécier les conséquences réelles pour d'autres dispositions de la loi.

(4) « Nature du problème » : Une question de droit ou une question de fait?

Je conviens avec le juge Gonthier que l'interprétation du par. 43(5) est une question de droit. La nature du problème donne donc à penser, de prime abord, qu'il faut faire preuve d'une moins grande retenue. Il est établi, toutefois, qu'il peut convenir de faire preuve de retenue même à l'égard de pures questions de droit, si d'autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur (*Pushpanathan*, précité, par. 37).

96

97

98

To sum up, two factors suggest a low degree of deference, the statutory appeal and the legal nature of the problem. Two factors suggest substantial deference, the CRTC's relative expertise on an issue drawing on its technical knowledge and role in policy development and the purpose of the provision and the Act as a whole. I have already noted this Court's determination that expertise is the most compelling of the factors in arriving at the appropriate standard of review (*Southam, supra*). I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*.

III. Application of Standards of Review

A. *Constitutional Question*

99

If the provision at issue has only one plausible construction, the constitutional question is simple: is the provision *ultra vires* its legislator? If the provision is genuinely ambiguous, however, greater care is required. The presumption of compliance with constitutional norms is a well-established principle of statutory interpretation, but it does not apply unless one possible interpretation would render the legislation invalid: R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 322. Iacobucci J. makes a similar point about the use of *Charter* values in *Bell ExpressVu, supra*. In other words, where an interpreter is choosing between versions, neither one of which is constitutionally invalid, there is no reason to prefer one over the other.

100

Rothstein J.A. read s. 43(5) restrictively so as to avoid possible unconstitutionality. He did not, however, make a prior determination that the possible interpretation he was excluding would, in fact, have rendered the legislation unconstitutional.

101

The interpretation Rothstein J.A. eliminated was the one that had been selected by the CRTC in its decision below, and is the one sought by the appellant before this Court. This is the construction of

En résumé, deux facteurs donnent à penser qu'il faut appliquer un faible degré de retenue, soit le droit d'appel prévu par la loi et la nature juridique du problème. Deux autres facteurs mèneraient plutôt à la conclusion qu'il faut faire preuve d'une très grande retenue, soit l'expertise relative du CRTC sur les questions faisant appel à ses connaissances techniques et à son rôle en matière d'élaboration des politiques, ainsi que l'objet de la disposition et celui de la Loi dans son ensemble. J'ai déjà souligné que la Cour a jugé que l'expertise est le facteur le plus concluant pour la détermination de la norme de contrôle applicable (*Southam, précité*). Je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

III. L'application des normes de contrôle

A. *Question constitutionnelle*

Si la disposition en cause a une seule interprétation plausible, la question constitutionnelle est simple : la disposition outrepasset-elle la compétence du législateur? Toutefois, si la disposition est véritablement ambiguë, il faut faire preuve de plus de prudence. La présomption de respect des normes constitutionnelles est un principe bien établi d'interprétation des lois, mais il ne s'applique pas à moins qu'il existe une interprétation possible selon laquelle la loi est invalide : R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 322. Le juge Iacobucci fait une remarque semblable relativement à l'utilisation des valeurs de la *Charte* dans *Bell ExpressVu, précité*. Autrement dit, lorsqu'un interprète doit choisir entre deux versions, qui ne sont ni l'une ni l'autre inconstitutionnelles, il n'y a aucune raison de préférer l'une à l'autre.

Le juge Rothstein donne une interprétation restrictive au par. 43(5) de façon à éviter toute conclusion d'inconstitutionnalité. Toutefois, il ne s'est pas demandé au préalable si l'interprétation qu'il excluait aurait, de fait, rendu la loi inconstitutionnelle.

L'interprétation éliminée par le juge Rothstein est celle qu'avait retenue le CRTC et que l'appelante demande à la Cour de rétablir. C'est l'interprétation du par. 43(5) qui permet au CRTC de prendre

s. 43(5) that permits the CRTC to order access, for a federal undertaking, to poles owned by provincially regulated electric companies. The best approach is to determine whether that interpretation would render s. 43(5) *ultra vires* Parliament. As nobody argued for it, it is unnecessary to access a construal by which a “person who provides [a] servic[e] to the public” could mean poles of a competing provincial hydro company. Without reference to constitutional precepts, the basic contextual approach to statutory interpretation would appear to rule out such a construction of the federal *Telecommunications Act*.

Gonthier J. declines to address the constitutional question. Nevertheless, I propose to answer the question briefly. The CRTC undertook a thorough constitutional analysis, spreading over some 70 paragraphs in its decision, and for future cases it may assist the CRTC to have comments from this Court on its reasoning. Moreover, my analysis may be helpful to Parliament should it decide, in light of the majority’s decision, to amend s. 43(5).

In my view, the CRTC decided correctly that this construction of s. 43(5) is constitutionally valid (Telecom Decision CRTC 99-13, at paras. 89-106).

There are two stages to the division of powers analysis. The first step asks: What is the essential character of the law? The second step asks whether that character relates to an enumerated head of power granted to the enacting legislature by the *Constitution Act, 1867*. If it does, the law is valid: *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

First, what is the pith and substance, or essential character, of the impugned law? Here we are seeking the “true meaning or dominant feature” of s. 43(5):

une ordonnance accordant aux entreprises fédérales l’accès aux poteaux des entreprises d’électricité relevant de la province. La meilleure approche consiste à déterminer si cette interprétation rendrait le par. 43(5) *ultra vires* du Parlement. Personne ne l’ayant demandé, il n’est pas nécessaire d’examiner une interprétation par laquelle la notion de « fournisseur de services au public » pourrait englober les poteaux appartenant à une entreprise concurrente d’hydroélectricité au palier provincial. Abstraction faite des préceptes constitutionnels, l’approche contextuelle de base applicable à l’interprétation des lois paraîtrait exclure une telle interprétation de la *Loi sur les télécommunications fédérale*.

Le juge Gonthier refuse d’aborder la question constitutionnelle. Je me propose toutefois d’y répondre brièvement. Le CRTC s’est livré à une analyse constitutionnelle approfondie, qui s’étend sur environ 70 paragraphes, et il peut lui être utile, pour les autres affaires dont il sera saisi, que la Cour commente le raisonnement qu’il a suivi. Mon analyse peut également être utile au Parlement s’il décide, vu la décision des juges majoritaires, de modifier le par. 43(5).

À mon avis, le CRTC a décidé à bon droit que cette interprétation du par. 43(5) est valide du point de vue constitutionnel (décision Télécom CRTC 99-13, par. 89-106).

L’analyse du partage des compétences comporte deux étapes. Premièrement, il faut se demander quel est le caractère essentiel de la loi. Deuxièmement, il faut se demander si ce caractère se rapporte à l’un des chefs de compétence attribués au législateur par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si c’est le cas, la loi est valide : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Premièrement, quel est le caractère véritable ou essentiel de la mesure législative contestée? Il s’agit de chercher « le sens véritable ou la caractéristique

102

103

104

105

Ward, supra, at para. 17, *per* McLachlin C.J. “The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance”: *Global Securities, supra*, at para. 23; see also *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299. Indeed, in some cases, the effects of the law suggest a purpose other than that stated in the law: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.). In other words, a law may say that it intends to do one thing and actually do something else: *Firearms Reference, supra*, at para. 18. Here, for example, the respondents argue that the pith and substance of s. 43(5) is actually the minimization of disruption of roadways.

106

In my view, the dominant characteristic is that s. 43(5), construed for argument’s sake as suggested by the appellant and as found by the CRTC, empowers the CRTC to aid federal undertakings by granting them access to the infrastructure of provincially regulated utilities when they have otherwise failed to obtain access on acceptable terms. I cannot accept the argument by the respondents and a number of the interveners that the dominant characteristic is that the provision would permit the CRTC to minimize disruption of roadways or to regulate hydro-electricity within a province. Any impact the CRTC can have on a provincially regulated hydro utility arises only through the fact of granting a federal undertaking access to transmission lines in resolution of a particular dispute. This is not a plenary regulatory power. See the relevant discussion of the constitutional validity of s. 43(4) of the Act, which, despite its incidental effects, is not in pith and substance legislation in respect of “control and management of traffic on municipal roadways” (*Ledcor, supra*, at para. 24).

107

Turning to the second step, it should be obvious that, in my view, the essential character of s. 43(5) relates to an enumerated head of power granted to Parliament by the *Constitution Act, 1867*. The

dominante » du par. 43(5) : *Ward*, précité, par. 17, la juge en chef McLachlin. « Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable » : *Global Securities*, précité, par. 23; voir aussi *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299. En fait, dans certains cas, les effets d’une mesure législative donnent à penser qu’elle a un autre objet que celui qu’elle prétend avoir : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.). Autrement dit, une loi peut dire qu’elle vise une chose et, en réalité, en viser une autre : *Renvoi sur les armes à feu*, précité, par. 18. En l’espèce, par exemple, les intimés soutiennent que le caractère véritable du par. 43(5) est en fait de minimiser les perturbations routières.

À mon avis, la caractéristique dominante du par. 43(5), interprété, pour les besoins de l’analyse, comme le propose l’appelante et comme l’a conclu le CRTC, est de permettre au CRTC d’aider les entreprises fédérales en leur accordant l’accès aux infrastructures de services publics relevant de la province lorsqu’elles n’ont pu y avoir accès à des conditions qui leur sont acceptables. Je ne puis accepter l’argument des intimés et d’un certain nombre d’intervenants que la caractéristique dominante de cette disposition est de permettre au CRTC de minimiser les perturbations routières ou de réglementer l’hydroélectricité dans la province. La seule incidence que peut avoir le CRTC sur les services publics d’hydroélectricité réglementés par la province découle uniquement de l’octroi à une entreprise fédérale d’un droit d’accès à des lignes de transmission pour la résolution d’un litige donné. Il ne s’agit pas là d’un pouvoir réglementaire absolu. Voir l’analyse pertinente de la constitutionnalité du par. 43(4) de la Loi, qui, malgré ses effets accessoires, n’est pas de par son caractère véritable une mesure législative qui se rapporte à « la gestion et [au] contrôle de la circulation dans les rues appartenant à la municipalité » (*Ledcor*, précité, par. 24).

Pour ce qui est de la deuxième question, il devrait être évident, à mon avis, que le caractère essentiel du par. 43(5) se rapporte à l’un des chefs de compétence attribués au Parlement par la *Loi*

pith and substance of the law is properly assigned to s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. The impugned provision cannot credibly be described as a law in respect of a provincial matter such as property and civil rights under s. 92(13). According to the authorities of this Court, the analysis stops here: *Firearms Reference, supra*; *GM Canada, supra*. There is no need to consider whether the impugned provision is part of a valid legislative scheme, nor if so, whether it is sufficiently integrated into that legislative scheme. Since the impugned law is valid federal law, incidental effects upon matters of provincial jurisdiction are constitutionally irrelevant.

My conclusion is unsurprising, since the validity of federal laws granting access to or rights upon property otherwise regulated under the head of s. 92(13) for the purposes of federal undertakings is long established. See *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (P.C.); *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 S.C.R. 232. Indeed, the Federal Court of Appeal recently affirmed the constitutionality of s. 43(4) of the Act, including the power of the CRTC to authorize federal undertakings to enter on and break up municipal highways for their purposes: *Ledcor, supra*.

While my colleague Gonthier J. does not explicitly raise the constitutional issue, he refers indirectly to a misconception of the division of powers raised by several interveners.

The Attorney General of Ontario, the Federation of Canadian Municipalities, and the Attorney General of Alberta appear to believe that, by granting the provinces the exclusive power to make laws in relation to matters within the enumerated classes of subjects, s. 92 of the *Constitution Act, 1867* precludes the federal Parliament from passing

constitutionnelle de 1867. On rattache à bon droit le caractère véritable de la loi à l'art. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition contestée ne peut vraisemblablement pas être considérée comme une mesure législative visant une matière provinciale telle que la propriété et les droits civils (par. 92(13)). Selon la jurisprudence de la Cour, l'analyse s'arrête ici : *Renvoi sur les armes à feu, précité*; *GM Canada, précité*. Il n'est pas nécessaire de se demander si la disposition contestée fait partie d'un régime législatif valide ni, dans l'affirmative, si elle est suffisamment intégrée à ce régime. Comme la disposition contestée est une loi fédérale valide, ses effets accessoires sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale ne sont pas pertinents du point de vue constitutionnel.

Ma conclusion n'est pas surprenante, puisque la validité des lois fédérales donnant aux entreprises fédérales accès à des biens par ailleurs assujettis à la compétence provinciale en vertu du par. 92(13), ou des droits sur ceux-ci, est établie depuis longtemps. Voir *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.); *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (C.P.); *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1906), 37 R.C.S. 232. En fait, la Cour d'appel fédérale a récemment confirmé la constitutionnalité du par. 43(4) de la Loi, notamment du pouvoir du CRTC de permettre à une entreprise fédérale d'accéder à toute voie publique municipale pour ses propres besoins, et d'y procéder à des travaux, notamment de creusage : *Ledcor, précité*.

Bien que mon collègue le juge Gonthier ne soulevé pas expressément la question constitutionnelle, il parle indirectement de la méconnaissance dont font preuve plusieurs intervenants de la question du partage des compétences.

Le procureur général de l'Ontario, la Fédération canadienne des municipalités et le procureur général de l'Alberta paraissent croire qu'en accordant aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets énumérés, l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche le Parlement fédéral d'édicter des

108

109

110

legislation imposing any ancillary effects on matters under s. 92 (Attorney General of Ontario, at para. 7; Federation of Canadian Municipalities, at para. 25; Attorney General of Alberta, at para. 28). This is the only sense to be given to arguments that “jurisdiction over access . . . must also fall within exclusive provincial jurisdiction” (Attorney General of Ontario, at para. 7). Such an argument confuses the doctrine of interjurisdictional immunity protecting federally regulated undertakings with an equivalent doctrine protecting provincially regulated undertakings. The weight of authority is against any such equivalent doctrine protecting provincially regulated undertakings from intrusion (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 68-69, *per* La Forest J.; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at p. 275, *per* Dickson C.J. See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 15-34).

lois ayant quelque effet accessoire que ce soit sur des matières relevant de l’art. 92 (procureur général de l’Ontario, par. 7; Fédération canadienne des municipalités, par. 25; procureur général de l’Alberta, par. 28). C’est le seul sens que l’on peut donner aux arguments que [TRADUCTION] « la compétence quant à l’octroi d’un droit d’accès [. . .] doit également relever de la compétence exclusive des provinces » (procureur général de l’Ontario, par. 7). Un tel argument confond le principe de l’exclusivité des compétences, qui protège les entreprises relevant du fédéral, et son équivalent, qui protège les entreprises relevant de la province. La jurisprudence prépondérante s’oppose à une telle doctrine de l’équivalence qui protégerait les entreprises réglementées par la province contre tout empiètement (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 68-69, le juge La Forest; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, p. 275, le juge en chef Dickson. Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 15-34).

111 In his account of the facts, Gonthier J. states that “[i]t is not disputed that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario” (para. 4). If no constitutional question lurks, somewhere, it is difficult to understand the significance of this fact. Moreover, even under a constitutional analysis, the fact of provincial legislative jurisdiction is irrelevant. The highways or other public places targeted by ss. 43(2) to 43(4) are, similarly, subject to provincial regulation. To be complete and accurate, Gonthier J.’s factual statement should specify that the Utilities are subject to the legislative jurisdiction of the Province of Ontario for valid provincial purposes and to the legislative jurisdiction of Parliament for valid federal purposes.

Dans son exposé des faits, le juge Gonthier affirme qu’« [i]l n’est pas contesté que les Services publics relèvent de la compétence de l’Ontario » (par. 4). Si aucune question constitutionnelle ne risque de se poser, il est assez difficile de comprendre l’importance de ce fait. De plus, même d’après une analyse constitutionnelle, la compétence législative provinciale n’est pas pertinente. Les voies publiques ou les autres lieux publics visés aux par. 43(2) à (4) sont, de la même façon, soumis à la réglementation provinciale. Pour être complet et exact, le juge Gonthier aurait dû préciser dans son exposé des faits que les Services publics relèvent de la compétence de l’Ontario lorsqu’il s’agit de fins provinciales valides et de la compétence du Parlement lorsqu’il s’agit de fins fédérales valides.

112 In conclusion, construing s. 43(5) so as to allow the CRTC to permit access to the poles of provincially regulated utilities would not render the provision *ultra vires* Parliament.

En conclusion, interpréter le par. 43(5) de façon à permettre au CRTC d’autoriser l’accès aux poteaux de services publics réglementés par la province ne rendrait pas cette disposition *ultra vires* du Parlement.

B. *Review of Statutory Interpretation and the Terms of the Order*

The first question here is whether the CRTC's interpretation of s. 43(5) was reasonable. As Iacobucci J. wrote in *Southam, supra*, at para. 56, "[a]n unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it." Where the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*, "a court must not interfere unless the party seeking review has positively shown that the decision was unreasonable" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 48, *per* Iacobucci J.).

Further, as Iacobucci J. noted in *Southam, supra*, a reviewing court operating on a reasonableness *simpliciter* standard must not intervene on the sole basis that it would have come to a conclusion opposite to or different from the tribunal's (para. 80). The question is not whether I would have reached the same decision, or done so by the same reasoning, but whether the CRTC's decision is reasonable.

In my view, it was. The CRTC, in its approximately 250 paragraphs, justified its interpretation of s. 43(5) with reasons that stand up to scrutiny. The CRTC identified the proper approach to statutory interpretation (paras. 107-8). It noted further that s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, mandates the fair, large and liberal construction and interpretation that best attains the remedial character of s. 43(5) (para. 109). The CRTC considered the provision's legislative history, including a government report recognizing the "good economic, environmental and aesthetic reasons for sharing support structures between the telephone and cable industries, as well as others, notably electrical power utilities" (para. 113). It noted reference to the need for regulators to intervene to ensure the development of co-operative

B. *Examen de l'interprétation donnée à la loi et du contenu de l'ordonnance*

La première question est de savoir si l'interprétation donnée par le CRTC au par. 43(5) était raisonnable. Comme le juge Iacobucci l'a écrit dans *Southam*, précité, par. 56, « [e]st déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. » Lorsque la norme de contrôle applicable est la décision raisonnable *simpliciter*, « la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision est déraisonnable » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 48, le juge Iacobucci).

En outre, comme le juge Iacobucci l'a souligné dans *Southam*, précité, la cour de révision appelée à appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ne doit pas intervenir pour le seul motif qu'elle aurait tiré une conclusion contraire à celle du tribunal (par. 80). La question n'est pas de savoir si je serais parvenu à la même décision ou si j'aurais suivi le même raisonnement. Je dois plutôt déterminer si la décision du CRTC est raisonnable.

À mon avis, elle l'était. Le CRTC, dans ses quelque 250 paragraphes, a donné à l'appui de son interprétation du par. 43(5) des motifs qui résistent à un examen minutieux. Il a déterminé l'approche qu'il convient d'adopter en matière d'interprétation des lois (par. 107-108). Il a souligné également que l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, exige l'interprétation la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de l'objectif de réparation du par. 43(5) (par. 109). Il a examiné l'historique législatif de la disposition, notamment un rapport du gouvernement qui reconnaît qu'il y a de « bonnes raisons économiques, environnementales et esthétiques pour partager les structures de soutènement entre les entreprises de téléphone et de câblodistribution, ainsi qu'avec d'autres, notamment les

113

114

115

mechanisms (para. 114). The CRTC interpreted s. 43(5) in light of Canadian telecommunications policy and other public interest concerns (paras. 125 *et seq.*). The CRTC concluded that the construction of duplicative distribution infrastructures was not in the public interest (para. 131). The CRTC then conducted a more detailed interpretive analysis of elements of s. 43(5).

116 In keeping with the deferential approach to reasonableness review, I will not assess each of the CRTC's reasons in detail. I will instead focus on the most convincing suggestion in Gonthier J.'s analysis that a defect vitiates the reasons supporting the CRTC's decision. I refer to his analysis of the phrase "highway or other public place".

117 The CRTC concluded that it had power to grant access to poles located on a public utility easement or right-of-way running across privately owned land (para. 153). It noted that the meaning of "public place" depends on the specific purpose and legislative context (para. 150). The CRTC noted that the majority of utility poles are located on a "highway" or other publicly owned land, interspersed with a minority of poles located on public utility rights-of-way or easements on private land (para. 151). If "highway or other public place" did not reach the poles located on privately owned land, the result would be what it called a "jurisdictional hopscotch" with s. 43(5) applying to the majority of support structures, but not to the exceptional few (para. 151). The CRTC presumed that Parliament would have known that some support structures were located on public utility rights-of-way or easements (para. 151), but would not have wanted its objective to be frustrated. A purposive interpretation of the words "public place" would, arguably, suggest that land over which a public utility has a right-of-way and has built its infrastructure has become a public place for the pursuit of public goals. The CRTC

services publics d'électricité » (par. 113). Il a souligné qu'il était question dans le rapport de la nécessité de l'intervention des organismes de réglementation pour que des mécanismes de collaboration soient élaborés (par. 114). Le CRTC a interprété le par. 43(5) en tenant compte de la politique canadienne de télécommunication et d'autres questions d'intérêt public (par. 125 et suiv.). Il a conclu que l'installation en parallèle d'infrastructures de distribution n'était pas dans l'intérêt public (par. 131). Le CRTC a ensuite analysé plus en détail les éléments du par. 43(5).

Conformément à l'attitude de retenue applicable à un examen effectué au regard de la décision raisonnable, je n'examinerai pas en détail chacun des motifs du CRTC. Je me concentrerai sur le passage le plus convaincant de l'analyse du juge Gonthier, selon lequel une erreur vicie les motifs de la décision du CRTC. Je me réfère ici à son analyse de « voie publique ou tout autre lieu public ».

Le CRTC a conclu qu'il avait le pouvoir d'accorder l'accès aux poteaux érigés sur des terrains privés grevés de servitudes ou de droits de passage d'utilité publique (par. 153). Il a souligné que la signification de « lieu public » dépend de l'objectif précis visé et du contexte législatif (par. 150). Le CRTC a noté que la majorité des poteaux des services publics étaient situés sur des « voie[s] publique[s] » ou sur d'autres terrains publics, et qu'une minorité de poteaux se trouvaient sur des terrains privés grevés de droits de passage ou de servitudes d'utilité publique (par. 151). Si les termes « voie publique ou tout autre lieu public » ne visaient pas les poteaux situés sur des terrains privés, il s'ensuivrait, selon CRTC, une [TRADUCTION] « marelle de champs de compétence » où le par. 43(5) s'appliquerait à la majorité des structures de soutien, mais pas aux quelques exceptions (par. 151). Le CRTC a présumé que le Parlement savait que certaines structures de soutien étaient situées sur des terrains grevés de droits de passage ou de servitudes d'utilité publique (par. 151), mais qu'il ne voulait pas que son objectif soit contrarié. On pourrait prétendre qu'une interprétation téléologique du « lieu public » pourrait mener à la conclusion que les terrains sur lesquels les

therefore concluded that s. 43(5) extended to poles located on private land.

The CRTC's interpretation of the phrase "highway or other public place" was not a justification supporting its conclusion that "transmission line" included the poles of provincially regulated utility companies. That conclusion stands independently of the meaning of "highway or other public place". There are therefore two possibilities: (1) the CRTC's interpretation of "highway or other public place" may be reasonable; (2) the CRTC's interpretation may be unreasonable, such that its decision must be narrowed so as to eliminate the possibility of access to poles on privately owned land. Even an unreasonable interpretation of "highway" cannot spoil the entire decision.

Gonthier J. notes that on the grammatical and ordinary meaning of "constructed on a highway or other public place", the CRTC may not grant access to transmission lines situated on private land (para. 24). He writes that the CRTC's presumption that Parliament knew that some support structures owned by utilities are located on public utility rights-of-way begs the question. In other words, that presumption took for granted that "transmission line" includes utilities' power poles. He writes, at para. 24: "If we refrain from that assumption, the grammatical and ordinary meaning of s. 43(5) is that the CRTC may not grant access to supporting structures located on private land."

Gonthier J. is correct in this limited respect, but he too begs the question. He understands that "transmission line" excludes utilities' power poles. He takes "transmission line" to mean the transmission line of a Canadian carrier or distribution undertaking (paras. 31-32). Assuming that Gonthier J. is correct that the grammatical and ordinary meaning applies to "highway or

services publics ont un droit d'accès et ont construit leur infrastructure sont devenus des lieux publics avec des objectifs publics. Le CRTC a donc conclu que le par. 43(5) visait également les poteaux situés sur des terrains privés.

L'interprétation qu'a donnée le CRTC à « voie publique ou tout autre lieu public » ne justifie pas sa conclusion que « ligne de transmission » englobe les poteaux de services publics relevant de la province. Cette conclusion est indépendante de la signification de « voie publique ou tout autre lieu public ». Il y a donc deux possibilités : (1) l'interprétation du CRTC de « voie publique ou tout autre lieu public » peut être raisonnable; (2) l'interprétation du CRTC peut être déraisonnable, de sorte qu'il faut limiter la portée de sa décision de façon à éliminer la possibilité d'accès aux poteaux situés sur des terrains privés. Même une interprétation déraisonnable de « voie publique » ne saurait vicier toute la décision.

Le juge Gonthier souligne que, suivant le sens ordinaire et grammatical de « construite sur une voie publique ou un autre lieu public », le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des lignes de transmission situées sur des terrains privés (par. 24). Il écrit que le CRTC a éludé la question en présumant que le Parlement savait que certaines structures de soutien des services publics étaient situées sur les parties de terrains grevés de droits de passage qui appartiennent à des services publics. Autrement dit, le CRTC a tenu pour acquis que les « lignes de transmission » englobent les poteaux électriques des services publics. Il écrit au par. 24 : « Si nous faisons abstraction de ce principe, le sens ordinaire et grammatical du par. 43(5) est que le CRTC ne peut pas permettre l'accès à des structures de soutien situées sur des terrains privés. »

Le juge Gonthier a raison sur ce point précis, mais lui aussi élude la question. Il comprend que « ligne de transmission » n'englobe pas les poteaux électriques des services publics. Il présume qu'une « ligne de transmission » s'entend de la ligne de transmission d'une entreprise canadienne ou d'une entreprise de distribution (par. 31-32). Supposer que le juge Gonthier a raison

118

119

120

other public place”, this simply excludes from the CRTC’s scope all transmission lines located on private property. It says nothing about whether those transmission lines are themselves owned by federally regulated undertakings or by provincially regulated utilities. If the CRTC is reasonable and “transmission line” includes poles of provincially regulated utilities, utility poles located on private property are excluded. If Gonthier J. is correct and “transmission line” means only structures of federal undertakings, support structures on private property are still excluded. The CRTC could then only order access to transmission lines of federal undertakings located on public property. In effect, there might still be a hopscotch pattern of structures to which access could be granted and structures to which access could not be granted. This time, however, the hopscotch would not be jurisdictional. Rather, it would be one of alternating public and private property. The qualifier “highway or other public place” therefore adds nothing to the debate as to whether “transmission line” includes both federally and provincially regulated support structures or only federally regulated structures. In other words, irrespective of the content given to “transmission line”, there are purposive arguments to be made concerning the purposive definition of “public place”.

de dire qu’il faut interpréter « voie publique ou tout autre lieu public » selon le sens ordinaire et grammatical revient tout simplement à exclure de la compétence du CRTC toutes les lignes de transmission situées sur des terrains privés. On ne sait pas si ces lignes de transmission appartiennent elles-mêmes à des entreprises relevant du fédéral ou à des services publics relevant de la province. Si la décision du CRTC est raisonnable et que « ligne de transmission » englobe les poteaux de services publics réglementés par la province, les poteaux de services publics situés sur des terrains privés sont exclus. Si le juge Gonthier a raison et que « ligne de transmission » vise uniquement les structures d’entreprises fédérales, les structures de soutien sur des terrains privés sont toujours exclues. Le CRTC pourrait alors uniquement ordonner l’accès à des lignes de transmission des entreprises fédérales et qui sont situées sur des terrains publics. En fait, il pourrait toujours y avoir un jeu de marelle de structures auxquelles on pourrait avoir accès et de structures auxquelles on ne pourrait pas avoir accès. Mais cette fois, il ne s’agirait pas d’une marelle de champs de compétence. Il s’agirait plutôt d’une marelle de terrains publics alternant avec des terrains privés. La précision « voie publique ou tout autre lieu public » n’apporte donc rien au débat quant à savoir si « ligne de transmission » englobe tant les structures de soutien relevant du fédéral que celles relevant de la province ou si elle englobe uniquement les structures réglementées au niveau fédéral. En d’autres termes, indépendamment du sens donné à l’expression « ligne de transmission », des arguments téléologiques peuvent être invoqués relativement à la définition téléologique de « lieu public ».

121

It remains necessary to consider the reasonableness of the CRTC’s interpretation of “highway or other public place” as including support structures built on private land by virtue of rights-of-way or easements. I have observed that Gonthier J.’s interpretations of “transmission line” and “highway or other public place” still leave open the possibility of only partial, patchwork access to networks of support structures. It is unnecessary to determine whether the CRTC’s contextual approach to “public place” is correct, but on the basis of the pragmatic

Il reste à se prononcer sur le caractère raisonnable de l’interprétation du CRTC selon laquelle « voie publique ou tout autre lieu public » englobe des structures de soutien construites sur des terrains privés en vertu de droits de passage ou de servitudes. J’ai fait remarquer que, selon l’interprétation du juge Gonthier de « ligne de transmission » et de « voie publique ou tout autre lieu public », il reste possible que l’accès aux réseaux de structures de soutien soit seulement partiel et fragmentaire. Il n’est pas nécessaire de déterminer si l’approche contextuelle

reasons given, I conclude that it is at least reasonable.

The second question is whether the details of the order made, notably the rate, were reasonable. The CRTC ordered access to the respondents' poles at the rate of \$15.89 per year. The previous negotiated rate was \$10.42 per pole. The rental rate paid by cable companies for access to telephone company poles, set by the CRTC in Telecom Decision CRTC 99-13, was \$9.60 per pole in 1997. On the basis of the evidence and arguments submitted in this appeal, I am unable to conclude that the CRTC's decision was not supported by reasons that could stand up to a somewhat probing examination: *Southam, supra*, at para. 56.

I would therefore conclude that the CRTC's order was reasonable, and that the Federal Court of Appeal erred in allowing the appeal.

IV. Effects of the Majority's and Court of Appeal's Approaches

In conducting my analysis, I have already to some extent indicated my general concerns with the approaches taken by Gonthier J. and Rothstein J.A. In light of the importance of these concerns, I will elaborate briefly.

By failing to separate out the constitutional issue from the ordinary judicial review process, Rothstein J.A. introduced constitutional concerns into the standard of review. He held that the question could not have been intended to be left to the exclusive determination of the CRTC because it might extend the CRTC's power to entities not otherwise subject to its jurisdiction. This is a veiled constitutional concern. The result was a determination of a correctness standard for an expert agency's interpretation of its enabling legislation. Neither Rothstein J.A. nor Gonthier J. conducted a full constitutional analysis. Had they done so, they would have concluded that the CRTC's interpretation of s. 43(5) was not *ultra vires* Parliament. In effect, Rothstein J.A.'s decision demonstrates to parties dissatisfied with an

adoptée par le CRTC pour l'interprétation de « lieu public » est correcte, mais, compte tenu des motifs d'ordre pratique que le CRTC a exprimés, je conclus qu'elle est à tout le moins raisonnable.

La deuxième question est de savoir si les particularités de l'ordonnance prise, notamment le tarif fixé, étaient raisonnables. Le CRTC a ordonné l'accès aux poteaux des intimés au tarif annuel de 15,89 \$. L'ancien tarif négocié était de 10,42 \$ par poteau. Le tarif de location payé par les câblodistributeurs pour avoir accès aux poteaux des compagnies de téléphone, fixé par le CRTC dans la décision Télécom CRTC 99-13, était de 9,60 \$ par poteau en 1997. Vu la preuve et les arguments soumis en l'espèce, je ne peux conclure que la décision du CRTC n'était étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé : *Southam*, précité, par. 56.

Je suis donc d'avis de conclure que l'ordonnance du CRTC était raisonnable et que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en faisant droit à l'appel.

IV. Répercussions des approches adoptées par les juges majoritaires et la Cour d'appel

Dans mon analyse, j'ai déjà dans une certaine mesure exposé mes craintes générales en ce qui concerne les approches des juges Gonthier et Rothstein. Étant donné l'importance de ces craintes, je préciserai quelques points.

En ne distinguant pas la question constitutionnelle du processus ordinaire de contrôle judiciaire, le juge Rothstein a introduit des considérations d'ordre constitutionnel dans la norme de contrôle. Il a jugé que le législateur ne pouvait avoir voulu laisser la question à l'appréciation exclusive du CRTC parce que cela pourrait étendre sa compétence à des entités qui autrement n'y étaient pas assujetties. Il s'agit là d'une considération constitutionnelle voilée. Il a conclu qu'il convenait d'appliquer la norme de la décision correcte à l'égard de l'interprétation que donne un organisme spécialisé à sa loi habilitante. Ni le juge Rothstein ni le juge Gonthier n'ont fait une analyse constitutionnelle complète. Sinon, ils auraient conclu comme le CRTC que le par. 43(5) n'était pas *ultra vires* du Parlement. En fait, la

122

123

124

125

administrative decision that they need only frame a constitutional argument — it need not be a sound one — in order to have the decision reviewed by a court on a correctness basis. The mere suggestion of unconstitutionality is enough.

126

Worried by the possibility that s. 43(5) might exceed Parliament's legislative competence, Rothstein J.A. eliminated the CRTC's reading of "transmission line" (para. 65). I cited earlier his conclusion that Parliament would not have conferred jurisdiction on the CRTC over the support structures of utilities subject to provincial jurisdiction in an ambiguous provision. I have already noted that the fact that the utilities are subject to provincial jurisdiction for valid provincial purposes is constitutionally irrelevant when they are, incidentally, subject to the effects of valid federal legislation. I note further that ss. 43(2) to (4), the adjacent provisions, give federal undertakings and the CRTC limited power over the structures of provincially regulated highways. What matters here, however, is that if Rothstein J.A. had done a full constitutional analysis and determined that Parliament may authorize the CRTC to grant access to provincially regulated utilities, the alleged ambiguity of the provision would have been irrelevant. Instead, Rothstein J.A. would simply have attempted to find the legislative intent and read the provision as best he could in its context and in light of the *Interpretation Act*. Indeed, had he found a reasonableness standard of review, he would only have examined the CRTC's decision to see if its interpretation was reasonable, rather than attempting to reach his own correct interpretation.

127

It is a serious mistake to eliminate a possible interpretation of a provision, under the preference for a valid interpretation, where both or all options are constitutionally valid. There are not degrees of constitutional validity, such that a judge in constructing a statute is authorized to choose the

décision du juge Rothstein montre aux parties insatisfaites d'une décision administrative qu'elles n'ont qu'à formuler un argument constitutionnel — qui n'a pas besoin d'être solide — pour obtenir le contrôle de leur décision au regard de la norme de la décision correcte. Il leur suffit d'évoquer l'inconstitutionnalité.

Craignant que le par. 43(5) n'outrepasse la compétence législative du Parlement, le juge Rothstein a éliminé l'interprétation donnée par le CRTC à « ligne de transmission » (par. 65). J'ai mentionné plus haut sa conclusion que le Parlement n'aurait pas conféré au CRTC la compétence sur les structures de soutien de services publics assujettis à la compétence provinciale dans une disposition ambiguë. J'ai déjà souligné que le fait que les services publics relèvent de la compétence provinciale à des fins provinciales valides n'est pas pertinent du point de vue constitutionnel lorsque ces services publics subissent les effets accessoires d'une loi fédérale valide. Je note également que les par. 43(2) à (4), les dispositions adjacentes, confèrent aux entreprises fédérales et au CRTC une certaine compétence relativement aux structures de voies publiques réglementées au palier provincial. Ce qui est important ici, toutefois, c'est que si le juge Rothstein avait fait une analyse constitutionnelle complète et avait conclu que le Parlement pouvait autoriser le CRTC à donner accès à des services publics réglementés par la province, la prétendue ambiguïté de la disposition n'aurait pas été pertinente. Le juge Rothstein aurait plutôt tout simplement essayé d'établir l'intention du législateur et d'interpréter la disposition du mieux qu'il pouvait dans son contexte et selon la *Loi d'interprétation*. En fait, s'il avait conclu à l'application de la norme du caractère raisonnable, il aurait uniquement examiné la décision du CRTC pour déterminer si son interprétation était raisonnable, au lieu de tenter d'établir l'interprétation qu'il estimait correcte.

Éliminer une interprétation possible d'une disposition parce qu'on préfère une autre interprétation valide constitue une erreur grave lorsque les deux interprétations ou toutes les interprétations sont valides du point de vue constitutionnel. Il n'y a pas de degrés de validité constitutionnelle, ce qui

interpretation that, while in pith and substance valid legislation *intra vires* its legislator, intrudes incidentally the least in the other legislative domain. Valid legislation is entitled to impose its ancillary effects. Courts do not limit an enacting legislature's jurisdiction by "reading down" to avoid intruding upon areas of jurisdiction of the other legislature. As I noted earlier, favouring one construction as constitutional when the alternative is also constitutional misapplies this Court's recent decision in *Bell ExpressVu*, *supra*. It also denies the legislator the full effect of the legislation it passes. Moreover, if even valid legislation is to be read down, in a misguided effort to render it yet more constitutional, there will be considerable uncertainty on the part of legislators, judges, administrative decision makers, and parties attempting to order their conduct by that legislation.

Finally, the constitutional question aside, in my view the determination that the CRTC's interpretation of its own statute is reviewable on correctness is a regressive step by this Court. It is worth recalling the general rationale for deference to specialized administrative decision makers. L'Heureux-Dubé J. stated this justification helpfully, for a unanimous Court, in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 774-75. She is referring to the patently unreasonable test in respect of a specialized agency protected by a privative clause, but this Court's decisions in *Pezim* and *Southam* indicate that her comments apply in the present case, where there is a limited right of appeal.

As it relates to matters within the specialized jurisdiction of an administrative body protected by a privative clause, this standard of review has a specific purpose: ensuring that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision. The process by which this standard of review

permettrait à un juge appelé à interpréter une loi de choisir l'interprétation qui empiète accessoirement le moins sur l'autre champ de compétence, bien que cette loi de par son caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée. Les lois valides peuvent imposer leurs effets accessoires. Les cours ne restreignent pas la compétence du législateur en ayant recours à une « interprétation atténuée » afin d'éviter tout empiètement sur l'autre champ de compétence. Comme je l'ai souligné précédemment, favoriser une interprétation au motif qu'elle est constitutionnelle alors que l'autre interprétation possible est également constitutionnelle constitue une mauvaise application de l'arrêt récent de la Cour dans *Bell ExpressVu*, précité. Cela prive le législateur du plein effet des lois qu'il édicte. De plus, si on donne une interprétation atténuée même aux lois valides, essayant à tort de les rendre plus constitutionnelles, les législateurs, les juges, les décideurs administratifs ainsi que les parties qui essaient de s'y conformer seront dans la plus grande incertitude.

Enfin, abstraction faite de la question constitutionnelle, j'estime qu'en décidant que l'interprétation donnée par le CRTC à sa propre loi est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte, la Cour va à reculons. Il convient de se rappeler la raison d'être générale de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions d'organismes administratifs spécialisés. La juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour à l'unanimité, a utilement énoncé cette raison d'être dans *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 774-775. Elle renvoie au critère de la décision manifestement déraisonnable dans le cas d'un organisme spécialisé protégé par une clause privative, mais les arrêts *Pezim* et *Southam* de la Cour indiquent que ses commentaires s'appliquent en l'espèce, où il y a un certain droit d'appel.

Dans le cadre des questions relevant de la compétence spécialisée d'un organisme administratif protégé par une clause privative, cette norme de contrôle a une finalité précise : éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. Le processus par

has progressively been accepted by courts of law cannot be separated from the contemporary principle of curial deference, which is, in turn, closely linked with the development of extensive administrative justice (see Cory J.'s reasons in *PSAC No. 1* and *PSAC No. 2*, *supra*, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 (*per Wilson J.*)). Substituting one's opinion for that of an administrative tribunal in order to develop one's own interpretation of a legislative provision eliminates its decision-making autonomy and special expertise. Since such intervention occurs in circumstances where the legislature has determined that the administrative tribunal is the one in the best position to rule on the disputed decision, it risks, at the same time, thwarting the original intention of the legislature. For the purposes of judicial review, statutory interpretation has ceased to be a necessarily "exact" science and this Court has, again recently, confirmed the rule of curial deference set forth for the first time in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* . . .

Gonthier J.'s conclusion, at para. 16, that the interpretation of s. 43(5) is a matter of "pure statutory interpretation" unconnected with the general policy informing the entire Act and developed by the CRTC is a setback for this Court's jurisprudence on deference to administrative decision makers. The conclusion that a court's residual expertise at statutory interpretation trumps a specialized agency's interpretation of a provision that on its face has no general legal meaning but is entirely technical and context-specific squares badly with "the reluctance courts should feel in interfering in decisions of administrative tribunals" (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 961, *per Cory J.*) or the "restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals" (*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 464, *per Dickson C.J.*).

lequel cette norme de contrôle a progressivement trouvé droit de cité chez les cours de justice est indissociable du principe contemporain de la retenue judiciaire, étroitement lié, à son tour, au développement d'une justice administrative à grande échelle (voir les motifs du juge Cory dans *AFPC n° 1* et *AFPC n° 2*, précités; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 (le juge Wilson)). Substituer son opinion à celle du tribunal administratif afin de dégager sa propre interprétation d'une disposition législative, c'est réduire à néant son autonomie décisionnelle et l'expertise qui lui est propre. Puisqu'une telle intervention surgit dans un contexte où le législateur a déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée, elle risque de contrecarrer, par la même occasion, son intention première. L'interprétation des lois a cessé, aux fins du contrôle judiciaire, d'être une science nécessairement « exacte » et notre Cour a confirmé, encore récemment, la règle de la retenue judiciaire énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* . . .

La conclusion du juge Gonthier au par. 16 que l'interprétation du par. 43(5) est une question d'« interprétation législative pure » sans rapport avec la politique générale qui sous-tend toute la Loi et qui a été élaborée par le CRTC constitue un recul pour la jurisprudence de la Cour sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décideurs administratifs. La conclusion que l'expertise résiduelle de la cour en matière d'interprétation des lois l'emporte sur l'interprétation donnée par l'organisme spécialisé à une disposition qui manifestement n'a aucune signification générale en droit, mais qui est entièrement technique et propre au contexte, cadre mal avec « la réticence que devraient éprouver les cours de justice à toucher aux décisions des tribunaux administratifs » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 961, le juge Cory) ou avec l'« attitude modérée [dont il faut faire preuve] à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés » (*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 464, le juge en chef Dickson).

129

This Court has recently affirmed that *Pushpanathan* did not modify the decisions of this Court in *Pezim* and *Southam (Committee for the*

La Cour a récemment confirmé que l'arrêt *Pushpanathan* n'avait pas modifié ses décisions dans *Pezim* et *Southam (Comité pour le traitement égal*

Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission), [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, at para. 48, *per* Iacobucci J.; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 17, *per* Iacobucci and Bastarache JJ.). It is, of course, necessary to read the discussions in those cases about jurisdiction and jurisdictional questions through the lens of *Pushpanathan*. As the context of those remarks makes clear, their thrust was that *Pushpanathan* did not diminish this Court's commitment to the notion of deference to an expert decision maker, even absent a privative clause. This is most obvious in the *Asbestos* case, since, like *Pezim*, that appeal dealt with a provincial securities commission. I am concerned that the reasoning of Gonthier J. in the present appeal does, in fact, indicate a shift in this Court's approach towards lesser deference.

In *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, Dickson J. stated that courts, in his view, "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233). Reformulated in light of *Pushpanathan*, the caution would run against branding as reviewable on correctness questions that are doubtfully so. In my view, the majority's approach in this appeal warrants such a caution.

V. Disposition

For the reasons given, I would allow this appeal. I would answer the constitutional question as it was stated by the Chief Justice in the affirmative.

Appeal dismissed with costs, BASTARACHE J. dissenting.

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

Solicitors for the respondents: Ogilvy Renault, Toronto; Goodmans, Toronto.

des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières), [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, par. 48, le juge Iacobucci; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 17, les juges Iacobucci et Bastarache). Il est, bien entendu, nécessaire de lire les analyses relatives à la compétence et aux questions de compétence dans ces affaires à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan*. Comme l'indique clairement leur contexte, l'idée maîtresse de ces observations était que l'arrêt *Pushpanathan* ne diminuait en rien l'attachement de la Cour au principe qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard d'un décideur spécialisé, même en l'absence d'une clause privative. Cela ressort très clairement dans *Asbestos*, puisque, comme dans *Pezim*, cette affaire mettait en cause une commission des valeurs mobilières provinciale. Je crains que le raisonnement du juge Gonthier en l'espèce n'indique en fait un virage de la Cour vers une approche faisant appel à une moins grande retenue.

Dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, le juge Dickson a affirmé qu'à son avis « les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233). Reformulée à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan*, la mise en garde serait d'éviter d'appliquer trop rapidement la norme de la décision correcte lorsqu'il existe un doute quant à son application. À mon avis, l'approche des juges majoritaires en l'espèce justifie une telle mise en garde.

V. Dispositif

Pour les motifs exposés, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Je répondrais par l'affirmative à la question constitutionnelle formulée par la Juge en chef.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BASTARACHE est dissident.

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

Procureurs des intimées: Ogilvy Renault, Toronto; Goodmans, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: The Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

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

Solicitors for the intervener the Saskatchewan Power Corporation: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitors for the intervener GT Group Telecom Services Corp.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. and TELUS Communications Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

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

Procureurs de l'intervenante Saskatchewan Power Corporation: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante GT Group Telecom Services Corp.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes Aliant Telecom Inc., AT & T Canada, Bell Canada, Bell West Inc., MTS Communications Inc. et TELUS Communications Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Minister of Labour for Ontario *Appellant*

v.

**Canadian Union of Public Employees
and Service Employees International
Union** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association and National
Academy of Arbitrators (Canadian
Region)** *Interveners*

**INDEXED AS: C.U.P.E. v. ONTARIO (MINISTER OF
LABOUR)**

Neutral citation: 2003 SCC 29.

File No.: 28396.

2002: October 8; 2003: May 16.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Labour relations — Hospital labour disputes — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether Minister required to select arbitrators qualified by expertise and acceptance in labour relations community — Whether retired judges, as a class, biased against labour — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

Administrative law — Judicial review — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether appointment process for selecting chairs of arbitration boards violates natural justice or infringes institutional independence

Ministre du Travail de l'Ontario *Appelant*

c.

**Syndicat canadien de la fonction publique
et Union internationale des employés des
services** *Intimés*

et

**Association du Barreau canadien et
National Academy of Arbitrators (Canadian
Region)** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : S.C.F.P. c. ONTARIO (MINISTRE DU
TRAVAIL)**

Référence neutre : 2003 CSC 29.

N^o du greffe : 28396.

2002 : 8 octobre; 2003 : 16 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel et Deschamps.

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

Relations de travail — Conflits de travail dans des hôpitaux — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le ministre était-il tenu de choisir des arbitres ayant une expertise et étant acceptés dans le milieu des relations du travail? — En tant que catégorie, les juges retraités ont-ils un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le processus de désignation des présidents des conseils d'arbitrage

and impartiality of arbitration boards — Whether appointment process breached legitimate expectations of unions — Whether appointments caused reasonable apprehension of bias — Whether Minister disqualified or required to delegate task of making appointments because of interest in arbitrations — Whether Minister's appointments patently unreasonable — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

Since 1965, Ontario's hospitals, nursing homes and their employees have been required to resolve disputes over collective agreements by compulsory arbitration under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act* ("HLDA"). If the parties cannot agree on a mutually acceptable arbitrator, a panel of three members is struck, two designated by the parties and the third chosen by the two designates or, if they fail to agree, appointed by the Minister of Labour. Amendments to the *Labour Relations Act* in 1979 facilitated the formation and use of a list of arbitrators with expertise acceptable to both management and the unions. A similar register of arbitrators was dropped from the HLDA in 1980 but a normal practice was for senior officials of the Ministry of Labour, under delegated authority, to identify appropriate arbitrators. Following the 1995 provincial election, a reorganization of public sector institutions, including schools and hospitals, led to Bill 136. The Bill contained the proposed *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* which included a Dispute Resolution Commission. Organized labour opposed many aspects of the Bill, including the proposed commission. When the Minister announced a return to the sector-based system of appointing arbitrators, the unions believed the selection of HLDA chairpersons would thereafter be limited to mutually agreed candidates.

In early 1998, the Minister appointed four retired judges to chair several arbitration boards. They were not appointed by mutual agreement nor were they on the "agreed" list compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*. The unions were not consulted. The President of the Ontario Federation of Labour complained to the Minister that the understanding about a return to the *status quo* had been breached without consultation. The unions objected that retired judges lack expertise,

contrevient-il à la justice naturelle ou compromet-il l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils d'arbitrage? — Le processus de désignation a-t-il frustré les attentes légitimes des syndicats? — Les désignations ont-elles suscité une crainte raisonnable de partialité? — Le ministre était-il inhabile à faire les désignations et était-il tenu de déléguer la tâche de les faire en raison de l'intérêt qu'il aurait dans les arbitrages? — Les désignations ministérielles étaient-elles manifestement déraisonnables? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

Depuis 1965, en Ontario, la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux* (« LACTH ») oblige les hôpitaux, les maisons de soins infirmiers et leurs employés à soumettre à l'arbitrage leurs différends en matière de convention collective. Dans le cas où les parties ne s'entendent pas sur le choix d'un arbitre qui leur est acceptable, il y a alors formation d'un conseil d'arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties, ou encore par le ministre du Travail si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Les modifications apportées à la *Labour Relations Act* en 1979 facilitaient l'établissement et l'utilisation d'une liste d'arbitres ayant une expertise et acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. Un registre d'arbitres similaire a été retiré de la LACTH en 1980, mais les hauts fonctionnaires du ministère du Travail, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués, avaient coutume de désigner des arbitres compétents. À la suite de l'élection de 1995, une réorganisation des institutions du secteur public, y compris les écoles et les hôpitaux, a abouti au projet de loi 136. Ce projet de loi renfermait le projet de *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* qui prévoyait notamment la création d'une commission de règlement des différends. Le mouvement syndical s'est opposé à maints éléments du projet de loi, dont le projet de création de cette commission. Lorsque le ministre a annoncé un retour au système sectoriel de désignation des arbitres, les syndicats ont cru que le choix des présidents visés par la LACTH serait désormais limité aux candidats sur lesquels les parties se seraient entendues.

Au début de 1998, le ministre a désigné quatre juges retraités à la présidence de plusieurs conseils d'arbitrage. Leur désignation ne résultait pas d'un commun accord et leur nom ne figurait pas non plus sur une liste « convenue » dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Les syndicats n'ont pas été consultés. Le président de la Fédération du travail de l'Ontario s'est plaint auprès du ministre que l'entente concernant un retour au statu quo avait été violée sans

experience, tenure and independence from government. They also complained the Minister had breached procedural fairness by not delegating the task of making appointments to senior officials. The four judges initially appointed declined to act but other retired judges accepted the appointments. The unions sought declarations that the Minister's actions denied natural justice and lacked institutional independence and impartiality. The Divisional Court dismissed the application for judicial review. The Court of Appeal allowed the unions' appeal, concluding that the Minister had created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the arbitrators, as well as defeating the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice. The Minister was ordered not to make any further appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

Held (McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

Per Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *HLDA* was to provide an adequate substitute for strikes and lock-outs. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, "the parties must perceive the system as neutral and credible". This view was fully supported by the *HLDA*'s legislative history.

The Minister was not required to proceed with the selection of chairpersons by way of "mutual agreement" or from the s. 49(10) roster. Nor were retired judges as a "class" reasonably seen as biased against labour. Nevertheless, the Minister was required by the *HLDA*, properly interpreted, to select arbitrators from candidates

qu'il y ait eu des consultations. Les syndicats ont fait valoir que les juges retraités sont dénués d'expertise et d'expérience et qu'ils ne sont ni inamovibles ni indépendants du gouvernement. Ils se sont en outre plaints du fait que le ministre avait manqué à l'équité procédurale en ne déléguant pas à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations. Les quatre juges désignés initialement ont refusé d'agir en qualité d'arbitres, mais d'autres juges retraités ont accepté les désignations. Les syndicats ont sollicité un jugement déclarant que les actes du ministre constituaient un déni de justice naturelle et étaient caractérisés par l'absence d'indépendance et d'impartialité institutionnelles. La Cour divisionnaire a rejeté la demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel a accueilli l'appel des syndicats, concluant que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, ainsi qu'à l'expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle. Le ministre s'est vu interdire de faire d'autres désignations « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté pour des raisons qui diffèrent quelque peu de celles de la Cour d'appel. Dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : Le ministre était tenu, en droit, d'exercer son pouvoir de désignation d'une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L'un des objets fondamentaux de la *LACTH* était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l'écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Ce point de vue était entièrement étayé par l'historique législatif de la *LACTH*.

Le ministre n'était pas tenu de choisir les présidents des conseils d'arbitrage d'un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). En tant que « catégorie », les juges retraités ne pouvaient pas non plus être raisonnablement perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Néanmoins,

who were qualified not only by their impartiality, but by their expertise and general acceptance in the labour relations community.

Section 6(5) of the *HLDA* contemplates the appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act”. The Minister’s discretion is constrained by the scheme and object of the Act as a whole, which is to create a “neutral and credible” substitute for the right to strike and lock-out. Labour arbitration has traditionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. Although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the Minister is nevertheless required, in the exercise of that power, to have regard to relevant labour relations expertise, independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. These criteria are neither vague nor uncertain. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill them. The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the *HLDA*’s object and purposes. The Minister, under the *HLDA*, is not given a broad policy function. His narrow role is simply to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement and, given the context, background and purpose of the Act, his rejection of labour relations expertise and general acceptability as relevant factors was patently unreasonable.

Although, as a member of Cabinet, the Minister was committed to public sector rationalization and had a perceived interest in the appointment process and the outcome of the arbitrations, the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister and, absent a constitutional challenge, clear and unequivocal statutory language conferring that authority prevailed over the common law rule against bias. The Minister’s power to delegate the appointment process under s. 9.2(1) of the *HLDA* was permissive only and to take away his authority to make his own choice would amount to a judicial amendment of the legislation.

The Minister satisfied any duty to consult with the unions about the change in the appointments process.

la *LACTH*, correctement interprétée, exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

Le paragraphe 6(5) *LACTH* prévoit la désignation d’une « personne qui, [de l’avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] ». Le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par l’économie et l’objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d’après l’intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out. L’arbitrage en matière de relations du travail repose traditionnellement sur le consentement, l’arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d’elles. Bien que le pouvoir conféré au par. 6(5) soit énoncé en termes généraux, le ministre est néanmoins tenu, en exerçant ce pouvoir, de prendre en considération l’expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l’indépendance, l’impartialité et l’acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Ces critères ne sont ni vagues ni incertains. Un grand nombre d’arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ceux-ci. Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l’intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d’action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la *LACTH*. La *LACTH* n’attribue pas au ministre une fonction d’orientation générale. Son rôle limité consiste simplement à remplacer les parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part, et compte tenu du cadre, du contexte et de l’objet de la Loi, son rejet de l’expertise en matière de relations du travail et de l’acceptabilité générale comme facteurs pertinents était manifestement déraisonnable.

Même si, en sa qualité de membre du Cabinet, le ministre était un défenseur de la rationalisation du secteur public et était perçu comme ayant un intérêt dans le processus de désignation et dans l’issue des arbitrages, le législateur lui a expressément conféré le pouvoir de désignation, et en l’absence de contestation constitutionnelle, le texte clair et non équivoque qui confère ce pouvoir primait sur la règle de common law interdisant la partialité. Le pouvoir de déléguer la tâche de faire des désignations, que le par. 9.2(1) *LACTH* confère au ministre, est seulement facultatif, et il y aurait modification judiciaire de la Loi si on lui retirait son pouvoir de faire ses propres choix.

Le ministre s’est acquitté de toute obligation qui pouvait lui incomber de consulter les syndicats au sujet de

There were extensive meetings during which the Minister signalled that the process was subject to reform and that retired judges were potential candidates for appointments. The unions made clear their opposition. Section 6(5) of the *HLDA* did not impose on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration nor does the evidence establish a firm practice of appointing from a list or by mutual agreement. A general, ambiguous promise to continue an existing system subject to reform does not suffice under the doctrine of legitimate expectation to bind the Minister's exercise of his or her discretion.

The Court of Appeal had concluded that the Minister's approach tainted both the independence and impartiality of the *HLDA* arbitration boards to which the retired judges had been appointed. This conclusion was not justified. The *HLDA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. Such boards are not characterized by financial security or security of tenure beyond the life of the arbitration itself. The independence of arbitrators is guaranteed by training, experience and mutual acceptability. Since s. 6(5) requires the appointment of individuals qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

Impartiality raises different considerations. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact biased or partial but concluded that they might reasonably be seen to be "inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants". The test, however, is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable, detached and informed observer. Retired judges as a class have no greater interest than other citizens in the outcome of the arbitrations and there are no substantial grounds to think they would do the bidding of the Minister or favour employers so as to improve the prospect of future appointments. A fully informed, reasonable person would not stigmatize retired judges, as a class, with an anti-labour bias. Allegations of individual bias must be dealt with on a case-by-case basis.

la modification du processus de désignation. Il y a eu de nombreuses rencontres au cours desquelles le ministre a indiqué que le processus faisait l'objet d'une réforme et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations. Les syndicats ont exprimé clairement leur opposition. Le paragraphe 6(5) *LATCH* n'impose pas au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et la preuve n'établit pas non plus l'existence d'une pratique bien établie consistant à faire les désignations à partir d'une liste ou à les faire d'un commun accord. Selon la règle de l'expectative légitime, une promesse générale et équivoque de maintenir le système existant, sous réserve d'une réforme, n'est pas suffisante pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire.

La Cour d'appel a conclu que l'approche du ministre compromettait à la fois l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage constitués en vertu de la *LACTH*, pour lesquels des juges retraités avaient été désignés. Cette conclusion n'était pas justifiée. La *LACTH* commande le recours à des conseils d'arbitrage *ad hoc*. Ces conseils ne sont pas caractérisés par une sécurité financière ou une inamovibilité continuant d'exister après la fin de l'arbitrage même. L'indépendance des arbitres est garantie par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. Vu que le par. 6(5) exige la désignation de personnes compétentes en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

L'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La Cour d'appel n'a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu'ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants ». Toutefois, ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l'une des parties, mais sur celui de l'observateur raisonnable, neutre et renseigné. En tant que catégorie, les juges retraités n'ont pas plus d'intérêt que les autres citoyens dans l'issue des arbitrages, et il n'y a aucun motif sérieux de penser qu'ils se plieraient à la volonté du ministre ou favoriseraient les employeurs afin d'améliorer leurs chances de désignation future. Une personne raisonnable et bien renseignée ne reprocherait pas aux juges retraités, en tant que catégorie, d'avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent être examinées cas par cas.

The appropriate standard of review is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach applies to the judicial review of the exercise of a ministerial discretion and factors such as the existence of a privative clause, the Minister's expertise in labour relations, the nature of the question before the Minister and the wording of s. 6(5) all call for considerable deference. A patently unreasonable appointment is one whose defect is immediate, obvious and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no amount of curial deference can justify letting it stand.

The appointments were not patently unreasonable simply because the Minister did not restrict himself to the s. 49(10) list of arbitrators. Some arbitrators on the list were unacceptable to the unions and some acceptable arbitrators were not on the list, confirming the reasonableness of the Minister's view that candidates could qualify without being on the list. However, in assessing whether the appointments were patently unreasonable, the courts are entitled to have regard to the importance of the factors the Minister altogether excluded from his consideration. In this case, the Minister expressly excluded relevant factors that went to the heart of the legislative scheme. The matters before the boards required the familiarity and expertise of a labour arbitrator. Expertise and neutrality foster general acceptability. Appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as generally acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. Having regard to the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable. The qualifications of specific appointees will have to be assessed on a case-by-case basis if challenged.

The appeal is thus dismissed on the limited ground that appointments that excluded from consideration labour relations expertise and general acceptability in the labour relations community were patently unreasonable.

Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. (dissenting): The appropriate standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA* is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach focusses on the particular provision being invoked. The Minister exercised power under

La norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle s'applique au contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir ministériel discrétionnaire, et des facteurs comme l'existence d'une clause privative, l'expertise que le ministre possède en matière de relations du travail, la nature de la question soumise au ministre et le libellé du par. 6(5) commandent tous une très grande déférence. Une désignation manifestement déraisonnable est celle qui comporte un défaut flagrant et évident et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Les désignations n'étaient pas manifestement déraisonnables simplement parce que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10). Certains arbitres inscrits sur la liste étaient inacceptables par les syndicats, alors que d'autres arbitres acceptables n'étaient pas inscrits sur cette liste, ce qui confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste pouvaient tout de même remplir les conditions requises pour être désignés. Cependant, en déterminant si les désignations étaient manifestement déraisonnables, les tribunaux judiciaires ont le droit de tenir compte de l'importance des facteurs que le ministre n'a pas voulu prendre en considération. En l'espèce, le ministre a expressément exclu des facteurs pertinents qui allaient directement au cœur du régime législatif. Les questions soumises aux conseils requéraient les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail. L'expertise et la neutralité favorisent l'acceptabilité générale. La désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. Compte tenu de l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable. Si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées devront être évaluées cas par cas.

Le pourvoi est donc rejeté uniquement en raison du caractère manifestement déraisonnable des désignations faites sans tenir compte de l'expertise en matière de relations du travail et de l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache (dissidents) : La norme de contrôle applicable à l'exercice par le ministre du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) *LACTH* est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle met l'accent sur la disposition qui est

a single statute, his enabling legislation, and, absent a constitutional challenge, the patent unreasonableness standard need not make room for a review of statutory interpretation of enabling legislation on a correctness basis. There is no basis for dividing the Minister's decision into component questions subject to different standards of review, nor should the Minister's power be viewed as due less deference because it is circumscribed by legislation. Not every administrative action involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation. Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker, it simply is not one for the courts to make. The presence of a privative clause is compelling evidence that deference is due. The Minister knows more about labour relations than the courts and will be taken to have expertise. Deference is owed to expert decision makers designated by the legislature. The fact-based nature of the question before the Minister also points to deference and empowering the Minister, rather than an apolitical actor, suggests a legislative intent of political accountability.

The Minister did not make appointments that were patently unreasonable. A contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the criteria relevant to exercise of the discretion. In some cases, the criteria are spelled out in the legislation, regulations or guidelines or found in the specific purposes of the relevant Act. In others, the relevant factors may be unwritten and derived from the purpose and context of the statute. In this case, there are no relevant regulations, guidelines, or other instruments, and the statute does not say much. The Act stipulates that appointees must be qualified in the opinion of the Minister, expressly contemplating the importance of the Minister's opinion. Labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, are not necessarily dominant or obvious factors and should not be imposed as specific restrictions on the Minister's discretion. The Minister developed an opinion and determined that judging experience was a relevant qualification. The Act called for the Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. Given how much work it takes to identify labour relations experience and broad acceptability as factors and to imply them into s. 6(5), weighing them less heavily than another unwritten qualification, namely judicial experience, does not vitiate the appointments as patently

invoquée. Le ministre a exercé son pouvoir en vertu d'une seule loi, à savoir sa loi habilitante, et en l'absence de contestation constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que la norme du caractère manifestement déraisonnable ouvre la porte au contrôle de l'interprétation de la loi habilitante selon la norme de la décision correcte. Rien ne justifie de diviser la décision du ministre en différentes questions assujetties à des normes de contrôle différentes. Il n'y a pas lieu non plus de considérer que le pouvoir du ministre a droit à moins de déférence du fait qu'il est circonscrit par la Loi. Les actions administratives ne comportent pas toutes un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative. Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative, il n'appartient tout simplement pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. La présence d'une clause privative atteste persuasivement que l'on doit faire montre de déférence. Le ministre a une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires et l'on considérera qu'il a une expertise. Les décideurs spécialisés désignés par le législateur ont droit à la déférence. La nature contextuelle de la question soumise au ministre milite elle aussi en faveur de la déférence et le fait d'habiliter le ministre, au lieu d'un acteur apolitique, indique que le législateur a voulu qu'il y ait responsabilité politique.

Les désignations faites par le ministre n'étaient pas manifestement déraisonnables. Pour déterminer les critères pertinents relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Dans certains cas, les critères sont énumérés dans la loi, les règlements ou les lignes directrices applicables, ou encore ressortent des objets particuliers de la loi pertinente. Dans d'autres cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. En l'espèce, il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents et la loi applicable ne dit pas grand-chose. La Loi précise que les personnes désignées doivent être compétentes de l'avis du ministre et prévoit ainsi expressément que l'avis du ministre est important. L'expertise en relations du travail, l'indépendance et l'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale, ne sont pas nécessairement des facteurs dominants ou évidents et ne doivent pas constituer des restrictions particulières au pouvoir discrétionnaire du ministre. Le ministre s'est formé une opinion et a décidé que l'expérience en tant que juge était une condition requise pertinente. La Loi exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. Compte tenu de la somme de travail nécessaire pour relever les facteurs que sont l'expérience en

unreasonable. It takes significant searching or testing to find the alleged defect or even the factors said to constrain the Minister. It is therefore difficult to characterize the appointments as immediately or obviously defective, not in accordance with reason, clearly irrational, or so flawed that no amount of curial deference could justify letting them stand based on a failure to consider these factors. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference, and our intervention is not warranted in these circumstances.

Concerns about institutional independence and institutional impartiality do not render the Minister's appointments patently unreasonable. The Act requires that the tribunals be *ad hoc* and retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that appointing them took the Minister outside the bounds of his statutory discretion. The possibility of a successful challenge to a particular board is not foreclosed but the constraints on the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the boards actually appointed.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; **distinguished:** *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; **referred to:** *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC

relations du travail et l'acceptabilité générale et pour supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), le fait de leur accorder moins d'importance qu'à une autre condition requise également tacite, à savoir l'expérience judiciaire, ne vicia pas les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Il faut procéder à un examen ou à une analyse pour déceler le défaut allégué ou même les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est donc difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, qu'elles sont non conformes à la raison ou clairement irrationnelles ou qu'elles sont à ce point viciées qu'aucun degré de déférence judiciaire ne pourrait justifier de les maintenir pour le motif que ces facteurs n'ont pas été pris en considération. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable; nous ne sommes pas justifiés à intervenir dans ces circonstances.

Les préoccupations relatives à l'indépendance et à l'impartialité institutionnelles ne rendent pas manifestement déraisonnables les désignations faites par le ministre. La Loi exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, et en tant que catégorie, les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiaux qu'en les désignant le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. La possibilité de s'attaquer avec succès à un conseil en particulier n'est pas écartée, mais en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis le pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; **distinction d'avec les arrêts :** *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; **arrêts mentionnés :** *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control*

52; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.

and Licensing Branch, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

By Bastarache J. (dissenting)

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001, S.O. 2001, c. 1, s. 11(4), (5).
Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, ss. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, c. 202.
Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 [am. 1979, c. 32, s. 1].

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Labour Relations Act, R.S.O. 1960, ch. 202.
Labour Relations Act, R.S.O. 1970, ch. 232 [mod. 1979, ch. 32, art. 1].
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 49(10).
Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor), L.O. 2001, ch. 1, art. 11(4), (5).

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2), 22(2).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1).
Universities Act, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Ontario. Department of Labour, Research Branch. "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", report prepared by Keith McLeod, November 1970.
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 218, 1st Sess., 36th Parl., August 25, 1997, pp. 11462, 11464.
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, p. R-2577.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto: The Commission, 1964.
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1999), 117 O.A.C. 340, [1999] O.J. No. 358

Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 64(1).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N. 1990, ch. T-3, art. 17(2), 22(2).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N.S. 1989, ch. 460, art. 26(2).
Universities Act, R.S.A. 2000, ch. U-3, art. 32(e).

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 218, 1^{re} sess., 36^e lég., 25 août 1997, p. 11462, 11464.
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.
 Ontario. Ministère du Travail de l'Ontario, Direction de la recherche. « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965 : A Statistical Analysis », rapport préparé par Keith McLeod, novembre 1970.
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto : The Commission, 1964.
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement de la Cour divisionnaire (1999), 117 O.A.C. 340, [1999]

(QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. dissenting.

Leslie McIntosh, for the appellant.

Howard Goldblatt, Steven Barrett and Vanessa Payne, for the respondents.

J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan and Susan Philpott, for the intervener the Canadian Bar Association.

Michel G. Picher and Barbara A. McIsaac, Q.C., for the intervener the National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

1 BASTARACHE J. (dissenting) — I adopt Binnie J.'s recital of the facts and judicial history. In my view, however, the Minister of Labour ("Minister") did not make appointments that were patently unreasonable. In reaching that decision, I would adopt a somewhat different approach to that of Binnie J. with regard to judicial review for abuse of discretion. I also object to Binnie J.'s conclusion that the impartiality and independence of boards can be challenged on the sole basis of the appointment process without any direct attack on a board actually constituted.

2 With regard to judicial review for abuse of discretion, as I shall explain, the balance of factors in this case militates unambiguously for the patent unreasonableness standard of review. This deferential standard applies fully to each appointment. In reviewing discretionary appointments, I think it unhelpful and inappropriate, under the pragmatic and functional approach, to separate the Minister's interpretation of the scope of his power under s. 6(5) of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), from the ultimate appointments. Instead, what that approach requires is to assess the entire discretionary

O.J. No. 358 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents.

Leslie McIntosh, pour l'appelant.

Howard Goldblatt, Steven Barrett et Vanessa Payne, pour les intimés.

J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan et Susan Philpott, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Michel G. Picher et Barbara A. McIsaac, c.r., pour l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je souscris à l'exposé des faits et à l'historique des procédures judiciaires figurant dans le motifs du juge Binnie. J'estime, cependant, que les désignations faites par le ministre du Travail (« ministre ») n'étaient pas manifestement déraisonnables. L'approche que j'utilise pour arriver à cette conclusion diffère quelque peu de celle du juge Binnie en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire. Je m'oppose également à la conclusion du juge Binnie voulant que l'impartialité et l'indépendance des conseils puissent être mises en doute en raison seulement du processus de désignation suivi, sans que le conseil réellement constitué ne soit directement contesté.

Comme je l'expliquerai, en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire, l'importance relative des facteurs en présence milite sans équivoque en faveur de l'application de la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable. Cette norme qui commande la déférence s'applique parfaitement à chaque désignation. Je pense qu'en appliquant l'approche pragmatique et fonctionnelle à l'examen des désignations discrétionnaires, il n'est ni utile ni approprié de dissocier des désignations que le ministre a faites, en définitive, de son interprétation de l'étendue du pouvoir qui lui est conféré par le par. 6(5) de la *Loi sur*

decision against the standard of patent unreasonableness.

Moreover, the constraints on the exercise of the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the independence or impartiality of boards actually appointed. The respondents' attack on the institutional independence or impartiality of the boards must be levied against a particular board. This attack is not appropriately an argument as to whether the Minister abused his discretion.

I do, however, accept Binnie J.'s analysis and conclusion that the Minister satisfied his duty of procedural fairness.

I. What is the Standard of Review for the Appointment Power?

I do not share Binnie J.'s appreciation of the potential confusion in determining, as separate exercises, the content of the duty of procedural fairness and the standard of review. Both exercises examine the context of an administrative decision. The same factor may be salient for both exercises. Nevertheless, the two inquiries proceed separately and serve different objectives. The content of the duty of procedural fairness seeks to ensure the appropriate relationship between the citizen and the administrative decision maker. In contrast, the standard of review speaks to the relationship between the administrative decision maker and the judiciary. In the former case, there is no need to determine a degree of deference.

Binnie J. and I agree ultimately on the appropriate standard of review. This agreement masks, however, some disagreement on the pragmatic and functional approach adopted by this Court.

l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« *LACTH* »). Cette approche exige plutôt l'appréciation de l'ensemble de la décision discrétionnaire selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

De plus, en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi. La contestation des intimés, qui met en cause l'indépendance ou l'impartialité institutionnelles des conseils, doit viser un conseil particulier. La présente contestation n'est pas une façon appropriée de se demander si le ministre a abusé de son pouvoir discrétionnaire.

J'accepte toutefois l'analyse et la conclusion du juge Binnie selon lesquelles le ministre s'est acquitté de son obligation d'équité procédurale.

I. Quelle norme de contrôle s'applique au pouvoir de désignation?

Je ne partage pas l'avis du juge Binnie selon lequel le fait de déterminer séparément le contenu de l'obligation d'équité procédurale et la norme de contrôle applicable risque d'engendrer une certaine confusion. Dans les deux cas, il y a examen du contexte d'une décision administrative. Le même facteur peut également ressortir dans les deux cas. Les deux examens sont néanmoins effectués séparément et visent des objectifs différents. L'obligation d'équité procédurale a pour objet d'assurer l'existence de bons rapports entre les citoyens et l'instance décisionnelle administrative. Par contre, la norme de contrôle concerne les rapports entre l'instance décisionnelle administrative et le pouvoir judiciaire. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'établir un degré de déférence.

En définitive, le juge Binnie et moi nous entendons sur la norme de contrôle applicable. Cette entente cache toutefois un désaccord au sujet de l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par la Cour.

3

4

5

6

7

As this Court recognized in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28, this approach focusses on “the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal”. The result is that some provisions within the same statute may require greater deference than others, depending on the factors. It does not follow, however, that exercise of a discretionary power under a single provision, such as s. 6(5) in this appeal, should be viewed as “the product of a number of issues or determinations” (Binnie J.’s reasons, at para. 97) with the decision maker’s statutory interpretation singled out for closer scrutiny. Binnie J.’s citations to this Court’s decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 (“*CBC*”), support the impression that a single administrative decision contains within it parts that are independently reviewable on a more or, more likely, less deferential standard. That appeal related to the standard of review for an agency’s decision that required it to interpret a statute other than its enabling legislation. The passage from the plurality, to which Binnie J. refers, concludes that where the standard of review for a decision as a whole is patent unreasonableness, the correctness of the interpretation of an external statute may nevertheless affect the overall reasonableness of that decision. That authority is not apparently relevant to a case such as the present appeal, where the Minister exercises a power under a single statute, his enabling legislation. Given the present context, reference to that authority can only suggest, wrongly, that even in these circumstances a patent unreasonableness standard must make room, within the broader decision, for review of statutory interpretation on a correctness basis. The obvious exception, where a legal question will take a different standard from the global decision, is when an agency’s decision engages constitutional issues. Constitutional questions will necessarily be reviewable on a correctness standard. Special cases like *CBC* will be dealt with on a case-by-case basis. In this case, however, the main issue is that of deciding whether the Minister failed to consider proper

Comme la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28, cette approche met l’accent sur « la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal ». Par conséquent, selon les facteurs, certaines dispositions d’une même loi peuvent commander plus de déférence que d’autres. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire en vertu d’une seule disposition, comme le par. 6(5) en l’espèce, devrait être perçu comme étant « le fruit d’un certain nombre de questions ou de décisions » (motifs du juge Binnie, par. 97), ni qu’il y a lieu d’examiner de plus près l’interprétation que le décideur a donnée de la loi en cause. Les passages de l’arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (« *SRC* »), que cite le juge Binnie, tendent à confirmer l’impression qu’une même décision administrative comporte des parties qui peuvent être contrôlées indépendamment selon une norme qui commande plus ou moins de déférence ou qui est plus susceptible de commander moins de déférence. Ce pourvoi concernait la norme de contrôle applicable à la décision d’un organisme qui l’a obligé à interpréter une loi autre que sa loi habilitante. Dans le passage mentionné par le juge Binnie, les juges majoritaires concluent que, dans le cas où la norme de contrôle applicable à l’ensemble d’une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, la justesse de l’interprétation d’une loi non constitutive peut néanmoins influencer sur le caractère raisonnable global de cette décision. Ce précédent n’est manifestement pas pertinent dans un cas comme la présente affaire où le ministre exerce son pouvoir en vertu d’une seule loi, à savoir sa loi habilitante. Compte tenu du présent contexte, le renvoi à ce précédent ne peut qu’indiquer à tort que, même dans ces circonstances, la norme du caractère manifestement déraisonnable doit, en ce qui concerne l’ensemble de la décision, ouvrir la porte au contrôle de l’interprétation de la loi selon la norme de la décision correcte. L’exception évidente, où il sera nécessaire d’appliquer à une question de droit une norme différente de celle applicable à l’ensemble de la décision, est le cas où la décision d’un organisme fait intervenir des questions d’ordre constitutionnel,

factors when making appointments under s. 6(5). It is a single issue.

It is true that some enabling statutes distinguish between the agency's factual and legal determinations. Such statutes may contemplate an appeal from the agency's legal determinations while protecting, with a privative clause, findings of fact. See e.g. *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1). Yet, where there is no basis for dividing a decision into component questions — here the privative clause in s. 7 of the *HLDA* expressly shields the entire appointment —, the single appropriate standard of review, and the deference it dictates, apply to all aspects of the decision. There is no basis for the view that an expert decision maker given due deference with regard to a discretionary appointment power is due less deference because the power is circumscribed by legislation, the suggestion being that there is a statutory interpretation aspect to his or her decision. The authorities that Binnie J. cites for the self-evident proposition that a discretion is never untrammelled and that “there is always a perspective within which a statute is intended to operate” (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)) do not indicate that each administrative action necessarily involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation.

Indeed, it is worth recalling the basis on which the *CBC* case that Binnie J. cites, *supra*, discusses the standard for an agency's interpretation of an external statute. The key factor in the analysis in that case was the Canada Labour Relations Board's expertise. The concern was that the Board did not have expertise respecting the interpretation of the external statute. What was lacking was expertise as experience,

qui pourront nécessairement faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Des cas particuliers comme l'affaire *SRC* seront traités au cas par cas. En l'espèce, cependant, la principale question qui se pose est de savoir si, en faisant des désignations en vertu du par. 6(5), le ministre a omis de prendre en considération des facteurs pertinents. Il s'agit là d'une seule question.

Il est vrai que certaines lois habilitantes établissent une distinction entre les décisions qu'un organisme prend sur le plan du droit et celles qu'il prend sur le plan des faits. Ces lois peuvent prévoir un droit d'interjeter appel contre les décisions de l'organisme portant sur des questions de droit, tout en protégeant, au moyen d'une clause privative, ses conclusions de fait. Voir, par exemple, la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, par. 64(1). Pourtant, lorsque rien ne justifie de diviser une décision en différentes questions — en l'espèce, la clause privative de l'art. 7 *LACTH* protège expressément la désignation en entier —, la seule norme de contrôle applicable et la déférence qu'elle commande visent tous les aspects de la décision. Rien ne justifie de considérer que, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, un décideur spécialisé a droit à moins de déférence du fait que ce pouvoir est circonscrit par la loi, l'idée étant que sa décision comporte un volet « interprétation législative ». La jurisprudence que le juge Binnie cite à l'appui de la proposition évidente voulant qu'un pouvoir discrétionnaire ne soit jamais illimité et qu' [TRADUCTION] « une loi [soit] toujours censée s'appliquer dans une certaine optique » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)), n'indique pas que toute action administrative comporte nécessairement un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative.

En réalité, il vaut la peine de se rappeler la raison pour laquelle l'arrêt *SRC*, précité, que cite le juge Binnie, analyse la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un organisme donne d'une loi autre que sa loi constitutive. Le facteur clé de l'analyse dans cette affaire était l'expertise du Conseil canadien des relations du travail. On craignait que le Conseil n'ait pas l'expertise voulue pour

8

9

the kind that a board acquires from applying a statute repeatedly over time. The nature of this expertise as experience is made clear by Iacobucci J.'s caveat: "I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate" (*CBC, supra*, at para. 48; see also *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), leave to appeal refused June 20, 2002, [2002] 2 S.C.R. ix). Since the Minister has expertise at applying his own statute, it is difficult to see the relevance of discussing the interpretation of the external statute in *CBC*. Where the standard of review for a decision is patent unreasonableness, there is no reason to scrutinize more closely the decision maker's interpretation of its own statute.

10

Indeed, this Court developed the patent unreasonableness standard in the context of agencies engaged in interpreting their enabling legislation. The reviewing court's question will often be whether the statute can bear the agency's interpretation. This frequently requires of the reviewing court that it defer to the agency's interpretation of the enabling legislation. As L'Heureux-Dubé J. wrote for this Court in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 775, the patent unreasonableness standard ensures "that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision". See also *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

interpréter l'autre loi en question. Il lui manquait l'expertise constituée par l'expérience qu'un tel organisme acquiert à force d'appliquer une loi. Le juge Iacobucci définit clairement la nature de cette expertise constituée par l'expérience lorsqu'il fait remarquer « qu'une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner » (*SRC*, précité, par. 48; voir aussi *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 20 juin 2002, [2002] 2 R.C.S. ix). Vu que le ministre a l'expertise voulue pour appliquer sa loi habilitante, on voit difficilement l'utilité d'analyser l'interprétation de la loi non constitutive dans l'affaire *SRC*. Dans le cas où la norme de contrôle applicable à une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, rien ne justifie d'examiner de plus près l'interprétation que le décideur donne de sa loi habilitante.

En fait, la Cour a établi la norme du caractère manifestement déraisonnable dans le contexte d'organismes qui interprétaient leur loi habilitante. La question que se pose souvent le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire est de savoir si la loi peut être interprétée de la façon dont l'a fait l'organisme en cause. Pour répondre à cette question, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire doit souvent s'en remettre à l'interprétation que l'organisme donne de sa loi habilitante. Comme la juge L'Heureux-Dubé l'écrivait, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 775, la norme du caractère manifestement déraisonnable permet d'« éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. » Voir aussi *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker (*Pushpanathan, supra*, at para. 26; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18, *per Sopinka J.*), it is not one for the courts to make. Assignment of such questions to the decision maker does not serve merely to permit experienced persons to compile the record for the inevitable judicial review proceedings in a superior court. This is particularly clear in the present case, where the decision maker's — the Minister's — function is only to name a chairperson so that arbitration may proceed expeditiously. For the statutory scheme to function, the parties must believe, as a general rule, that where their disagreement requires the Minister to name a chairperson, that chairperson is validly chosen and the arbitration must proceed.

The difficulty may stem from Binnie J.'s importing a practical sense of how decisions are actually made into the specialized judicial review context. Obviously, one could divide nearly every administrative decision into preliminary determinations. Even a purely legal question of statutory interpretation relies on the prior factual determination that the decision maker was reading the correct version of the Act and not some other document. In the course of selecting a chairperson for an arbitral board, the Minister made choices concerning for instance which officials to consult and determined how many options were open to him. But for judicial review to be workable, courts generally operate on the assumption that they can isolate a single decision to be reviewed. They then determine one standard of review for that decision. For present purposes, it is unworkable to view the Minister's naming of an individual as comprising multiple determinations.

Admittedly, the pragmatic and functional approach may require different standards of review

11
Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative (*Pushpanathan*, précité, par. 26; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18, le juge Sopinka), il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. Le fait de confier au décideur le soin de trancher ces questions ne vise pas simplement à permettre à des personnes expérimentées de constituer le dossier nécessaire aux fins de l'inévitable contrôle judiciaire par une cour supérieure. Cela est particulièrement évident dans la présente affaire où l'unique fonction du décideur — à savoir le ministre — est de désigner un président ou une présidente afin que l'arbitrage puisse se dérouler promptement. Pour que le régime législatif fonctionne, les parties doivent croire qu'en règle générale, lorsque leur désaccord force le ministre à désigner une personne à la présidence, cette désignation est valide et l'arbitrage doit avoir lieu.

12
Le fait que le juge Binnie donne une explication pratique de la manière dont les décisions sont effectivement prises dans le contexte spécial du contrôle judiciaire peut constituer le problème. Manifestement, presque toute décision administrative pourrait être divisée en décisions préliminaires. Même une question purement juridique d'interprétation législative repose sur la décision factuelle préalable que le décideur interprétait la bonne version de la loi en cause, et non quelque autre document. En désignant une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage, le ministre a fait des choix concernant, par exemple, les fonctionnaires à consulter et a décidé combien de possibilités s'offraient à lui. Mais pour que le contrôle judiciaire soit possible, les cours de justice tiennent généralement pour acquis qu'elles peuvent isoler une décision pour la contrôler. Ils déterminent ensuite la norme de contrôle qui sera appliquée à cette décision. Pour les besoins du présent pourvoi, considérer que la désignation ministérielle d'une personne comporte maintes décisions pose des problèmes insurmontables.

13
Certes, l'approche pragmatique et fonctionnelle peut exiger l'application de normes de contrôle

for different questions. This recognizes that the diversity of the contemporary administrative state includes different types of decision makers. Parliament and the provincial legislatures have not structured or qualified every agency to determine finally the same types of question. But judicial review would become grossly unwieldy and complex if each decision was to be viewed as a multiplicity of preliminary determinations.

14 The question, then, is the standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA*. In my view, *Pushpanathan*, *supra*, and this Court's subsequent jurisprudence indicate unambiguously that the appropriate standard is patent unreasonableness.

15 First, as Binnie J. notes, a privative clause (s. 7) precludes judicial review of a ministerial appointment. As noted in *Pushpanathan*, *supra*, at para. 30, the presence of a privative clause "is compelling evidence that the court ought to show deference to the [administrative decision maker's] decision".

16 As Iacobucci J. noted in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 50, the second and third factors, expertise and the purpose of the provision and the Act as a whole, often overlap. I will discuss them together. I agree with Binnie J. that the Minister and his officials know more about labour relations than do the courts. This Court has recently confirmed in a labour context that courts owe deference to the expert decision makers designated by the legislature: *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23. Although, as Binnie J. notes, the Minister is asked to make an appointment on behalf of the parties, the particular provision at issue does not simply refer to a "qualified" person. Rather, s. 6(5) states that an appointee is to be qualified "in the opinion of the

différentes à des questions différentes. On reconnaît ainsi que la diversité qui caractérise l'État administratif contemporain comprend l'existence de différents types de décideurs. Le Parlement et les législatures provinciales n'ont pas structuré les organismes de manière à ce qu'ils puissent tous, en définitive, trancher le même genre de questions et ils ne les a pas non plus tous autorisés à le faire. Cependant, le contrôle judiciaire deviendrait excessivement lourd et complexe si chaque décision devait être considérée comme comportant maintes décisions préliminaires.

La question qui se pose est donc celle de la norme de contrôle applicable à l'exercice du pouvoir ministériel de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*. À mon avis, l'arrêt *Pushpanathan*, précité, et la jurisprudence subséquente de la Cour indiquent sans équivoque que la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable.

En premier lieu, comme le souligne le juge Binnie, une clause privative (art. 7) empêche le contrôle judiciaire d'une désignation ministérielle. Comme on le précise l'arrêt *Pushpanathan*, précité, par. 30, la présence d'une clause privative « atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision » de l'instance décisionnelle administrative.

Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50, les deuxième et troisième facteurs, à savoir l'expertise et l'objet de la disposition et de la loi dans son ensemble, se confondent souvent. Je vais analyser ces facteurs ensemble. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel le ministre et ses fonctionnaires ont une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires. La Cour confirmait récemment, dans un contexte de relations du travail, que les tribunaux judiciaires doivent faire montre de déférence à l'égard des décideurs spécialisés désignés par le législateur: *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23. Bien que, comme le souligne le juge Binnie, on demande au

Minister”. I shall return to this important distinction in my discussion below of the relevant considerations. This specific language in the enabling provision demands deference: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30, where the legislation at issue referred, as in the present appeal, to the opinion of the Minister. See also *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at para. 57, *per* Binnie J.

I wish to emphasize the importance of expertise in determining the standard of review. Iacobucci J. has stated that expertise “is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review”: *Southam, supra*, at para. 50. Expertise is the “substantive rationale for deference” (D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 290). The concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters falling within their expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591, *per* Iacobucci J.; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46, *per* Gonthier J. This concept obviously applies to full-time tribunals composed of members possessing special qualifications or who presumptively acquire expertise during their lengthy terms (*Southam, supra*; *Pezim, supra*; *National Corn Growers, supra*; *New Brunswick Liquor Corp., supra*). Yet other decision makers are also to be accorded deference on the basis of an expertise superior to that of the reviewing court. In *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 50-53, this Court held that the collegial composition of the New Brunswick Judicial Council,

ministre de faire une désignation au nom des parties, la disposition en cause ne renvoie simplement pas à une personne « compétente ». Le paragraphe 6(5) précise plutôt que la personne désignée doit être compétente « à son avis », c’est-à-dire de l’avis du ministre. Je reviendrai sur cette importante distinction dans l’analyse que je ferai des éléments pertinents qui doivent être pris en considération. Ce libellé particulier de la disposition habilitante commande la déférence : voir l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30, où la loi en cause mentionnait, comme en l’espèce, l’avis du ministre. Voir aussi *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 57, le juge Binnie.

Je tiens à souligner l’importance de l’expertise en ce qui concerne la détermination de la norme de contrôle applicable. Le juge Iacobucci a affirmé que l’expertise « est le facteur le plus important qu’une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » : *Southam*, précité, par. 50. L’expertise constitue la [TRADUCTION] « justification fondamentale de la déférence » (D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 290). Le concept de la spécialisation des fonctions commande la déférence à l’égard des décisions que des tribunaux administratifs spécialisés rendent sur des questions relevant de leur champ d’expertise : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591, le juge Iacobucci; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1745-1746, le juge Gonthier. Ce concept s’applique manifestement aux tribunaux administratifs à temps plein composés de membres qui possèdent des compétences particulières ou qui sont présumés avoir acquis une expertise au cours de leurs longs mandats (*Southam, Pezim, National Corn Growers* et *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précités). Pourtant, d’autres décideurs ont également droit à la déférence en raison de leur expertise plus grande que celle du tribunal qui effectue le contrôle judiciaire. Dans

among other factors, amounted to some expertise deserving deference, even though no member of the Council necessarily had qualifications any different from those of the reviewing judge. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 32, the Court noted that the fact of being a lay person could, in the context of a lawyers' Discipline Committee, amount to a certain expertise distinct from that of a court in the sense that a lay person may better understand how particular forms of conduct and choice of sanctions would affect the general public's perception of the legal profession and confidence in the administration of justice. As for Ministers exercising discretion, this Court's jurisprudence makes clear that they will be taken to have expertise, by virtue of their position, their ability to weigh policy concerns, and their access to information: *Suresh*, *supra*, at para. 31; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 59. In this case, in particular, the labour relations context is one more appropriately left to management by the legislatures and the executive than by the courts. As LeBel J. recently noted, "[t]he management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests. The relevant political, social and economic considerations lie largely beyond the area of expertise of courts": *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, at para. 239. In the present case, then, the formal rationale for deference provided by the legislative text "in the opinion of the Minister" overlaps with the substantive rationale for deference, the fact that the Minister actually is better positioned to make the assessment than any reviewing court.

l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 50-53, la Cour a statué que la composition collégiale du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick, notamment, représentait une expertise justifiant la déférence, même si aucun membre du Conseil ne possédait nécessairement des compétences différentes de celles du juge effectuant le contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 32, la Cour a fait remarquer que le fait d'être un non-juriste pouvait, dans le contexte d'un comité de discipline pour les avocats, représenter une certaine expertise différente de celle d'un tribunal judiciaire, en ce sens qu'un non-juriste peut mieux comprendre en quoi certains comportements et certains choix de sanctions pourraient affecter l'image de la profession juridique dans le public en général et sa confiance dans l'administration de la justice. En ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre, la jurisprudence de la Cour établit clairement que l'on considérera que le ministre a une expertise en raison du poste qu'il occupe, de son aptitude à évaluer des préoccupations de politique générale et de l'accès qu'il a à des sources d'information : *Suresh*, précité, par. 31; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 59. En l'espèce particulièrement, il convient davantage que le soin de gérer les relations du travail relève des pouvoirs législatif et exécutif que du pouvoir judiciaire. Comme l'a récemment fait remarquer le juge LeBel, « [l]a gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux » : *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 239. Donc, en l'espèce, la justification officielle de la déférence qu'expriment les mots « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, se confond avec sa justification fondamentale, à savoir que le ministre est vraiment mieux placé pour procéder à l'évaluation qu'un tribunal qui effectue un contrôle judiciaire.

18

Finally, the fourth factor, the nature of the question, also points to deference. Appointment of a

Enfin, le quatrième facteur, à savoir la nature de la question, milite lui aussi en faveur de la

particular arbitrator to a particular hospital labour dispute is “highly fact-based and contextual”: *Suresh, supra*, at para. 31. More generally, discretionary decision makers are given “substantial leeway” and are presumptively due deference: *Baker, supra*, at para. 56. Furthermore, empowering the Minister, as opposed to an apolitical figure such as the Chief Justice of the province, suggests a legislative intent that political accountability also play a role in policing appointments and the integrity of hospitals interest arbitration. See *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at para. 50, per Major J.

The Minister’s appointments are thus reviewable only on the most deferential, patent unreasonableness standard, and it is this standard I shall now apply.

II. Was Appointing Retired Judges Patently Unreasonable?

A. *The Standard of Patent Unreasonableness*

Before answering this question, it is helpful to review some of the ways that this Court has articulated the test for patent unreasonableness. These are not independent, alternative tests. They are simply ways of getting at the single question: What makes something patently unreasonable?

In *Suresh, supra*, at para. 41, this Court indicated that a patently unreasonable decision is one that is unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures. This linkage of the nominate grounds for abuse of discretion with the patent unreasonableness standard demonstrates the unified approach to review of discretionary decision making set out by L’Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*. Other formulations of the test for patent unreasonableness are also helpful. Most relevantly in this appeal, other formulations assist in

déférence. La désignation d’un arbitre pour un conflit de travail dans un hôpital est « largement contextuelle et tributaire des faits » : *Suresh*, précité, par. 31. De manière plus générale, les décideurs discrétionnaires disposent d’« une grande liberté d’action » et sont présumés avoir droit à la déférence : *Baker*, précité, par. 56. En outre, le fait d’habiliter le ministre, au lieu d’une personnalité apolitique comme le juge en chef de la province, indique que le législateur a voulu que la responsabilité politique joue elle aussi un rôle dans la surveillance des désignations et le maintien de l’intégrité des arbitrages de différends dans les hôpitaux. Voir *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 50, le juge Major.

Les désignations ministérielles ne peuvent ainsi faire l’objet d’un contrôle que selon la norme commandant la plus grande déférence, à savoir la norme du caractère manifestement déraisonnable, et c’est cette norme que je vais maintenant appliquer.

II. La désignation de juges retraités était-elle manifestement déraisonnable?

A. *La norme du caractère manifestement déraisonnable*

Avant de répondre à cette question, il est utile d’examiner certaines façons dont la Cour a formulé le critère du caractère manifestement déraisonnable. Il s’agit non pas de critères indépendants ou de rechange, mais simplement de façons d’exprimer la seule question qui se pose : qu’est-ce qui fait qu’une chose est manifestement déraisonnable?

Dans l’arrêt *Suresh*, précité, par. 41, la Cour a indiqué qu’une décision manifestement déraisonnable est une décision déraisonnable à première vue qui n’est pas étayée par la preuve ni viciée par l’omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d’appliquer la procédure appropriée. Cette corrélation entre les causes énumérées d’abus de pouvoir discrétionnaire et la norme du caractère manifestement déraisonnable démontre l’approche unifiée que le juge L’Heureux-Dubé a exposée, dans l’arrêt *Baker*, précité, relativement au contrôle du processus décisionnel discrétionnaire. D’autres

19

20

21

construing the terms “vitiated by failure to consider the proper factors”. A reweighing or reconsideration of factors that were originally considered will not suffice to vitiate the decision. Furthermore, it is not necessarily sufficient that a new relevant factor be invoked to vitiate the ministerial decision.

22 In *Ryan, supra*, Iacobucci J. writes that “[a] decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand” (para. 52).

23 In *Southam, supra*, Iacobucci J. distinguishes the reasonableness *simpliciter* standard from that of patent unreasonableness. He states that the difference lies “in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable.” A decision is not patently unreasonable, he says, “if it takes some significant searching or testing to find the defect”. He says too that “once the lines of the problem have come into focus, . . . the unreasonableness will be evident” (para. 57). Another way of getting at the evident quality of the unreasonableness is to say that once identified, a defect rendering a decision patently unreasonable “can be explained simply and easily” (*Ryan, supra*, at para. 52).

24 In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (“PSAC”), Cory J. states that the “very strict test” of patent unreasonableness is whether the decision is “clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason” (pp. 963-64).

25 These formulations indicate the high degree of deference in the patent unreasonableness standard. Even where a reasonableness *simpliciter* standard applies, the question is not what decision the

formulations du critère du caractère manifestement déraisonnable sont également utiles. Fait très pertinent en l’espèce, d’autres formulations aident à interpréter les mots « viciée par l’omission de tenir compte des facteurs pertinents ». La réévaluation ou le réexamen des éléments pris en considération initialement ne suffit pas pour que la décision soit viciée. Il ne suffit pas nécessairement non plus d’invoquer un nouveau facteur pertinent pour que la décision ministérielle soit viciée.

Dans l’arrêt *Ryan*, précité, le juge Iacobucci écrit qu’« [u]ne décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir » (par. 52).

Dans l’arrêt *Southam*, précité, le juge Iacobucci établit une distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle du caractère manifestement déraisonnable. Selon lui, la différence réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. » Une décision n’est pas manifestement déraisonnable, dit-il, « s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut ». Il ajoute qu’« une fois que les contours du problème sont devenus apparents, [. . .] [le] caractère déraisonnable ressortira » (par. 57). Une autre façon d’appréhender l’aspect manifeste du caractère déraisonnable consiste à dire que, dès qu’il est relevé, le défaut qui rend une décision manifestement déraisonnable « peut être expliqué simplement et facilement » (*Ryan*, précité, par. 52).

Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (« AFPC »), le juge Cory affirme que le « critère très strict » du caractère manifestement déraisonnable consiste à se demander si une décision est « clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison » (p. 963-964).

Il ressort de ces formulations que la norme du caractère manifestement déraisonnable commande une grande déférence. Même lorsque la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s’applique, la

reviewing judge would have made in the shoes of the administrative decision maker: *Southam, supra*, at paras 79-80, *per* Iacobucci J. This is even more the case when the standard is patent unreasonableness. Indeed, this Court has stated explicitly that a reviewing court's role is not to reweigh the factors considered by the discretionary decision maker: *Suresh, supra*, at paras. 37-41. Nor is the goal to review the decision or action on its merits: *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, at para. 53, *per* L'Heureux-Dubé J.

Having set out this background on the standard, I turn now to apply that standard to the Minister's appointments of chairpersons.

B. *Application of the Standard*

Binnie J. concludes that the appointments were patently unreasonable because the Minister's approach excluded relevant criteria (labour relations experience and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience).

This assessment requires that we determine the relevant criteria for exercise of the discretion, or at least whether the Minister relied upon irrelevant criteria or failed to consider a relevant and important criterion. I agree with Binnie J. that a contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the relevant criteria. We disagree, however, as to what the essential criteria ultimately turn out to be. We disagree as to which factor or factors must be given primary importance for an appointment to survive review as not "clearly irrational" or patently unreasonable.

In the clearest of cases, the criteria constraining the exercise of a discretion will be spelled out in the legislation itself. In other cases, the relevant factors to consider will be specified in regulations

question n'est pas de savoir quelle décision aurait rendue le juge qui effectue le contrôle s'il avait été à la place de l'instance décisionnelle administrative : *Southam*, précité, par. 79-80, le juge Iacobucci. Cela est d'autant plus vrai lorsque la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. En fait, la Cour a précisé que le rôle du tribunal qui effectue un contrôle judiciaire n'est pas de réévaluer les facteurs considérés par le décideur discrétionnaire : *Suresh*, précité, par. 37-41. L'objectif n'est pas non plus de contrôler la décision ou l'action quant au fond : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 53, la juge L'Heureux-Dubé.

Après avoir exposé le contexte dans lequel elle s'applique, je vais maintenant appliquer la norme aux désignations ministérielles des présidents.

B. *Application de la norme*

Le juge Binnie conclut que les désignations étaient manifestement déraisonnables parce que l'approche adoptée par le ministre excluait les critères pertinents (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur substituait un autre critère (expérience judiciaire antérieure).

Cette appréciation oblige à déterminer les critères pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ou du moins à se demander si le ministre s'est fondé sur des critères non pertinents ou encore s'il a omis de prendre en considération un critère pertinent et important. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel, pour déterminer les critères pertinents, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Nous sommes, toutefois, en désaccord sur ce qui, en définitive, s'est révélé être les critères essentiels. Nous ne nous entendons pas sur la question de savoir à quel facteur (ou quels facteurs) il faut accorder une importance primordiale pour qu'une désignation résiste au contrôle pour le motif qu'elle n'est ni « clairement irrationnelle » ni manifestement déraisonnable.

Dans les cas les plus évidents, la loi elle-même énumère les critères qui limitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans d'autres cas, des règlements ou des lignes directrices précisent les

26

27

28

29

or guidelines. For example, in *Baker, supra*, this Court quashed the immigration officer's decision. In making the decision, the officer had failed to consider a factor expressly included in the relevant guidelines issued by the Minister of Citizenship and Immigration. Other indications of the important considerations were found in the specific purposes of the relevant Act and in international instruments (*Baker, supra*, at para. 67). In that appeal, the appropriate standard of review was the less deferential standard of reasonableness *simpliciter*. In other words, *Baker* says nothing one way or the other as to whether the failure to weigh heavily the interests of the children — a factor explicitly stated in the relevant documents — would have vitiated the decision as patently unreasonable. In yet another category of cases, the relevant factors may be unwritten, derived from the purpose and context of the statute. For example, in *Roncarelli, supra*, this Court reasonably inferred that denying or revoking a liquor permit for reasons irrelevant to the sale of liquor in a restaurant lay beyond the scope of the discretion conferred upon the Commission by the *Alcoholic Liquor Act*. Note, however, that it was an irrelevant factor that was inferred in *Roncarelli*. A statute cannot reasonably spell out and exclude in advance every irrelevant, bad faith or abusive consideration. It is much simpler for a legislator to spell out the relevant factors, and we often expect it to have done so. I would caution, then, against reviewing courts too easily concluding that implied factors are relevant and that failure, first to perceive them at all, and second to consider them, vitiates a decision. What, then, are the relevant factors in this case?

éléments pertinents qui doivent être considérés. Par exemple, dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour a annulé la décision de l'agent d'immigration. En rendant sa décision, celui-ci n'avait pas tenu compte d'un facteur explicitement prévu dans les lignes directrices pertinentes du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. D'autres indications des éléments importants devant être pris en considération ressortaient des objets particuliers de la loi applicable, et des instruments internationaux (*Baker*, précité, par. 67). Dans ce pourvoi, la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, qui commande moins de déférence. Autrement dit, l'arrêt *Baker* ne dit absolument rien au sujet de la question de savoir si l'omission d'accorder de l'importance aux intérêts des enfants — facteur prévu explicitement dans les documents pertinents — aurait vicié la décision en la rendant manifestement déraisonnable. Là encore, dans une autre catégorie de cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. Par exemple, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, la Cour a raisonnablement inféré que le refus ou la révocation d'un permis d'alcool, pour des raisons n'ayant rien à voir avec la vente d'alcool dans un restaurant, outrepassait le pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission par la *Loi des liqueurs alcooliques*. Cependant, il y a lieu de noter que l'on a inféré un facteur non pertinent dans l'arrêt *Roncarelli*. Une loi ne peut pas raisonnablement énumérer et exclure d'avance tout facteur non pertinent, caractérisé par la mauvaise foi ou encore abusif. Il est beaucoup plus simple pour le législateur d'énumérer les facteurs pertinents et c'est ce à quoi nous nous attendons souvent. Par conséquent, je déconseille aux tribunaux qui effectuent un contrôle judiciaire de conclure trop facilement que des facteurs implicites sont pertinents et que le défaut, premièrement, de les percevoir et, deuxièmement, de les prendre en considération, a pour effet de vicier une décision. Quels sont donc les facteurs pertinents en l'espèce?

30

In this case, the statute does not say very much. It stipulates that appointees must be "qualified to act". It also states, significantly, that it is "in the opinion of the Minister" that such persons must be qualified

Dans la présente affaire, la loi applicable ne dit pas grand-chose. Elle prévoit que les personnes désignées doivent être « compétentes pour agir en cette qualité [d'arbitre]. » Fait révélateur,

to act. In other words, the statute expressly contemplates that the Minister's opinion is important. I have already noted these words in determining the appropriate degree of deference. There are no relevant regulations, guidelines, or other instruments. Are there other relevant factors? In other words, can the reviewing court infer other factors relevant to the Minister in appointing a chairperson under s. 6(5) from the legislative context?

Binnie J. states that the "need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour" (para. 177). I am not persuaded that either repetition of this need by Ministers of Labour or the context in which particular labour relations expertise and broad acceptability may have appeared essential constitutes a basis for implying dominant factors, as if they were stipulated in regulations or guidelines. Nor are these factors obvious, like the fact, in *Roncarelli, supra*, that discretion to renew a liquor licence must not be wielded to punish a person who posts bail for fellow members of a religious minority.

I have already noted that a patently unreasonable decision is one marked by the immediacy or obviousness of the defect. Where the alleged defect is failure to consider relevant factors, I think it important that those factors must themselves be immediately identifiable or obvious. In accordance with their duty, counsel for the respondents have assiduously compiled a record that presents the need for labour relations expertise and broad acceptability in its best light. They have collected excerpts from various reports, the legislative history of the *HLDA*, and statements by Ministers of Labour. The fact that these materials are neatly compiled in the respondents' record makes the significance of those

elle prévoit également que c'est « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, que ces personnes doivent être compétentes pour agir en qualité d'arbitre. En d'autres termes, la loi prévoit expressément que l'avis du ministre est important. J'ai déjà souligné ces mots en déterminant le degré de déférence approprié. Il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents. Y a-t-il d'autres facteurs pertinents? En d'autres termes, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire peut-il inférer du contexte législatif l'existence d'autres facteurs pertinents aux fins de désignation ministérielle d'un président ou d'une présidente en vertu du par. 6(5)?

Le juge Binnie dit que « les ministres du Travail qui se sont succédé [. . .] ont constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale » (par. 177). Je ne suis pas convaincu que le fait que des ministres du Travail aient réitéré ce besoin, ou le contexte dans lequel une expertise particulière en matière de relations du travail et une acceptabilité générale peuvent avoir paru essentielles, justifie de supposer l'existence de facteurs dominants, comme s'ils étaient prévus dans des règlements ou des lignes directrices. Ces facteurs ne sont pas évidents non plus, comme le fait, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, que le pouvoir discrétionnaire de renouveler un permis d'alcool ne doit pas servir à punir une personne qui fournit un cautionnement pour des membres de la minorité religieuse à laquelle elle appartient.

J'ai déjà fait remarquer qu'une décision manifestement déraisonnable est caractérisée par le caractère flagrant ou évident du défaut qu'elle comporte. Lorsque le défaut allégué est l'omission de tenir compte de facteurs pertinents, je pense qu'il est important que ces facteurs soient eux-mêmes flagrants ou évidents. Conformément à leur devoir, les avocats des intimés ont pris soin de constituer un dossier présentant sous son aspect le plus favorable le besoin d'acceptabilité générale et d'expertise en matière de relations du travail. Ils ont rassemblé des extraits de divers rapports, l'historique législatif de la *LACTH* ainsi que des déclarations de ministres du Travail. Le fait que

31

32

criteria obvious, or at least much more obvious, than it has ever been. I do not dispute that the respondents made a good case for the importance of reading those factors into the statute, but doing so was a difficult task. In my view, the general affirmations and aspirations Binnie J. refers to in para. 110 came nowhere near the evidentiary threshold for imposing a specific restriction on the wide discretion set out in s. 6(5). Would the factors Binnie J. relies upon have been obvious to a new Minister of Labour called on to exercise his discretion under s. 6(5)? Could the Minister have been expected to compile a thorough history of the *HLDA* before acting? I do not believe so.

33

Binnie J. states that there is no need to impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history, because the Minister himself summarized the legislative intent in a letter. My difficulty with this comment is that the reviewing court's exercise is simply to determine what is required by the enabling statute. If, as I suggest, we could not reasonably expect that the bare text of s. 6(5) would give to a subsequent Minister of Labour an appreciation of all the factors that Binnie J. finds relevant, this is significant. Binnie J. also characterizes that letter of February 2, 1998, as having "defined" the Minister's mandate (para. 183). I do not think that statements by the Minister expressing his opinion as to his own role should be taken as constraining his discretion or as, effectively, writing new conditions into the statute. The Minister could not eliminate relevant statutory criteria by making a statement or writing a letter; I do not think that by the same means he can add any. The Minister's own letter does not constrain his discretion or define his mandate in the same way that, in *Baker*, official guidelines, the specific purposes of the Act, and the pertinent international instruments framed the relevant considerations for the administrative official. Indeed, the letter of February 2, 1998, is not inconsistent with the Minister's eventual appointments: the Minister was of the opinion that the parties must perceive the process as

ces documents soient soigneusement réunis dans le dossier des intimés rend l'importance de ces critères évidente ou, du moins, beaucoup plus évidente qu'elle ne l'a jamais été. Je ne conteste pas que les intimés ont bien démontré, non sans peine, l'importance de considérer que la loi en cause inclut ces facteurs. À mon avis, les affirmations et les aspirations générales que le juge Binnie mentionne au par. 110 sont loin de correspondre à la norme de preuve requise pour assujettir à une restriction particulière le large pouvoir discrétionnaire prévu au par. 6(5). Les facteurs sur lesquels s'appuie le juge Binnie auraient-ils été évidents aux yeux d'un nouveau ministre du Travail appelé à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5)? Pouvait-on s'attendre à ce que le ministre fasse l'historique complet de la *LACTH* avant d'agir? Je ne le crois pas.

Selon le juge Binnie, il n'est pas nécessaire de supposer que le ministre a une connaissance de l'historique de la *LACTH*, étant donné qu'il a lui-même résumé l'intention du législateur dans une lettre. Selon moi, le problème que pose ce commentaire réside dans le fait que le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire est simplement tenu de déterminer ce qu'exige la loi habilitante. Cela serait important si, comme je l'indique, nous ne pouvions pas raisonnablement nous attendre à ce que le seul texte du par. 6(5) fournisse à un ministre du Travail subséquent une appréciation de tous les facteurs jugés pertinents par le juge Binnie. Le juge Binnie considère aussi que la lettre du 2 février 1998 « définissait » le mandat du ministre (par. 183). Je ne crois pas qu'il y ait lieu de considérer que les affirmations dans lesquelles le ministre exprime son avis au sujet de son propre rôle limitent son pouvoir discrétionnaire ou qu'elles ont pour effet d'ajouter d'autres conditions dans la Loi. Le ministre ne pouvait pas éliminer des critères légaux pertinents au moyen d'une affirmation ou d'une lettre; je ne crois pas non plus qu'il puisse en ajouter de la même façon. La lettre que le ministre a rédigée ne limite pas son pouvoir discrétionnaire ou ne définit pas son mandat de la même façon que, dans l'affaire *Baker*, les lignes directrices officielles, les objets particuliers de la Loi et les instruments internationaux pertinents énonçaient

credible; he was also, evidently, of the opinion that the persons he appointed were qualified to act.

Binnie J. notes that the parties brought our attention to subsequent provincial legislation, the *Back to School Act (Toronto and Windsor)*, 2001, S.O. 2001, c. 1, that explicitly enables a Minister to appoint a replacement arbitrator lacking certain characteristics. The unions suggested that where the legislature wishes to rule out relevant experience and the other *indicia* of an objectively qualified chairperson, it knows how to do so. I note that such a provision also shows that, where the legislature so intends, it knows how to specify in some detail the positive or negative attributes of potential chairpersons. In any event, it is an error, in my view, to assume, *a contrario*, that the term “in the opinion of the Minister, qualified to act” in the *HLDA* requires the presence of characteristics that may be dispensed with under the later, unrelated statute.

The Minister in the present appeal developed an opinion as to who was qualified to act. He determined that judging experience was relevant. He valued professional experience as an impartial decision maker. He recognized that judges are typically generalists who quickly learn the necessary substance within the context of each case. The Minister clearly gave experience in the health field less weight than some would have preferred; this is because he was dealing with parties unable to agree on a mutually acceptable qualified person and thought experience as an impartial decision maker was more crucial. All we can presume is that, all things considered, he found independence and experience at judicially resolving disputes to be more important. The *HLDA* called for the

les éléments pertinents que le fonctionnaire de l'organisme administratif devait prendre en considération. En fait, la lettre du 2 février 1998 n'est pas incompatible avec les désignations que le ministre a faites en définitive : le ministre était d'avis que les parties doivent percevoir le processus comme étant crédible; de toute évidence, il estimait aussi que les personnes qu'il a désignées étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre.

Le juge Binnie fait observer que les parties ont attiré notre attention sur une loi provinciale subséquente, la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, qui habilite explicitement un ministre à nommer un nouvel arbitre qui ne possède pas certains attributs. Les syndicats ont indiqué que, lorsque le législateur souhaite écarter l'expérience pertinente et les autres indices d'un président objectivement compétent, il sait comment s'y prendre. Je souligne qu'une telle disposition démontre également que, lorsque le législateur le souhaite, il sait comment préciser en détail les attributs positifs ou négatifs des présidents potentiels. De toute manière, j'estime qu'il est erroné de présumer au contraire que la condition « à son avis [c'est-à-dire de l'avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité », imposée dans la *LACTH*, exige la présence d'attributs dont il est possible de se passer en vertu de la loi susmentionnée qui n'a aucun lien avec la *LACTH*.

En l'espèce, le ministre s'est formé une opinion quant aux personnes qui étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre. Il a décidé que l'expérience en tant que juge était pertinente. Il a accordé de l'importance à l'expérience professionnelle acquise en tant que décideur impartial. Il a reconnu que les juges sont ordinairement des généralistes qui comprennent rapidement quels éléments de fond doivent être pris en considération dans chaque cas. Il est évident que le ministre a accordé moins d'importance à l'expérience acquise dans le domaine de la santé que l'auraient préféré certaines personnes, et ce, parce qu'il traitait avec des parties incapables de s'entendre sur le choix d'une personne compétente qui leur serait acceptable, et qu'il croyait que l'expérience en tant que décideur impartial était

34

35

Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. In my view, Binnie J. has effectively read out of the provision one of its most important elements, that it is in the Minister's opinion, not viewed objectively by some constant standard, that persons are to be qualified. This is not to say that the opinion of the Minister is totally unfettered, as I will explain later in these reasons.

36

Given how much work it takes even to identify the factors at issue in this appeal (labour relations experience and broad acceptability) and to imply them into s. 6(5), I am reluctant to conclude that weighing them less heavily than another factor, also unwritten (judicial experience), vitiated the appointments as patently unreasonable. Using the language of Iacobucci J. in *Southam*, at para. 57, cited above, I would say that the Minister's appointments were not patently unreasonable because "it takes some significant searching or testing to find the defect", if there is one. More problematic for Binnie J.'s approach, in my view, is the fact that it takes "some significant searching" even to find the factors said to constrain the Minister. It is difficult to characterize the Minister's appointments as immediately or obviously defective, particularly when the factors are not themselves immediately or obviously ascertainable. The flaw cannot be explained simply and easily. Or to draw on Cory J.'s approach in *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, it is difficult to argue that the appointments were "evidently not in accordance with reason" or "clearly irrational". Turning to *Ryan*, when the compelling rationale for curial deference is borne in mind — in particular the Minister's superior expertise at labour relations — it becomes difficult to say that the appointments are "so flawed that no amount of curial deference" could justify letting them stand. Returning, finally, to *Suresh*, a failure to consider the proper factors, even if I were to accept them as determinative, fails to vitiate the Minister's decision because the factors themselves were not

plus cruciale. Tout ce que nous pouvons présumer, c'est que, tout compte fait, il a jugé plus importantes l'indépendance et l'expérience en matière de règlement judiciaire des conflits. La *LACTH* exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. J'estime qu'en réalité le juge Binnie a fait abstraction de l'un des plus importants éléments de cette loi, à savoir que les personnes doivent être compétentes de l'avis du ministre et non d'un point de vue objectif conforme à une norme fixe. Cela ne signifie pas que l'avis du ministre n'est assujéti à aucune limite, comme je l'expliquerai plus loin.

Compte tenu de la somme de travail qui est nécessaire ne serait-ce que pour relever les facteurs en cause dans le présent pourvoi (expérience en relations du travail et acceptabilité générale) et supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), j'hésite à conclure que le fait de leur accorder moins d'importance qu'à un autre facteur, également tacite (l'expérience judiciaire), a vicié les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Pour reprendre les propos tenus par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, je dirais que les désignations ministérielles n'étaient pas manifestement déraisonnables parce qu'« il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut » qu'elles comportent, à supposer que ce soit le cas. J'estime que la plus grande difficulté que soulève l'approche du juge Binnie est le fait qu'il faut procéder à « un examen en profondeur » ne serait-ce que pour déceler les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, particulièrement si les facteurs eux-mêmes ne sont pas flagrants ou évidents. Le défaut ne peut pas être expliqué simplement et facilement. Ou, pour reprendre l'approche du juge Cory dans l'arrêt *AFPC*, précité, p. 963, il est difficile de soutenir que les désignations étaient « de toute évidence non conforme[s] à la raison » ou « clairement irrationnelle[s] ». Quand à l'arrêt *Ryan*, si l'on tient compte de la justification impérieuse de la déférence judiciaire — notamment la plus grande expertise du ministre en matière de

obvious and uncontroversial. These are all different ways of expressing the conclusion that the appointments were not patently unreasonable.

This is not to say that others would have made the same appointments, nor is it to speculate whether, if polled, the electorate would or would not approve. But in light of the statutory scheme, the context, and the deference due the Minister, I cannot say that the appointments satisfied the “very strict test” (*PSAC, supra*, at p. 964) marking them as patently unreasonable. Moreover, the legislation requires us to give weight to the Minister’s opinion of the factors, or at least of what would make someone qualified to act.

Arguments made by both the appellant and the respondents impel me to make two related further comments.

First, my conclusion respecting the appointments challenged in this appeal does not endorse the appellant’s submission that the sole factors that would disqualify a person from appointment as a chairperson under s. 6(5) are those explicitly set out in s. 6(12) of the *HLDA*. That subsection precludes the Minister from appointing a person who has a pecuniary interest in the matters before the board or who has acted as counsel for one of the parties within the previous six months. I do not accept the appellant’s argument that this is an exhaustive listing of all disqualifying factors or factors that would render an appointment patently unreasonable.

relations du travail —, il devient difficile d’affirmer que les désignations sont « à ce point viciée[s] qu’aucun degré de déférence judiciaire » ne pourrait justifier de les maintenir. Enfin, pour revenir à l’arrêt *Suresh*, l’omission de prendre en considération les facteurs pertinents, même si je devais les reconnaître comme déterminants, ne vicie pas la décision du ministre parce que les facteurs eux-mêmes n’étaient pas évidents et ne soulevaient aucune controverse. Voilà autant de manières différentes de conclure que les désignations n’étaient pas manifestement déraisonnables.

Cela ne signifie pas que d’autres auraient fait les mêmes désignations, et il ne s’agit pas non plus d’émettre des hypothèses quant à savoir si l’électorat les approuverait s’il était consulté. Cependant, compte tenu du régime législatif, du contexte et de la déférence à laquelle a droit le ministre, je ne puis affirmer que les désignations satisfaisaient au « critère très strict » (*AFPC*, précité, p. 964) qui permettrait de les qualifier de manifestement déraisonnables. La Loi nous oblige, en outre, à accorder de l’importance à l’avis du ministre concernant les facteurs ou concernant du moins ce qui rendrait une personne compétente pour agir en qualité d’arbitre.

Les arguments avancés à la fois par l’appelant et par les intimés m’incitent à faire deux autres remarques connexes.

En premier lieu, en tirant ma conclusion relative aux désignations contestées en l’espèce, je ne retiens pas l’argument de l’appelant selon lequel les seuls facteurs qui rendraient une personne inhabile à être désignée à la présidence en vertu du par. 6(5) sont ceux qui sont explicitement énoncés au par. 6(12) *LACTH*. Ce paragraphe interdit au ministre de désigner une personne qui a un intérêt pécuniaire dans les questions dont le conseil est saisi ou qui a exercé des fonctions d’avocat pour l’une des parties au cours des six mois précédents. Je ne retiens pas l’argument de l’appelant voulant qu’il s’agisse là d’une liste exhaustive de tous les facteurs qui rendent une personne inhabile à être désignée ou des facteurs qui rendraient une désignation manifestement déraisonnable.

37

38

39

40 Second, as the respondents note, it is of course the case that the Minister's discretion to appoint is not unfettered and must be exercised within the scope of the Act: *Baker, supra; Padfield, supra; Roncarelli, supra*. My conclusions here do not authorize the Minister to decide to appoint only members of his own political caucus, hospital CEOs, or union business agents. These extreme examples are not, however, the facts before us in this appeal.

III. Can the Unions Challenge the Boards' Independence and Impartiality Here?

41 Having decided that the appointments were patently unreasonable on the basis of irrelevant considerations, Binnie J. goes on to consider an alternative argument. He considers whether the Minister's appointments were also patently unreasonable on the basis that they resulted in arbitration boards possibly perceived as lacking institutional independence and impartiality.

42 Binnie J. addresses this argument primarily on the basis that the Court of Appeal declared that the Minister "created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration . . . contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice" (para. 186).

43 I agree with Binnie J. that neither concerns about institutional independence (the *ad hoc* tribunals' lack of security of tenure) nor institutional impartiality (appointment of persons from the class of retired judges) render the Minister's exercise of his appointment power patently unreasonable. The statutory scheme requires that the tribunals be *ad hoc*, constituted to resolve a particular dispute. Retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that finding them to be "qualified to act" took the Minister outside the bounds of his

En second lieu, comme le font remarquer les intimés, il va de soi que le pouvoir de désignation discrétionnaire du ministre n'est pas illimité et qu'il doit être exercé conformément à la Loi : *Baker, Padfield* et *Roncarelli*, précités. Mes conclusions en l'espèce n'autorisent pas le ministre à désigner seulement des membres de son caucus politique, des directeurs généraux d'hôpitaux ou des agents d'affaires syndicaux. De tels exemples extrêmes ne correspondent toutefois pas aux faits dont nous sommes saisis en l'espèce.

III. Les syndicats peuvent-ils mettre en doute l'indépendance et l'impartialité des conseils en l'espèce?

Après avoir décidé que les désignations étaient manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles reposaient sur des facteurs non pertinents, le juge Binnie examine ensuite un argument subsidiaire. Il se demande si les désignations ministérielles étaient également manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles ont entraîné la constitution de conseils d'arbitrage susceptibles d'être perçus comme étant dépourvus d'indépendance et d'impartialité institutionnelles.

Le juge Binnie examine cet argument principalement à la lumière du fait que la Cour d'appel a déclaré que le ministre [TRADUCTION] « a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage [. . .] contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle » (par. 186).

Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel ni les préoccupations relatives à l'indépendance institutionnelle (l'inamovibilité des tribunaux administratifs *ad hoc*) ni celles relatives à l'impartialité institutionnelle (la désignation de personnes faisant partie de la catégorie des juges retraités) ne rendent manifestement déraisonnable l'exercice par le ministre de son pouvoir de désignation. Le régime législatif exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, c'est-à-dire constitués pour résoudre un différend particulier. En tant que catégorie,

statutory discretion: *Baker, supra; Padfield, supra; Roncarelli, supra.*

I also agree with Binnie J. that the unsuccessful challenge to the institutional independence and impartiality of the boards as a group does not foreclose the possibility of a successful challenge to a particular board by a party on the basis of particular facts. Indeed, in my view, it is awkward to raise arguments relating to the boards' independence and impartiality in the context of a challenge to the exercise of the Minister's discretion. In exercising his power of appointment under s. 6(5), the Minister cannot be expected to anticipate and avoid the full set of factors that might, in the context of a particular board, run afoul of the duty of procedural fairness that will bear upon that board. Even for strategic purposes, I would have thought it best for the respondents to save arguments about the natural justice requirements of the boards for any eventual challenge to a particular board. As this Court has noted, attacks on the independence or impartiality of a board are most convincingly made with evidence of how that board operates in practice: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 117-23, per Sopinka J. My opinion on this point finds support in the decision of Binnie J. not to apply retrospectively a finding that the boards constituted by the Minister were not impartial.

I note in passing that, in framing the allegations concerning the boards' independence and impartiality as a claim that the Minister exercised his power patently unreasonably, Binnie J. is generous. He presents this line of argument in by far its most favourable light. A reading of the respondents' factum easily suggests that they were making

les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiels qu'en les qualifiant de « compétents pour agir » en qualité d'arbitre le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi : *Baker, Padfield et Roncarelli*, précités.

Je conviens également avec le juge Binnie que l'échec de la contestation mettant en cause l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils, en tant que catégorie, n'empêche pas une partie de mettre en doute avec succès l'indépendance et l'impartialité institutionnelles d'un conseil en se fondant sur des faits particuliers. En fait, j'estime qu'il est malencontreux d'avancer des arguments concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils dans le cadre d'une contestation de l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire. On ne peut pas s'attendre à ce que, en exerçant le pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5), le ministre prévoie et évite tous les facteurs qui, dans le cas d'un conseil particulier, sont susceptibles de contrecarrer l'obligation d'équité procédurale qui incombe à ce conseil. Même pour des raisons stratégiques, je pense qu'il aurait mieux valu que les intimés réservent les arguments portant sur les exigences de la justice naturelle auxquelles les conseils doivent satisfaire pour attaquer éventuellement un conseil particulier. Comme la Cour l'a souligné, les contestations mettant en cause l'indépendance et l'impartialité d'un conseil sont très convaincantes lorsqu'elles s'accompagnent d'une preuve de la manière dont le conseil fonctionne en pratique : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 117-123, le juge Sopinka. Mon opinion à ce sujet est étayée par la décision du juge Binnie de ne pas appliquer rétroactivement la conclusion que les conseils constitués par le ministre n'étaient pas impartiaux.

Je note en passant qu'en formulant les allégations concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils sous la forme d'une prétention que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière manifestement déraisonnable, le juge Binnie fait preuve de générosité. Il présente ce type d'argument sous son aspect de loin le plus favorable. Il n'y a pas

the argument that if the Minister appointed boards that would themselves, in operation, fall short of the demands of natural justice, he thereby breached his own duty of procedural fairness. This is certainly the implication from the respondents' arguments, in this context, that the duty of fairness required the Minister to exercise his appointment power in conformity with the principles of natural justice. As *Binnie J.* discusses, however, there is no sound argument in this case that the Minister acted unfairly in the sense of violating his duty of procedural fairness.

46 To conclude, a reviewing court should not, in my view, find too readily that a discretionary decision was patently unreasonable. To do so dilutes the value of the patent unreasonableness standard and promotes inappropriate judicial intervention. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference. This is especially the case where there were few indicators in the enabling legislation of the scope of the power and in an area where this Court has repeatedly counselled deference towards political and other expertise. I do not think that the Minister's appointments demand our intervention.

47 For the reasons given, I would allow this appeal.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

48 **BINNIE J.** — In 1965, the Ontario legislature determined that collective bargaining rights must yield to the paramount needs of patient care. The result is that, at present, to avoid disruption in essential services, about 200,000 hospital and nursing home workers in Ontario and their several hundred employers around the province are required to resolve their differences over wages, benefits and other terms of their collective agreements through

de doute, à la lecture du mémoire des intimés, que ceux-ci prétendaient que si le ministre constituait des conseils qui, en pratique, ne satisferaient pas aux exigences de la justice naturelle, il manquerait, de ce fait, à sa propre obligation d'équité procédurale. Dans ce contexte, l'argumentation des intimés laisse certainement supposer que, de par son obligation d'équité, le ministre devait exercer son pouvoir de désignation conformément aux principes de justice naturelle. Comme l'affirme cependant le juge *Binnie*, rien ne justifie en l'espèce de soutenir que le ministre a agi injustement au sens d'avoir violé l'obligation d'équité procédurale qui lui incombait.

En conclusion, j'estime que le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire ne doit pas conclure trop facilement qu'une décision discrétionnaire était manifestement déraisonnable. Agir de cette façon atténue l'importance de la norme du caractère manifestement déraisonnable et favorise une intervention judiciaire inappropriée. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable. Cela d'autant plus vrai lorsque la loi habilitante comporte peu d'éléments indiquant la portée du pouvoir conféré et lorsqu'il est question d'un domaine où la Cour a conseillé à maintes reprises de faire montre de déférence à l'égard de l'expertise politique et autre. Je ne crois pas que les désignations ministérielles requièrent notre intervention.

Pour les motifs exposés, j'accueillerai le présent pourvoi.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE BINNIE — En 1965, l'Assemblée législative de l'Ontario a décidé que le droit à la négociation collective devait céder le pas aux besoins primordiaux en matière de soins aux malades. Il s'ensuit qu'à l'heure actuelle, pour éviter l'interruption des services essentiels, environ 200 000 employés d'hôpitaux et de maisons de soins infirmiers en Ontario, ainsi que leurs centaines d'employeurs dans la province, sont tenus de soumettre

compulsory arbitration. The Ontario Court of Appeal, in a unanimous judgment, concluded that the appointment by the Minister of Labour of retired judges in February 1998 as chairpersons of the boards of compulsory arbitration could “reasonably be seen as an attempt to seize control of the bargaining process” and “to replace mutually acceptable arbitrators with a class of persons seen to be inimical to the interests of labour” ((2000), 51 O.R. (3d) 417, at para. 101). The Minister, that court concluded, as a member of the provincial government, had a “significant financial interest” in the outcome of the very arbitration whose chairpersons he selected (para. 21). He was ordered not to make any further appointments “unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators” compiled under s. 49(10) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10) (para. 105).

I would dismiss the appeal, albeit for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 (“*HLDA*”), was to provide an adequate substitute for strikes and lockouts. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, “the parties must perceive the system as neutral and credible”. I would reject the unions’ contention that the Minister was required to proceed with the selection of chairpersons by way of “mutual agreement” or from the s. 49(10) roster. Nor do I think that retired judges as a “class” could reasonably be seen as biased against labour. I would nevertheless affirm the fundamental principle underpinning the Court of Appeal’s judgment that the *HLDA* required the Minister to select arbitrators from candidates who were qualified not only by their impartiality, but by their

à l’arbitrage leurs différends relatifs aux salaires, aux avantages sociaux et aux autres conditions de leurs conventions collectives. Dans un arrêt unanime, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la désignation par le ministre du Travail, en février 1998, de juges retraités à la présidence des conseils d’arbitrage obligatoire pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation » et « de substituer aux arbitres acceptables par les parties une catégorie de personnes perçues comme étant hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses » ((2000), 51 O.R. (3d) 417, par. 101). La cour a conclu que le ministre, en sa qualité de membre du gouvernement provincial, avait un [TRADUCTION] « intérêt financier important » dans l’issue des arbitrages mêmes dont il avait choisi les présidents (par. 21). Elle lui a interdit de faire d’autres désignations [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d’arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (par. 105).

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, bien que ce soit pour des motifs différant quelque peu de ceux de la Cour d’appel. Le ministre était tenu, en droit, d’exercer son pouvoir de désignation d’une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L’un des objets fondamentaux de la *Loi sur l’arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« *LACTH* »), était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l’écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Je suis d’avis de rejeter l’argument des syndicats selon lequel le ministre devait choisir les présidents des conseils d’arbitrage d’un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Je ne pense pas non plus que, en tant que « catégorie », les juges retraités puissent raisonnablement être perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Je suis néanmoins d’avis de confirmer le principe fondamental qui sous-tend l’arrêt de la Cour

expertise and general acceptance in the labour relations community.

50 The context here is very important. The *HLDA* is not a broad policy vehicle. The Minister is given a narrow role. He is merely to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement.

51 Given the context of the legislation, reinforced by its background and purpose disclosed in the legislative history, I do not think that any Minister, acting reasonably, could have rejected these limitations on his statutory mandate. His approach to his power of appointment on these occasions was, with respect, patently unreasonable.

I. Facts

A. *The Legislative Framework*

52 The *HLDA* requires the hundreds of hospital boards and nursing homes within Ontario to bargain in good faith with the unions (if any) representing their respective employees to conclude a voluntary collective agreement. In the event the parties fail to reach an acceptable collective agreement, the *HLDA* prohibits strikes or lockouts (s. 11(1)). Compulsory arbitration is imposed (s. 4). It takes place before a single arbitrator if the parties can agree (s. 5(1)), or before an arbitral panel of three members, two of whom are appointed by the parties, and a third member to be chosen by the other two members. If the designated members fail to agree on a third member, the *HLDA* provides in s. 6(5) that “the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act”.

53 A distinction must be drawn between “grievance arbitration”, where the arbitrator(s) are required

d’appel, à savoir que la *LACTH* exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

Le contexte est très important en l’espèce. La *LACTH* n’est pas un instrument d’orientation général. Le ministre se voit confier un rôle limité. Il est simplement substitué aux parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part.

Compte tenu du cadre dans lequel s’inscrit la Loi, que renforcent le contexte et l’objet ressortant de son historique législatif, je ne crois pas qu’un ministre, agissant de manière raisonnable, aurait pu rejeter les limites imposées à son mandat légal. En toute déférence, l’approche qu’il a adoptée relativement à son pouvoir de désignation dans les cas en question était manifestement déraisonnable.

I. Les faits

A. *Le cadre législatif*

Aux termes de la *LACTH*, les centaines de conseils d’hôpitaux et de maisons de soins infirmiers situés en Ontario et les syndicats (s’il en est) représentant leurs employés respectifs sont tenus de négocier de bonne foi afin de conclure de leur plein gré une convention collective. Si les parties ne parviennent pas à conclure une convention collective acceptable, la *LACTH* leur interdit de recourir à la grève ou au lock-out (par. 11(1)) et les oblige à aller en arbitrage (art. 4). L’arbitrage obligatoire se déroule devant un seul arbitre lorsque les parties peuvent s’entendre sur ce point (par. 5(1)), ou devant un conseil d’arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties. Si les membres désignés ne s’entendent pas sur la désignation du troisième membre, le par. 6(5) *LACTH* prévoit que « [l]e ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité. »

Il faut faire la distinction entre les « arbitrages de griefs », où les arbitres doivent interpréter une

to interpret a collective agreement previously arrived at, and “interest arbitration” in which the arbitrator(s) decide upon the terms of the collective agreement itself. The former is adjudicative; the latter is more or less legislative. According to the evidence of Professor Joseph Weiler, who has been actively involved in labour disputes since 1975, experience has shown that successful “interest” arbitrators come to their task familiar with the “current issues in labour relations” and the “bargaining history of the parties to various collective agreements in relevant public sector industries”. Further, “[t]hey are familiar with seniority, compensation and job evaluation systems, work preservation practices, and other work rules. In short, they can readily understand how their judgments in arbitration awards will affect the workplace realities of employees, unions, and management. They do not have to start each arbitration by being ‘educated’ by the parties as to the intricacies of their particular workplaces.”

B. *Legislative History*

Evidence of a statute’s history, including excerpts from the legislative record, is admissible as relevant to the background and purpose of the legislation.

Until 1965, hospital workers in Ontario were covered in the ordinary way by the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202. They had the right to bargain collectively and, if no agreement was made, to strike. In the early 1960s, a significant strike occurred at the Trenton Memorial Hospital, which lasted from October 31, 1963 to February 5, 1964. The attendant controversy, fed by an earlier strike at a Windsor hospital, led to the establishment of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees “to inquire into and report upon the feasibility and desirability of applying compulsory arbitration in the settlement of disputes between Labour and Management over the negotiation and settlement of terms of collective

convention collective déjà conclue, et les « arbitrages de différends », où les arbitres fixent les conditions de la convention collective elle-même. La première forme d’arbitrage est de nature décisionnelle alors que la seconde est de nature plus ou moins législative. Suivant le témoignage du professeur Joseph Weiler qui s’intéresse de près aux conflits de travail depuis 1975, l’expérience démontre que les bons arbitres de « différends » sont bien au fait [TRADUCTION] « des enjeux actuels en matière de relations du travail » et « de l’histoire des négociations menées par les parties à diverses conventions collectives dans des entreprises pertinentes du secteur public ». De plus, [TRADUCTION] « [i]ls ont une bonne connaissance des régimes d’ancienneté, de rémunération et d’évaluation des emplois, des pratiques de maintien des emplois et des autres règles concernant l’exécution du travail. Bref, ils peuvent comprendre facilement l’influence que leurs sentences arbitrales auront sur les réalités du milieu de travail des employés, des syndicats et du patronat. Les parties n’ont pas, au début de chaque arbitrage, à leur “enseigner” les subtilités de leurs milieux de travail particuliers. »

B. *L’historique législatif*

L’historique d’une loi, y compris des extraits du dossier législatif, est admissible en preuve en raison de sa pertinence quant au contexte et à l’objet de cette loi.

Jusqu’en 1965, les employés d’hôpitaux de l’Ontario étaient normalement régis par la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, ch. 202. Ils avaient le droit de négocier collectivement et, à défaut de parvenir à une entente, de faire la grève. Au début des années 60, le Trenton Memorial Hospital a connu une grève importante qui a duré du 31 octobre 1963 au 5 février 1964. La controverse en ayant résulté, alimentée par une grève antérieure dans un hôpital de Windsor, a entraîné la mise sur pied de la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, chargée [TRADUCTION] « [d’]enquêter et [de] faire rapport sur la possibilité et l’opportunité d’assujettir à l’arbitrage obligatoire les différends syndicaux-patronaux qui surviennent en matière de négociation

54

55

agreements affecting hospitals and their employees” (p. 5 of its Report).

56

The Commission, consisting of labour and management representatives and chaired by a County Court judge experienced in labour relations, heard submissions from a wide spectrum of opinions in the labour relations community, including reluctant encouragement towards compulsory arbitration from Professors H. W. Arthurs and J. H. G. Crispo, who wrote (at p. 16 of the Report):

At the present time, unless the parties voluntarily agree to arbitrate their differences, a strike or lockout is the only alternative to settlement. However, hostile community opinion added to the normal risks of economic warfare, may force one party to accept an unjust or unrealistic settlement rather than wage war. The party which yields its just or realistic claim in the public interest is thus unfairly disadvantaged. Such settlements are bound to sow resentment which will yield a rich crop of future antagonisms. In this particular context, compulsory arbitration may actually strengthen collective bargaining.

57

With similar reluctance, a majority of the Commissioners (the labour designate dissenting) recommended compulsory arbitration “when patient care is adversely affected” (p. 50) or either party had been convicted of bad faith bargaining. The reluctance was made explicit in their report (at pp. 43-44):

The members of this Commission have had experience sitting as arbitrators in negotiations disputes where their decisions were binding upon the parties We think it [is] undisputable . . . from our experience that the parties themselves are in a much better position to arrive at a proper and reasonable decision in these contract disputes than a board of arbitration no matter how much evidence the board hears or how carefully it considers the problems with which it is confronted.

58

Concluding, however, that hospitals were in a “special category” like police and firefighters, a majority of the Commissioners recommended the creation of a tripartite board, with representatives

et d’établissement des conditions des conventions collectives touchant les hôpitaux et leurs employés » (p. 5 de son rapport).

La Commission, composée de représentants syndicaux et patronaux et présidée par un juge de comté expérimenté en relations du travail, a entendu des arguments reflétant un large éventail d’opinions répandues dans le milieu des relations du travail, y compris l’appui peu enthousiaste donné à l’arbitrage obligatoire par les professeurs H. W. Arthurs et J. H. G. Crispo, qui ont écrit (à la p. 16 du rapport) :

[TRADUCTION] À l’heure actuelle, à moins que les parties ne conviennent de soumettre leurs différends à l’arbitrage, la grève ou le lock-out constituent la seule possibilité qui s’offre à défaut d’un règlement. L’opinion hostile de la collectivité, conjuguée aux risques normaux d’une lutte économique, peut toutefois forcer une partie à accepter un règlement injuste ou irréaliste au lieu de déclencher une bataille salariale. La partie qui, dans l’intérêt public, abandonne une demande juste et réaliste se trouve donc injustement désavantagée. Ces règlements sèment inévitablement un ressentiment propice au déclenchement de nombreux autres affrontements. Dans ce contexte particulier, l’arbitrage obligatoire peut, en fait, renforcer la négociation collective.

Les commissaires majoritaires (le membre désigné par la partie syndicale étant dissident) ont manifesté la même réticence en recommandant l’arbitrage obligatoire [TRADUCTION] « lorsque les soins apportés aux malades s’en ressentent » (p. 50) ou que l’une ou l’autre partie a été reconnue coupable d’avoir négocié de mauvaise foi. Cette réticence est explicite dans leur rapport (aux p. 43 et 44) :

[TRADUCTION] Les membres de la Commission ont déjà arbitré des différends en matière de négociation où leur décision liaient les parties [. . .] D’après notre expérience, nous croyons qu’il est [. . .] incontestable que les parties elles-mêmes sont beaucoup mieux en mesure qu’un conseil d’arbitrage de régler de manière convenable et raisonnable ces différends en matière de convention collective, et ce, peu importe le nombre de témoignages que le conseil entend ou le soin avec lequel il examine les problèmes qui se posent.

Concluant toutefois que les hôpitaux, comme la police et les pompiers, tombent dans une [TRADUCTION] « catégorie spéciale », les commissaires majoritaires ont recommandé la création d’un

of labour and management, as well as an independent chair, based on the *explicit* assumption that “the nominees of labour and management, presumably knowledgeable in hospital affairs, would be a safeguard against unreasonable awards. Only chairmen experienced in hospital affairs would be appointed” (Report, at p. 51 (emphasis added)).

The Commissioners’ emphasis on industry expertise was echoed in their recommendation to strengthen conciliation services with experienced people (at p. 55):

The conciliation officer and the chairman of the conciliation board should be carefully selected from those qualified and experienced in hospital affairs. This policy, we believe, has been followed by the Department of Labour. [Emphasis added.]

The dissenting member of the Commission stated, somewhat prophetically (at p. 58):

... there is considerable evidence that compulsory arbitration simply cannot be made to work if the parties are not willing that it should.

The government of the day concluded that any strike at a hospital (defined to include nursing homes) must inevitably affect patient care (the “paramount” consideration) and proposed that the *HLDA* extend compulsory arbitration to prohibit all hospital strikes or lockouts, i.e., well beyond the more limited role foreseen in the Commissioners’ recommendations.

In the debate on the bill, the Minister of Labour told the legislature that “[s]ound labour relations are the product of mutual agreement” (*Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, at p. 935). He brushed aside opposition concerns about the possibility a Minister could “pack” an arbitration board, given the

conseil tripartite comprenant un représentant pour chacune des parties syndicale et patronale ainsi qu’un président indépendant, en tenant *explicitement* pour acquis que [TRADUCTION] « les personnes désignées par les parties syndicale et patronale, qui ont vraisemblablement une bonne connaissance du secteur hospitalier, constitueraient un rempart contre les sentences arbitrales déraisonnables. Seules seraient désignées à la présidence des personnes ayant de l’expérience en matière hospitalière » (rapport, p. 51 (je souligne)).

L’insistance des commissaires sur l’expertise en matière hospitalière se retrouve dans leur recommandation de renforcer les services de conciliation en recourant à des personnes expérimentées (à la p. 55) :

[TRADUCTION] Le conciliateur et le président de la commission de conciliation doivent être soigneusement choisis parmi les personnes compétentes qui ont de l’expérience en matière hospitalière. Cette politique a été, croyons-nous, suivie par le ministère du Travail. [Je souligne.]

Le membre dissident de la Commission a affirmé, d’une manière quelque peu prophétique, ce qui suit (à la p. 58) :

[TRADUCTION] ... une preuve abondante indique que l’arbitrage obligatoire ne peut tout simplement pas fonctionner contre le gré des parties.

Le gouvernement de l’époque a conclu que toute grève dans un hôpital (dont la définition inclut les maisons de soins infirmiers) compromet forcément les soins apportés aux malades (l’élément « primordial » devant être pris en considération) et a proposé que la *LACTH* étende l’arbitrage obligatoire de manière à interdire toute grève ou tout lock-out dans les hôpitaux, c’est-à-dire bien au-delà du rôle plus limité que lui réservaient les commissaires dans leur recommandation.

Au cours du débat sur le projet de loi, le ministre du Travail a déclaré à l’Assemblée législative que [TRADUCTION] « [l’]établissement de saines relations du travail repose sur commun accord » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 35, 3^e sess., 27^e lég., 3 mars 1965, p. 935). Il a écarté du revers de la main les craintes de l’opposition qu’un ministre

59

60

61

62

government was a “vitaly interested party financially in labour disputes in hospitals” (*Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, at p. 1497), emphasizing the government’s intention was to protect patients, not employers, and thereby to supplement, not hinder, free collective bargaining. The *HLDA* became law on April 14, 1965.

C. *The 1972 Amendment*

63

Despite the prohibition on strikes and lockouts, problems persisted in the hospital sector. There were threats of strikes and several short walk-outs. A report prepared for the Minister of Labour in 1970 noted that “[t]hese are part of a continuing protest by union members generated by concern over their ability to achieve their bargaining goals while operating under the Act. All unions in the hospital industry are either demanding changes in or abolition of [the *HLDA*]”: K. McLeod, “The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis”, Ontario Department of Labour, Research Branch, November 1970, at p. 1.

64

Delays in making collective agreements were endemic. The Minister proposed a series of amendments to make compulsory arbitration speedier and more effective. Amongst other things, he assured the Legislature that *HLDA* arbitrators would have relevant expertise as well as impartiality, stating “the bill provides for the [arbitration] commission to maintain a list of qualified arbitrators willing to act in hospital cases. This bill will improve the quality of decision-making in these cases by providing a roster of knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector” (*Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, at p. 5760 (emphasis added)). Although s. 6(5) as originally enacted in 1972 included reference to a “register of arbitrators”, the reference was deleted from the *HLDA* in 1980.

puisse « noyauter » un conseil d’arbitrage étant donné que le gouvernement était [TRADUCTION] « une partie ayant un intérêt financier très important dans les conflits de travail en milieu hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 53, 3^e sess., 27^e lég., 22 mars 1965, p. 1497), soulignant que l’intention du gouvernement était de protéger les malades et non les employeurs, et ainsi, de compléter et non d’entraver la libre négociation collective. La *LACTH* a été adoptée le 14 avril 1965.

C. *La modification de 1972*

Malgré l’interdiction des grèves et des lock-out, les problèmes ont persisté dans le secteur hospitalier. Il y eut des menaces de grève et plusieurs débrayages de courte durée. Un rapport préparé, en 1970, pour le ministre du Travail indique que [TRADUCTION] « [c]es tactiques s’inscrivent dans un mouvement continu de protestation des syndiqués, qui découle de leur crainte d’être incapables d’atteindre leurs objectifs de négociation en respectant la Loi. Tous les syndicats du secteur hospitalier demandent de modifier ou d’abolir la [*LACTH*] » (K. McLeod, « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965 : A Statistical Analysis », ministère du Travail de l’Ontario, Direction de la recherche, novembre 1970, p. 1).

Les retards dans la conclusion des conventions collectives étaient endémiques. Le ministre a proposé une série de modifications destinées à accélérer l’arbitrage obligatoire et à en accroître l’efficacité. Il a notamment assuré à l’Assemblée législative que les arbitres désignés en vertu de la *LACTH* seraient impartiaux et auraient l’expertise voulue, déclarant que [TRADUCTION] « le projet de loi prévoit que le conseil [d’arbitrage] dressera une liste d’arbitres compétents disposés à agir dans les affaires mettant en cause des hôpitaux. Ce projet de loi améliorera la qualité du processus décisionnel dans ces cas en prévoyant l’établissement d’une liste d’arbitres compétents qui ont de l’expérience dans le secteur hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 134, 2^e sess., 29^e lég., 14 décembre 1972, p. 5760 (je souligne)). Bien que, dans sa version originale de 1972, le par. 6(5) ait mentionné notamment un « *register of arbitrators* » (registre des arbitres), cette mention a été retirée de la *LACTH* en 1980.

D. 1979 — *The Roster of Arbitrators*

In 1979, the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, was amended to facilitate the approval of qualified arbitrators under what is now s. 49 of the *Labour Relations Act*, 1995 which largely concerns itself with grievance arbitrations, and provides in subs. (10) as follows:

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines. [Emphasis added.]

The Labour Management Advisory Committee (“LMAC”) was duly formed. The Court of Appeal found that, since its inception, LMAC “has ensured that all persons on the list have expertise in the area of labour adjudication and are acceptable to both management and union. In addition to evaluating everyone seeking to be added to the list of arbitrators, LMAC plans and monitors an Arbitrator Development Program. Many persons are required to successfully complete this program before becoming eligible to be placed on the list. LMAC also conducts ongoing reviews of all the arbitrators on the list to ensure their continued acceptability. Its recommendations regarding additions to and removals from the list are invariably accepted by the Minister” (para. 12).

A contentious factual issue is the extent to which successive Ministers of Labour limited their appointments under s. 6(5) of the *HLDA* to the s. 49(10) roster. There is nothing in the legislative history to suggest that the s. 49(10) list under the *Labour Relations Act* was intended by the legislature to substitute for the “register of arbitrators” dropped from the *HLDA* in 1980. However, the unions contend that the third member of “interest” arbitration boards under the *HLDA* ordinarily came from this list, even though the main focus of the roster was

D. 1979 — *La liste d’arbitres*

En 1979, la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, ch. 232, a été modifiée de manière à faciliter l’agrément d’arbitres compétents au sens de la disposition devenue l’art. 49 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, qui traite surtout de l’arbitrage de griefs et prévoit ce qui suit, au par. (10) :

(10) Le ministre peut dresser une liste d’arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d’arbitre et sur les questions relatives à l’arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d’un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité. [Je souligne.]

Le comité consultatif syndical-patronal (« CCSP ») a été dûment constitué. La Cour d’appel a conclu que, depuis sa création, le CCSP [TRADUCTION] « a veillé à ce que toutes les personnes inscrites sur la liste aient une expertise en matière d’arbitrage de conflits de travail et soient acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. En plus d’évaluer chaque personne qui demande à être ajoutée à la liste d’arbitres, le CCSP planifie et supervise un programme de formation des arbitres, que de nombreux candidats doivent suivre et réussir pour pouvoir être inscrits sur la liste. Le CCSP procède également à l’évaluation continue de tous les arbitres inscrits sur la liste afin de s’assurer qu’ils sont toujours acceptables. Ses recommandations concernant des ajouts à la liste ou des retraits de celle-ci sont toujours entérinées par le ministre » (par. 12).

Sur le plan des faits, on ne s’entend pas sur la mesure dans laquelle les ministres du Travail qui se sont succédé ont limité leurs désignations fondées sur le par. 6(5) *LACTH* aux personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Rien dans l’historique législatif n’indique que le législateur a voulu substituer la liste prévue au par. 49(10) de la *Loi sur les relations de travail* au « registre des arbitres » retiré de la *LACTH* en 1980. Les syndicats soutiennent cependant que le troisième membre des conseils d’arbitrage de « différends »

65

66

67

grievance (not interest) arbitrations. The Minister asserts that the roster was only one of many sources from which “interest” arbitrators were appointed. When the text of s. 6(5) was modified in the 1980 consolidation of Ontario statutes, there was no incorporation by reference to s. 49(10). The Court of Appeal, after reviewing the extensive evidentiary record, concluded that: “First, the main purpose of the machinery set up in 1979 was to produce persons qualified to do rights or grievance arbitrations who would be acceptable to both sides. Second, some of the persons so qualified are also skilled in interest arbitration. [Third,] for some years the vast majority of interest arbitrators has been appointed by the Minister or his or her delegate from amongst this second group. [Fourth], those appointed to chair interest arbitrations who were not from the group or roster were persons who were skilled and experienced in interest arbitration and were quite acceptable to the unions involved. They included such persons as Paul Weiler, Ray Illing, former Justice George Adams and [former] Chief Justice Alan Gold” (para. 16).

constitués en vertu de la *LACTH* était habituellement choisi à partir de cette liste, même si celle-ci était destinée principalement aux arbitrages de griefs (et non de différends). Le ministre affirme que la liste n’était qu’un des nombreux moyens utilisés pour désigner les arbitres de « différends ». Lorsque le libellé du par. 6(5) a été modifié dans le cadre de la refonte des lois de l’Ontario en 1980, il n’y a pas eu d’incorporation par renvoi au par. 49(10). Après avoir examiné la preuve abondante versée au dossier, la Cour d’appel a tiré les conclusions suivantes : [TRADUCTION] « Premièrement, le but principal du mécanisme établi en 1979 était de former des personnes compétentes — et acceptables par les deux parties — pour procéder aux arbitrages de droits ou de griefs. Deuxièmement, parmi ces personnes compétentes, il s’en trouve qui sont également qualifiées pour procéder à l’arbitrage de différends. [Troisièmement,] depuis un certain nombre d’années, la grande majorité des arbitres de différends désignés par le ministre ou son délégué provient de ce second groupe de personnes. [Quatrièmement], les personnes désignées pour présider des arbitrages de différends, qui n’appartenaient pas à ce groupe ou qui n’étaient pas inscrites sur la liste, étaient qualifiées et expérimentées en la matière et étaient tout à fait acceptables par les syndicats en cause. Parmi ces personnes, on compte notamment Paul Weiler, Ray Illing, l’ancien juge George Adams et [l’ancien] juge en chef Alan Gold » (par. 16).

68 The evidence showed that in the normal course of government operations, senior officials, acting under delegated authority from the Ministers, would generally identify an appropriate arbitrator. This had the effect of distancing the Minister somewhat from the actual selection process.

La preuve a démontré que, dans le cours normal des activités gouvernementales, les hauts fonctionnaires, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués par les ministres, désignent généralement un arbitre compétent. Cela permet d’établir une certaine distance entre le ministre et le processus de sélection proprement dit.

E. *The 1997 Legislation*

E. *La loi de 1997*

69 Following the election of a new Progressive Conservative government in Ontario in 1995, a massive reorganization of municipalities, school boards, police stations, fire halls and other public sector institutions was undertaken. About 450,000 public sector employees were affected. As then Minister of

L’élection, en 1995, d’un nouveau gouvernement progressiste-conservateur en Ontario, a marqué le début d’une réorganisation majeure des municipalités, des conseils scolaires, des postes de police, des casernes de pompiers et d’autres institutions du secteur public. Environ 450 000 employés du secteur

Labour, Elizabeth Witmer, explained on second reading of Bill 136 on August 25, 1997:

More than 3,300 collective agreements could be part of the transition as municipalities, school boards and health care facilities merge, amalgamate or reorganize. School boards alone will decrease from 129 to just 72 at the beginning of the year. By January 1, Ontario will have reduced its number of municipalities from 815 to about 650, and in Toronto alone the Health Services Restructuring Commission has recommended that the 39 hospitals currently operating in 46 separate facilities be reduced to 24 organizations operating 31 inpatient sites and four outpatient sites.

As you can appreciate, special processes are needed to ensure that these employees, whether they are unionized or not, are treated as fairly as possible as the changes unfold.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11462)

As part of Bill 136, the government proposed the *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* to cover the fire, police and hospital/nursing home sectors. The centrepiece was to be a Dispute Resolution Commission, which the Minister was reported as saying would require members “with expertise in labor relations” (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, at p. B5) including academics and possibly judges. Quite apart from managing the effects of massive restructuring, the Commission was expected to address the problem of delay. The Minister claimed that

[o]n average, arbitrated police agreements are concluded approximately 13 months after the expiry of the previous agreement. In the fire sector the figure is even longer, 20 months, and in the hospital sector agreements are finalized nearly two years after the expiry of a contract. This stands in stark contrast to the private sector where, as I indicated, it is all concluded within four months on average. This means that in some cases

public étaient touchés. Comme l’expliquait la ministre du Travail de l’époque, Elizabeth Witmer, lors de la deuxième lecture du projet de loi 136, le 25 août 1997 :

[TRADUCTION] Plus de 3 300 conventions collectives pourraient être touchées au cours du processus de regroupement, de fusion ou de réorganisation des municipalités, des conseils scolaires et des établissements de santé. Au début de l’année, à eux seuls les conseils scolaires verront leur nombre passer de 129 à 72 seulement. Dès le 1^{er} janvier, l’Ontario aura fait passer de 815 à environ 650 le nombre de ses municipalités, et pour la seule ville de Toronto, la Commission de restructuration des services de santé a recommandé que les 39 hôpitaux qui, à l’heure actuelle, sont exploités dans 46 établissements distincts soient ramenés à 24 organisations exploitant 31 centres pour malades hospitalisés et 4 cliniques de consultation externes.

Comme vous pouvez le constater, des mécanismes spéciaux seront nécessaires pour assurer que ces employés, syndiqués ou non, seront traités aussi équitablement que possible au cours de ces changements.

(Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11462)

Dans le cadre du projet de loi 136, le gouvernement a proposé la *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* destinée à régir les secteurs des incendies et de la police, ainsi que celui des hôpitaux et des maisons de soins infirmiers. L’élément essentiel de cette loi serait la création d’une commission de règlement des différends qui, d’après ce qu’aurait déclaré la ministre, devrait être composée de membres [TRADUCTION] « ayant une expertise en matière de relations du travail » (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5), y compris des professeurs d’université et éventuellement des juges. En plus de gérer les effets d’une restructuration majeure, la commission était censée aborder le problème des délais. La ministre a fait valoir que

[TRADUCTION] [e]n moyenne, la conclusion par voie d’arbitrage des conventions des policiers a lieu environ 13 mois après l’expiration de la convention précédente. En ce qui concerne les pompiers, le délai est même plus long, à savoir 20 mois, et dans le secteur hospitalier, les conventions sont conclues près de deux ans après l’expiration de la convention collective précédente. Cette situation contraste nettement avec celle du secteur privé où,

the employers and unions are learning the final result of an arbitration after the term of the arbitrated contract is over.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11464)

71

Organized labour strongly opposed many aspects of Bill 136 and the respondents in particular dismissed the proposed Dispute Resolution Commission as a move to replace experienced and mutually acceptable interest arbitrators with government-appointed commissioners who lacked independence and impartiality. Union leaders were quoted in the press as saying that a “government-appointed dispute resolution commission would be management-oriented and likely to gut existing contracts” (Canadian Press, September 18, 1997). Massive strike action was threatened. Following negotiations between the government and the unions, the government dropped its proposed Dispute Resolution Commission. On September 23, 1997, during the hearings before the Standing Committee on Resources Development, the Minister announced “a return to the sector-based system of appointing arbitrators” (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, at p. R-2577). The unions took such assurances to mean that the government was going to return to what they claimed to be the *status quo ante*. Thus, in a letter dated January 7, 1998, the President of the Canadian Union of Public Employees (“CUPE”) wrote to the Minister to “confirm” that the unions were to be consulted about the appointments and to request assurances that the government would only choose arbitrators from the s. 49(10) roster. He received no response.

72

On February 2, 1998, the Minister of Labour, now James Flaherty, wrote to the Ontario

comme je l’ai indiqué, tout se règle en moyenne en l’espace de quatre mois. Cela signifie que, dans certains cas, les employeurs et les syndicats prennent connaissance du résultat final d’un arbitrage après l’expiration de la convention collective conclue par voie d’arbitrage.

(Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11464)

Le mouvement syndical s’est fortement opposé à maints éléments du projet de loi 136 et les intimés ont notamment rejeté le projet de création d’une commission de règlement des différends qu’ils percevaient comme une mesure destinée à remplacer des arbitres de différends expérimentés et acceptables par les parties par des commissaires désignés par le gouvernement et dépourvus d’indépendance et d’impartialité. La presse a rapporté les propos de chefs syndicaux selon lesquels [TRADUCTION] « une commission de règlement des différends dont les membres seraient désignés par le gouvernement privilégierait la partie patronale et serait portée à annuler les conventions collectives existantes » (Presse canadienne, 18 septembre 1997). Une menace de grève généralisée planait. À la suite de négociations avec les syndicats, le gouvernement abandonne son projet de création d’une commission de règlement des différends. Le 23 septembre 1997, pendant les audiences du Comité permanent du développement des ressources, le ministre a annoncé [TRADUCTION] « un retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577). Pour les syndicats, cette promesse signifiait que le gouvernement reviendrait à ce qu’ils considéraient comme le statu quo. C’est ainsi que, dans une lettre datée du 7 janvier 1998, le président du Syndicat canadien de la fonction publique (« SCFP ») a « confirmé » au ministre que les syndicats devraient être consultés au sujet des désignations et a sollicité une promesse que le gouvernement ne choisirait les arbitres qu’à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Sa lettre est restée sans réponse.

Le 2 février 1998, le ministre du Travail de l’époque, James Flaherty, écrivait à l’Ontario

Labour-Management Arbitrators' Association to outline the purpose of the changes to Bill 136:

The Act reforms compulsory interest arbitration processes to stress negotiated solutions instead of arbitrated contracts, provide for expedited time lines and alternate dispute resolution mechanisms, and require arbitrators to consider criteria such as the employer's ability to pay, the economic situation in the municipality and province, and the extent to which services may have to be reduced if current funding and taxation levels remain unchanged.

Although the Minister speaks here of "reforms", the legislature did not, in the end, amend the provisions of the *HLDA* at issue in this case.

F. *The Contested Appointments*

Early in 1998, the Minister decided to make his s. 6(5) appointments from amongst retired judges, a possibility earlier signalled to the parties by his predecessor, Elizabeth Witmer, in her June 5, 1997 press interview about the proposed Dispute Resolution Commission. One of the Minister's senior officials testified that he was instructed "to identify retired members of the judiciary who might be available to serve in the capacity of interest arbitrators".

On February 20, 1998, Labour Minister Flaherty appointed four retired judges — the Honourable Mr. Charles Dubin, the Honourable Mr. Lloyd Houlden, the Honourable Mr. Robert Reid and the Honourable Mr. McLeod Craig — to chair boards of interest arbitration to resolve a number of outstanding labour disputes at Ontario hospitals. The judges were not on the s. 49(10) roster, nor were the unions consulted about the appointments. A background statement was issued by the Ministry of Labour on the same day entitled "Interest Arbitration in the Hospital Sector", which noted:

Labour-Management Arbitrators' Association pour lui exposer le but des amendements apportés au projet de loi 136 :

[TRADUCTION] La Loi réforme le processus d'arbitrage obligatoire des différends de manière à privilégier les solutions négociées plutôt que les conventions collectives conclues par voie d'arbitrage, à raccourcir les délais et à établir d'autres mécanismes de règlement des différends, en plus d'obliger les arbitres à tenir compte de critères tels que la capacité de payer de l'employeur, la situation économique de la municipalité et de la province ainsi que la mesure dans laquelle les services peuvent devoir être réduits si les niveaux actuels de financement et de taxation sont maintenus.

Même si le ministre parle ici de « réforme », l'Assemblée législative n'a pas, en fin de compte, modifié les dispositions de la *LACTH* qui sont en cause en l'espèce.

F. *Les désignations contestées*

Au début de 1998, le ministre a décidé de faire ses désignations fondées sur le par. 6(5) parmi des juges retraités, une possibilité que celle qui l'avait précédé, Elizabeth Witmer, avait déjà laissé entrevoir aux parties lors d'une entrevue accordée à la presse, le 5 juin 1997, au sujet du projet de création d'une commission de règlement des différends. Un des hauts fonctionnaires du ministre a témoigné qu'on lui avait demandé [TRADUCTION] « de trouver des membres retraités de la magistrature qui pourraient être disposés à agir en qualité d'arbitres de différends ».

Le 20 février 1998, le ministre du Travail Flaherty a désigné à la présidence de conseils d'arbitrage de différends quatre juges retraités — les honorables Charles Dubin, Lloyd Houlden, Robert Reid et McLeod Craig — qui seraient chargés de résoudre un certain nombre de conflits de travail touchant des hôpitaux ontariens. Ces juges n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) et les syndicats n'avaient pas été consultés au sujet de ces désignations. Un énoncé de données de base, publié le même jour par le ministère du Travail et intitulé « Arbitrage de différends dans le secteur hospitalier », précisait ce qui suit :

73

74

75

During this period of significant restructuring in the broader public sector . . . it is essential that parties to an arbitration have complete confidence in the objectivity and neutrality of arbitrators appointed by the Minister.

On March 10, 1998, the President of the Ontario Federation of Labour (“OFL”) wrote to the Minister alleging that the appointments breached the “understanding” about a return to the *status quo* “without even the pretence of consultation”. Professor Joseph Weiler testified about the negative union reaction to the appointments of retired judges “as a class or group”:

This reaction is not due to the merits of any individual former judge but rather to retired judges as a class or group, given the view and experience of unions concerning the role of the judiciary in labour relations. These retired judges do not have tenure as arbitrators and therefore do not have the kind of independence from government that they previously enjoyed when they served on the bench. They also have no expertise in industrial relations. Certainly they lack the deep and wide experience possessed by arbitrators familiar with the industrial relations community of Ontario.

76 The four judges initially appointed declined to act. The Honourable Charles Dubin, for example, who had for many years acted as counsel to the Ontario Labour Relations Board, wrote to the parties to explain that, while he could not act because his firm had a conflict in the particular case, it was nevertheless his practice not to act as arbitrator unless he could assure himself that “[his] appointment was satisfactory to all parties”. However, a number of other retired judges felt it appropriate to accept the appointments.

77 The unions further complained of a breach of procedural fairness. The Minister, they say, should not have abandoned a practice of delegating the task of the appointments to senior officials without, at least, full consultation.

Au cours de cette importante période de restructuration dans le secteur parapublic [. . .] il est primordial que les parties à l’arbitrage soient entièrement assurées que les arbitres désignés par le ministre agiront de façon objective et impartiale.

Le 10 mars 1998, le président de la Fédération du travail de l’Ontario (« FTO ») a écrit au ministre que ces désignations violaient [TRADUCTION] « [l’]entente » concernant un retour au statu quo « sans qu’on ait même feint de procéder à des consultations ». Le professeur Joseph Weiler a témoigné au sujet de la réaction syndicale négative aux désignations de juges retraités « en tant que catégorie ou groupe » :

[TRADUCTION] Cette réaction est attribuable non pas aux qualités d’un ancien juge en particulier, mais plutôt au fait qu’il s’agit de désignations de juges retraités en tant que catégorie ou groupe, compte tenu de l’opinion et de l’expérience des syndicats concernant le rôle du pouvoir judiciaire dans le domaine des relations du travail. En leur qualité d’arbitres, ces juges retraités ne sont pas inamovibles et ne sont donc pas aussi indépendants du gouvernement qu’ils étaient lorsqu’ils siégeaient comme juges. Ils n’ont également aucune expertise en matière de relations du travail. Ils n’ont sûrement pas la longue et vaste expérience que possèdent les arbitres qui connaissent bien le milieu des relations du travail en Ontario.

Les quatre juges désignés initialement ont refusé d’agir en qualité d’arbitres. Par exemple, l’honorable Charles Dubin qui, pendant de nombreuses années, avait agi comme avocat-conseil auprès de la Commission des relations de travail de l’Ontario a écrit aux parties pour leur expliquer que, même s’il ne pouvait pas agir parce que son cabinet était en conflit dans l’affaire en cause, il avait néanmoins coutume de ne pas agir en qualité d’arbitre à moins de pouvoir s’assurer que [TRADUCTION] « [s]a désignation convenait à toutes les parties ». Un certain nombre d’autres juges retraités ont cependant jugé bon d’accepter les désignations.

Les syndicats se sont en outre plaints d’un manquement à l’équité procédurale. Selon eux, le ministre n’aurait pas dû abandonner la pratique consistant à déléguer à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations, sans avoir au moins procédé à des consultations complètes.

Although the Minister took the view that his new practice of appointing retired judges to chair *HLDA* arbitral boards was entirely neutral, it was apparently welcomed by hospital employers. The Court of Appeal found that “in every arbitration involving CUPE in which a chair had been appointed, the employer requested a new appointment. In all cases, the new appointment was a retired judge. Further, since the Minister began appointing retired judges, employers have advised CUPE that they are not prepared to accept anyone on the roster and have refused to propose names of potential chairs. Consequently, there have been no consensual appointments of chairs in CUPE cases since at least February 1998” (para. 33). This finding laid the basis for the Court of Appeal’s conclusion, as mentioned, that the appointment of retired judges “must reasonably be seen as an attempt to seize control of the [collective] bargaining process” (para. 101).

G. *The Proceedings*

If the unions had sought judicial review of the specific appointments, it would have enabled the courts to deal with the legal issues raised by their challenge (including the independence and impartiality of particular appointees) on a case-by-case basis. Instead, the unions sought general relief by way of the series of general declarations already mentioned. The Minister was agreeable to this somewhat difficult procedure because, as his counsel explained, he did not want to be regarded as throwing technical roadblocks in the path of judicial review of his decisions. He did not, at least in this Court, seek to have the proceedings stopped on the basis of the privative clause in s. 7 of the *HLDA*, perhaps because the challenge related broadly to the appointments process rather than to the composition of particular boards. As counsel for the unions put it in the oral hearing in this Court:

78

Bien que le ministre ait jugé tout à fait neutre sa nouvelle pratique consistant à désigner des juges retraités à la présidence des conseils d’arbitrage formés en vertu de la *LACTH*, cette pratique a apparemment été bien accueillie par les hôpitaux employeurs. La Cour d’appel a conclu que [TRADUCTION] « dans tout arbitrage mettant en cause le SCFP, où un président avait été désigné, l’employeur avait sollicité une nouvelle désignation. Dans tous les cas, la nouvelle désignation était celle d’un juge retraité. En outre, depuis que le ministre a commencé à désigner des juges retraités, les employeurs ont informé le SCFP qu’ils ne sont pas disposés à accepter quiconque est inscrit sur la liste et ont refusé de proposer des noms de candidats potentiels à la présidence. En conséquence, depuis au moins février 1998, il n’y a eu aucune désignation consensuelle de présidents dans les affaires mettant en cause le SCFP » (par. 33). La Cour d’appel s’est fondée sur cette conclusion pour statuer, comme nous l’avons vu, que la désignation de juges retraités [TRADUCTION] « doit raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation [collective] » (par. 101).

G. *Les procédures*

Si les syndicats avaient demandé le contrôle judiciaire des désignations en cause, les tribunaux judiciaires auraient pu aborder, au cas par cas, les questions de droit soulevées par leur contestation (dont celles de l’indépendance et de l’impartialité de certaines personnes désignées). Les syndicats ont plutôt sollicité une réparation globale au moyen de la série de déclarations générales mentionnées précédemment. Le ministre était favorable à cette procédure quelque peu complexe parce que, comme l’a expliqué son avocat, il ne souhaitait pas être perçu comme érigeant des obstacles procéduraux destinés à empêcher le contrôle judiciaire de ses décisions. Il n’a pas, du moins devant notre Cour, invoqué la clause privative de l’art. 7 *LACTH* pour demander l’arrêt des procédures, peut-être parce que la contestation portait sur le processus de désignation en général plutôt que sur la composition de certains conseils. Comme l’a affirmé l’avocat des syndicats lors de l’audience devant la Cour :

79

... it's not that retired judges were appointed. It is that the process by which individuals, who had been identified as mutually acceptable and credible, were, in one fell swoop, removed from participation in the arbitration process, and replaced by an entirely different group of individuals for whom, as the record subsequently established, experience in interest arbitration, experience in labour relations and experience in hospital funding was not a factor, in terms of their appointment.

80 The way these proceedings were formulated creates certain difficulties in the matter of remedy, as discussed below.

H. *The Subsequent Legislation*

81 The parties to the appeal in this Court drew our attention to the *Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001*, S.O. 2001, c. 1, apparently enacted in response to the decision of the Ontario Court of Appeal in this case, which provides in s. 11(4) and (5):

11. . . .

(4) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may appoint a person who,

- (a) has no previous experience as an arbitrator;
- (b) has not previously been or is not recognized as a person mutually acceptable to both trade unions and employers;
- (c) is not a member of a class of persons which has been or is recognized as comprising individuals who are mutually acceptable to both trade unions and employers.

(5) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may depart from any past practice concerning the appointment of arbitrators or chairs of arbitration boards, whether established before or after this Act comes into force, without notice to or consultation with any employers or trade unions.

82 The Minister says the subsequent legislation is irrelevant. The unions say only that this subsequent legislation manifests an explicit legislative intent to exclude the otherwise crucially relevant criteria of expertise and general acceptability. In their view, the new legislation shows the *HLDA* as the Minister would like it to be, but is not. They say the new

[TRANSLATION] ... ce n'est pas le fait d'avoir désigné des juges retraités. C'est la méthode utilisée pour empêcher des personnes reconnues de part et d'autre comme étant acceptables et crédibles de participer au processus d'arbitrage et les remplacer d'un seul coup par un groupe totalement différent de personnes à l'égard desquelles, comme l'a démontré subséquemment le dossier, ni l'expérience en arbitrage de différends ni l'expérience en matière de relations du travail et de financement hospitalier ne comptaient pour qu'elles puissent être désignées.

Comme nous le verrons plus loin, la façon dont ces procédures ont été formulées pose certaines difficultés sur le plan de la réparation.

H. *La mesure législative subséquente*

Les parties au pourvoi devant notre Cour ont attiré notre attention sur la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, apparemment adoptée à la suite de la décision rendue en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario. Cette loi prévoit ceci, aux par. 11(4) et (5) :

11. . . .

(4) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut nommer une personne :

- a) qui n'a pas d'expérience comme arbitre;
- b) qui n'a jamais été reconnue comme une personne acceptable à la fois par les syndicats et les employeurs ou qui n'est pas reconnue comme telle;
- c) qui n'appartient pas à une catégorie de personnes qui a été ou qui est reconnue comme étant composée de particuliers qui sont acceptables à la fois par les syndicats et les employeurs.

(5) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut s'écarter de tout précédent concernant la nomination d'arbitres ou de présidents de conseil d'arbitrage, que ce précédent ait été établi avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, sans préavis et sans consultation de tout employeur ou syndicat.

Le ministre affirme que la mesure législative subséquente n'est pas pertinente. Les syndicats prétendent simplement que cette mesure législative traduit l'intention explicite du législateur d'exclure les critères d'expertise et d'acceptabilité générale qui ont par ailleurs une pertinence cruciale. À leur avis, la nouvelle mesure législative présente la *LACTH*

Act is a clear and unmistakable departure from the *HLDA* statutory scheme at issue in this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14

6...

(5) Where the two members appointed by or on behalf of the parties fail within ten days after the appointment of the second of them to agree upon the third member, notice of such failure shall be given forthwith to the Minister by the parties, the two members or either of them and the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act.

7. Where a person has been appointed as a single arbitrator or the three members have been appointed to a board of arbitration, it shall be presumed conclusively that the board has been established in accordance with this Act and no application shall be made, taken or heard for judicial review or to question the establishment of the board or the appointment of the member or members, or to review, prohibit or restrain any of its proceedings.

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A

49...

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines.

III. Judgments

A. *Ontario Divisional Court* (1999), 117 O.A.C. 340

Southey J. noted that the respondents' claims were based on the Minister's abandonment of the roster, the Minister's personal appointments of chairs of

comme le ministre voudrait qu'elle soit, mais elle n'est pas ainsi. Ils affirment que la nouvelle loi marque une rupture claire et manifeste avec le régime de la *LACTH* qui est en cause dans le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14

6...

(5) Si les deux membres du conseil désignés par les parties ou en leur nom, dans les dix jours de la désignation du deuxième d'entre eux, ne s'entendent pas sur la désignation d'un troisième, les parties, les deux membres du conseil ou l'un d'eux en avisent sans délai le ministre. Le ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité.

7 Si une personne a été désignée arbitre unique ou que les trois membres ont été désignés à un conseil d'arbitrage, la création du conseil est présumée, de façon irréfragable, s'être effectuée conformément à la présente loi. Est irrecevable une requête en révision judiciaire ou une requête en contestation de la création du conseil ou de la désignation de son ou ses membres, ou une requête visant à faire réviser, interdire ou restreindre ses travaux.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A

49...

(10) Le ministre peut dresser une liste d'arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d'arbitre et sur les questions relatives à l'arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d'un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité.

III. Les jugements

A. *Cour divisionnaire de l'Ontario* (1999), 117 O.A.C. 340

Le juge Southey fait observer que les demandes des intimés s'appuyaient sur le fait que le ministre avait abandonné la liste, qu'il avait personnellement

boards, and the Minister's failure to comply with an understanding respecting the appointment process allegedly reached by the parties while amendments to Bill 136 were being discussed. As the respondents had not claimed any breach of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights, he concluded that "actions of the Minister, if authorized by statute, cannot be successfully attacked as being a denial of natural justice or lacking in institutional independence or impartiality" (para. 16). In his view, the actions of the Minister in appointing retired judges to chair arbitration boards fell squarely within the authority given to him by statute.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 51 O.R. (3d) 417

85 Writing for a unanimous Court of Appeal, Austin J.A. for the court stated, at para. 2:

The central issue in this appeal is whether the Minister, in changing the process [i.e., from making appointments from the s. 49 roster], violated the principles of natural justice by interfering with the impartiality and independence of the arbitrators and raising a reasonable apprehension of bias, and/or interfering with the legitimate expectations of the appellants.

86 In answering this question in the affirmative, Austin J.A. observed that the content of collective agreements between union and hospital does not involve "interpretation but rather fundamental matters determining the working conditions of union members. As such they are of vital concern to those members. Such matters are not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

87 Austin J.A. further noted that the government of Ontario has a substantial financial interest in the outcome of the arbitrations. The pre-existing system

désigné les présidents des conseils et qu'il n'avait pas respecté une entente concernant le processus de désignation à laquelle les parties seraient parvenues lors des discussions portant sur les amendements apportés au projet de loi 136. Vu que les intimés n'avaient invoqué aucune violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a conclu que [TRADUCTION] « dans la mesure où le ministre a agi conformément à la loi, ses actes ne peuvent pas être contestés avec succès pour cause de déni de justice naturelle ou d'absence d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle » (par. 16). À son avis, en désignant des juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage, le ministre a clairement agi conformément au pouvoir que lui confère la loi.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 51 O.R. (3d) 417

Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel, le juge Austin affirme ce qui suit, au par. 2 :

[TRADUCTION] La principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si, en modifiant le processus [c'est-à-dire en abandonnant la désignation à partir de la liste dressée en vertu de l'art. 49], le ministre a violé les principes de justice naturelle en compromettant l'impartialité et l'indépendance des arbitres et en suscitant une crainte raisonnable de partialité, ou encore en frustrant les attentes légitimes des appelants.

En répondant par l'affirmative à cette question, le juge Austin a fait remarquer que le contenu d'une convention collective devant être conclue par un syndicat et un hôpital fait non pas intervenir un processus [TRADUCTION] « d'interprétation, mais plutôt des questions fondamentales déterminantes sur le plan des conditions de travail des syndiqués. À ce titre, elles revêtent une importance capitale pour ces syndiqués. De telles questions sont pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (par. 75).

Le juge Austin a ajouté que le gouvernement de l'Ontario a un intérêt financier important dans l'issue des arbitrages. Le système précédent semblait

appeared to have worked reasonably well and must be regarded as having been successful.

In his view, retired judges generally lack the expertise of the prior arbitrators, are not independent, have no security, have no assurance that they will be appointed to future arbitrations, and must decide questions in which the person who appointed them has a substantial financial interest. He held that abandoning the established practice gave rise to a reasonable apprehension of bias and an appearance of interference with the institutional independence and the institutional impartiality of the boards.

Accordingly, the appeal was allowed.

IV. Analysis

The Minister argues that the wording of his power of appointment makes it clear that he and not the courts was intended to have the last word on appointments to chair compulsory arbitration boards in hospital and nursing home disputes. He says that the *HLDA* does not condition his power on following any particular process, and it was open to him, in furtherance of government policy, to proceed as he did. Thus viewed, the central issue in this case is statutory interpretation. The *HLDA* enacts quite a complex scheme that covers 11 pages of the statute book. The s. 6(5) power of appointment is an important element of the scheme, but it is only an element, and the *HLDA*, as any statute, must be read as a whole to ascertain the true legislative intent.

The Minister does not claim an absolute and untrammelled discretion. He recognizes, as Rand J. stated more than 40 years ago in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, that “there is always a perspective within which a statute is intended to operate”.

avoir fonctionné raisonnablement bien et devait être considéré comme ayant donné de bons résultats.

À son avis, les juges retraités n’ont généralement pas l’expertise des anciens arbitres, ne sont pas indépendants, n’ont aucune sécurité ni aucune garantie qu’ils seront désignés pour d’autres arbitrages, et doivent trancher des questions dans lesquelles la personne qui les a désignés a un intérêt financier important. Il a conclu que l’abandon de la pratique établie a suscité une crainte raisonnable de partialité et engendré une apparence d’atteinte à l’indépendance et à l’impartialité institutionnelles des conseils.

En conséquence, l’appel a été accueilli.

IV. Analyse

Le ministre fait valoir que la manière dont est libellé son pouvoir de désignation indique clairement que, dans le cas des différends qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers, c’est lui, et non les tribunaux judiciaires, qui est censé avoir le dernier mot en ce qui concerne les désignations à la présidence des conseils d’arbitrage obligatoire. Selon lui, la *LACTH* ne l’oblige pas à suivre un processus particulier dans l’exercice de son pouvoir, et il pouvait agir comme il l’a fait en appliquant la politique du gouvernement. Vue sous cet angle, la principale question qui se pose en l’espèce est une question d’interprétation législative. La *LACTH* établit un régime assez complexe qui occupe 11 pages du recueil de lois. Le pouvoir de désignation prévu au par. 6(5) est un élément important de ce régime, mais n’est qu’un élément et, comme cela doit être fait pour toute loi, il faut interpréter la *LACTH* dans son ensemble pour déterminer l’intention véritable du législateur.

Le ministre ne prétend pas avoir un pouvoir discrétionnaire absolu et sans entraves. Il reconnaît, comme l’a fait le juge Rand, il y a plus de 40 ans, dans l’arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, qu’[TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique ».

88

89

90

91

92

The decision in *Roncarelli*, despite the many factual differences, foreshadows, in part, the legal controversy in this case. There, as here, the governing statute conferred a broad discretion which the decision maker was accused of exercising to achieve an improper purpose. In that case, the improper purpose was to injure financially (by the cancellation of a liquor licence) a Montreal restaurateur whose activities in support of the Jehovah's Witnesses were regarded by the provincial government as troublesome. Here, the allegations of improper purpose behind the unions' challenge are that the Minister used his power of appointment to influence outcomes rather than process, to protect employers rather than patients, and, as stated by the Court of Appeal, to change the appointments process in a way "reasonably" seen by the unions as "an attempt to seize control of the bargaining process" (para. 101). Still, the Minister points to a number of reasons for his conduct which, unlike the situation in *Roncarelli*, were closely associated with the purpose of the statute, including, in particular, the chronic delay and cost associated with *HLDA* arbitrations. He was looking for "[p]eople who had spent their professional lives as neutrals".

93

The exercise of a discretion, stated Rand J. in *Roncarelli*, "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). Here, as in that case, it is alleged that the decision maker took into account irrelevant considerations (e.g., membership in the "class" of retired judges) and ignored pertinent considerations (e.g., relevant expertise and broad acceptability of a proposed chairperson in the labour relations community).

94

In this case, the "perspective within which a statute is intended to operate" is that of a legislative measure that seeks to achieve industrial peace by substituting compulsory arbitration for the right to strike or lockout. The "perspective" is another way of describing the policy and objects of the statute.

Malgré les nombreuses différences qu'il présente sur le plan des faits, l'arrêt *Roncarelli* laisse présager en partie la controverse juridique en l'espèce. Là comme ici, la loi applicable accordait au décideur un large pouvoir discrétionnaire qu'il était accusé d'avoir exercé dans le but de réaliser un objectif illégitime. Dans cette affaire, l'objectif illégitime était de nuire financièrement (par l'annulation d'un permis d'alcool) à un restaurateur montréalais dont l'appui donné aux Témoins de Jéhovah était mal vu par le gouvernement provincial. En l'espèce, les allégations d'objectif illégitime qui sous-tendent la contestation des syndicats veulent que le ministre se soit servi de son pouvoir de désignation pour influencer les résultats plutôt que le processus, pour protéger les employeurs au lieu des malades et, comme l'a dit la Cour d'appel, pour modifier le processus de désignation d'une façon [TRADUCTION] « raisonnablement » perçue par les syndicats comme étant « une tentative de contrôler le processus de négociation » (par. 101). Le ministre justifie pourtant sa conduite par un certain nombre de raisons qui, contrairement à la situation dans l'affaire *Roncarelli*, avaient un lien étroit avec l'objet de la Loi, dont les délais chroniques et le coût des arbitrages fondés sur la *LACTH*. Il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ».

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, de faire remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli*, [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). En l'espèce, comme dans cette affaire, on allègue que le décideur a pris en considération des éléments non pertinents (par exemple, l'appartenance à la « catégorie » des juges retraités) et qu'il n'a pas tenu compte d'éléments pertinents (tels que l'expertise de la personne proposée à la présidence, et son acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail).

En l'espèce, l'optique dans laquelle la loi est censée s'appliquer est celle d'une mesure législative destinée à maintenir la paix industrielle en substituant l'arbitrage obligatoire au droit de grève ou de lock-out. L'« optique » est une autre façon de décrire la politique générale et les objets de la loi.

In the language of Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030:

. . . if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. [Emphasis added.]

Lord Reid added that “the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court” (p. 1030). See also: *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 56; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 264; D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 13:1221.

This appeal thus brings to the fore the importance of the scheme and purpose of an Act in construing the particular words used by the legislature to disclose its true intent. It also requires us to consider whether the legislative intent disclosed in this case is sufficient to override the principles of natural justice that would otherwise be implied by the courts to limit the discretion of the statutory decision maker, and, if so, in what respect.

A. *Some Preliminary Observations*

Given the range and variety of the unions’ objections, it might be useful to do a little organization at the outset.

Although the net result of a s. 6(5) appointment is the naming of a particular individual as a chairperson, the appointment is inevitably the product of a number of issues or determinations, some of them

Lord Reid s’est exprimé en ces termes dans l’arrêt *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), p. 1030 :

[TRADUCTION] . . . si, parce qu’il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique générale ou les objets de la Loi ou à aller à l’encontre de ceux-ci, alors notre droit accusera une grave lacune si les personnes qui en subissent des préjudices n’ont pas droit à la protection de la cour. [Je souligne.]

Lord Reid a ajouté que [TRADUCTION] « pour déterminer la politique générale et les objets de la Loi, il faut interpréter la Loi dans son ensemble et l’interprétation est toujours une question de droit qui relève de la cour » (p. 1030). Voir aussi : *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 264; D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 13:1221.

Le présent pourvoi fait donc ressortir l’importance de l’économie et de l’objet de la loi lorsqu’il s’agit d’interpréter les termes particuliers que le législateur a utilisés pour exprimer son intention véritable. Il nous oblige également à nous demander si — et le cas échéant, à quel égard — l’intention du législateur exprimée en l’espèce suffit pour l’emporter sur les principes de justice naturelle qui, pour les tribunaux judiciaires, seraient par ailleurs censés limiter le pouvoir discrétionnaire du décideur légal.

A. *Quelques observations préliminaires*

Compte tenu du nombre et de la diversité des objections formulées par les syndicats, il pourrait être utile, au départ, de mettre un peu d’ordre dans tout cela.

Bien qu’elle aboutisse à la nomination d’un président ou d’une présidente, la désignation fondée sur le par. 6(5) est inévitablement le fruit d’un certain nombre de questions ou de décisions, dont

95

96

97

having to do with procedural fairness (e.g., do I first have to consult with the parties?), some of them legal (e.g., to what extent is my choice constrained by the *HLDA*?), some of them factual (e.g., what qualifications am I looking for?), and others of mixed fact and law (e.g., is this individual “qualified” within the range of choice permitted to me by the *HLDA*?). The court’s task on judicial review is not to isolate these issues and subject each of them to differing standards of review. The unions’ attack is properly aimed at the ultimate s. 6(5) appointments themselves. Nevertheless, as a practical matter (and practicality is a welcome virtue in this area of the law), it is convenient to group these issues in order to facilitate the judicial review of the s. 6(5) decision.

98

The first order of business is to examine the legislative scheme of the *HLDA* in general and s. 6(5) in particular. As Beetz J. pointed out, “[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation”: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087 (emphasis deleted), quoting S. A. de Smith, H. Street and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), at p. 558. The court’s mandate on judicial review is to keep the statutory decision maker within the boundaries the legislature intended.

99

In performing that mandate, of course, administrative law supplies certain inferences and presumptions. For example, as this Court recently affirmed in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, at para. 21, “courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal’s process to comport with principles of natural justice”. More broadly, it is presumed that the legislature intended the statutory decision maker to function within the established principles and constraints of administrative law.

certaines ont trait à l’équité procédurale (par exemple, dois-je d’abord consulter les parties?), au droit (par exemple, dans quelle mesure la *LACTH* limite-t-elle le choix que je peux faire?) et aux faits (par exemple, quelle sont les qualifications que je recherche?), alors que d’autres ont un caractère mixte de droit et de fait (par exemple, le candidat en question est-il une personne « compétente » que la *LACTH* m’autorise à choisir?). Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, il n’appartient pas à la cour d’isoler ces questions et d’appliquer à chacune de celles-ci des normes de contrôle différentes. Ce à quoi s’en prennent à juste titre les syndicats, ce sont les désignations mêmes qui, en définitive, sont faites en vertu du par. 6(5). En pratique (le sens pratique étant une vertu appréciée dans ce domaine du droit), il convient néanmoins de regrouper ces questions pour faciliter le contrôle judiciaire de la décision fondée sur le par. 6(5).

La première étape consiste à étudier le régime général établi par la *LACTH* et, plus particulièrement, le par. 6(5) de cette loi. Comme l’a fait observer le juge Beetz dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, en citant l’ouvrage de S. A. de Smith, H. Street et R. Brazier, intitulé *Constitutional and Administrative Law* (4^e éd. 1981), p. 558, [TRADUCTION] « [d]ans une large mesure, l’examen judiciaire d’un acte administratif est une division spécialisée de l’interprétation des lois » (soulignement omis). Le mandat de la cour en matière de contrôle judiciaire consiste à veiller à ce que le décideur légal respecte les limites prévues par le législateur.

Il va sans dire que le droit administratif fournit certaines inférences et présomptions utiles pour exécuter ce mandat. Ainsi, comme la Cour l’affirmait récemment dans l’arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 21, « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle ». De manière plus générale, on présume que l’intention du législateur était que le décideur légal respecte les principes et les contraintes du droit administratif.

The second order of business is to isolate the Minister's acts or omissions relevant to procedural fairness, a broad category which extends to, and to some extent overlaps, the traditional principles of natural justice: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, per Laskin C.J., at p. 325. The unions, for example, question whether the Minister was right to refuse to consult with them before making the appointments. These questions go to the procedural framework within which the Minister made the s. 6(5) appointments, but are distinct from the s. 6(5) appointments themselves. It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the "pragmatic and functional" analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we call the "standard of review".

The third order of business, accordingly, is to determine the degree of judicial deference which, having regard to the *HLDA* and all the relevant circumstances, the Minister is entitled to receive in the exercise of his discretionary s. 6(5) power. In assessing the Minister's appointments, the court may need to take into consideration some of the determinations made by the Minister as input into the exercise of his discretion. For example, if, as I believe, the Minister is entitled to make any appointment that is not patently unreasonable, his interpretation of the scope of his power of appointment under s. 6(5) will affect the reasonableness of his ultimate appointment: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49.

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

La deuxième étape consiste à isoler les actes ou omissions du ministre qui touchent à l'équité procédurale, une catégorie générale qui comprend et, dans une certaine mesure, chevauche les principes traditionnels de la justice naturelle : *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, p. 325, le juge en chef Laskin. Par exemple, les syndicats se demandent si le ministre a eu raison de refuser de les consulter avant de faire les désignations. Ces questions concernent le cadre procédural à l'intérieur duquel le ministre a fait les désignations fondées sur le par. 6(5), sans toutefois porter sur les désignations mêmes qui ont été faites en vertu de ce paragraphe. Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui vise à déterminer le degré de déférence dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l'égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu'on appelle la « norme de contrôle ».

La troisième étape consiste donc à déterminer le degré de déférence judiciaire auquel, compte tenu de la *LACTH* et de toutes les circonstances pertinentes, le ministre a droit dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 6(5). Lorsqu'elle apprécie les désignations ministérielles, la cour peut devoir tenir compte de certaines décisions que le ministre a prises en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Par exemple, si, comme je le crois, le ministre a le droit de faire toute désignation qui n'est pas manifestement déraisonnable, son interprétation de l'étendue du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) influera sur le caractère raisonnable de la désignation qu'il fera en définitive : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49.

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

103

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same “factors” that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are also looked at in considering the “standard of review” of the discretionary decision itself. Thus in *Baker, supra*, a case involving the judicial review of a Minister’s rejection of an application for permanent residence in Canada on human and compassionate grounds, the Court looked at “all the circumstances” on both accounts, but overlapping factors included the nature of the decision being made (procedural fairness, at para. 23; standard of review, at para. 61); the statutory scheme (procedural fairness, at para. 24; standard of review, at para. 60); and the expertise of the decision maker (procedural fairness, at para. 27; standard of review, at para. 59). Other factors, of course, did not overlap. In procedural fairness, for example, the Court was concerned with “the importance of the decision to the individual or individuals affected” (para. 25), whereas determining the standard of review included such factors as the existence of a privative clause (para. 58). The point is that, while there are some common “factors”, the object of the court’s inquiry in each case is different.

B. *Issues*

104

With these preliminary observations, I turn to the issues that arise for determination in the resolution of this appeal:

- (1) the statutory interpretation of s. 6(5) of the *HLDA*;
- (2) procedural fairness issues:
 - (a) the Minister’s alleged lack of impartiality;
 - (b) the Minister’s alleged failure to consult with the unions about the change in the process of appointments;
 - (c) the alleged violation of the doctrine of legitimate expectation in refusing to

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l’équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même. Ainsi, dans l’affaire *Baker*, précitée, qui portait sur le contrôle judiciaire du rejet par le ministre d’une demande de résidence permanente au Canada fondée sur des raisons d’ordre humanitaire, la Cour a examiné « toutes les circonstances » à ces deux égards, mais il y avait chevauchement de certains facteurs, dont la nature de la décision rendue (équité procédurale, par. 23; norme de contrôle, par. 61), le régime législatif (équité procédurale, par. 24; norme de contrôle, par. 60), et l’expertise du décideur (équité procédurale, par. 27; norme de contrôle, par. 59). Il est évident que d’autres facteurs ne se recoupaient pas. En ce qui concerne l’équité procédurale notamment, la Cour s’est intéressée à « l’importance de la décision pour les personnes visées » (par. 25), tandis que, pour déterminer la norme de contrôle applicable, elle a pris en considération des facteurs comme l’existence d’une clause privative (par. 58). Il reste que, même s’il existe certains « facteurs » communs, l’objet de l’examen du tribunal judiciaire diffère d’un cas à l’autre.

B. *Les questions en litige*

Ces observations préliminaires étant faites, j’aborde maintenant les questions qui doivent être tranchées en l’espèce :

- (1) l’interprétation du par. 6(5) *LACTH*;
- (2) les questions d’équité procédurale :
 - a) l’allégation de partialité de la part du ministre;
 - b) l’allégation voulant que le ministre n’ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation;
 - c) l’allégation de violation de la règle de l’expectative légitime en raison du refus

- | | |
|--|--|
| <p>nominate only arbitrators who had been mutually agreed upon;</p> <p>(3) an assessment of the standard of review of the Minister's appointments;</p> <p>(4) when does a decision rise to the level of <i>patent</i> unreasonableness?</p> <p>(5) whether the applicable standard of review was violated by the Minister's rejection of</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) the s. 49(10) list as a requisite of appointment, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) expertise and "broad acceptability within the labour relations community" as criteria for the selection of chairpersons;</p> <p>(6) whether the Court of Appeal erred in finding that the arbitration boards, by reason of the impugned ministerial approach to s. 6(5) appointments, lacked the requisite institutional independence and impartiality;</p> <p>(7) the appropriateness of the remedy granted by the Court of Appeal.</p> | <p>de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s'étaient entendues;</p> <p>(3) l'appréciation de la norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles;</p> <p>(4) quand une décision devient-elle <i>manifestement</i> déraisonnable?</p> <p>(5) la question de savoir si la norme de contrôle applicable a été violée en raison du rejet par le ministre :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) de la liste dressée en vertu du par. 49(10), qui doit être utilisée pour faire des désignations; ou</p> <p style="padding-left: 20px;">b) de l'expertise et de « l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail » comme critères de sélection du président ou de la présidente;</p> <p>(6) la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises;</p> <p>(7) le caractère convenable de la réparation accordée par la Cour d'appel.</p> |
|--|--|

I will deal with each of these issues in turn.

Je vais examiner successivement chacune de ces questions.

105

(1) The Statutory Interpretation of Section 6(5) of the HLDAA

(1) L'interprétation du par. 6(5) LACTH

The appropriate approach to statutory interpretation is that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, frequently cited with approval in this Court, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21 and 23; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33). This contextual approach accords with the previously

En matière d'interprétation législative, il convient d'adopter l'approche suivante : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. La Cour a souvent cité et approuvé ce passage, notamment dans les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 et 23, et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33). Cette

106

mentioned *dictum* of Rand J. in *Roncarelli, supra*, that “there is always a perspective within which a statute is intended [by the legislature] to operate” (p. 140), and Lord Reid’s caution in *Padfield, supra*, that the particular wording of a ministerial power is to be read in light of “the policy and objects of the Act” (p. 1030).

approche contextuelle concorde avec la remarque susmentionnée du juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, selon laquelle [TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique [voulue par le législateur] » (p. 140), et avec la mise en garde de lord Reid dans l’arrêt *Padfield*, précité, voulant que le libellé d’un pouvoir ministériel doive être interprété à la lumière de [TRADUCTION] « la politique générale et [d]es objets de la Loi » (p. 1030).

107 The *HLDA* contemplates the appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act”. The Minister is a senior member of the government with a vital interest in industrial peace in the province. His work in pursuit of that objective in the hospital sector, supported by his officials, should not be micro-managed by the courts. Still, as Rand J. said in *Roncarelli, supra*, at p. 140, the discretionary power is not “absolute and untrammelled”. The discretion is constrained by the scheme and object of the *HLDDA* as a whole, which the legislature intended to serve as a “neutral and credible” substitute for the right to strike and lock-out.

La *LACTH* prévoit la désignation d’« une personne qui, à son avis [c’est-à-dire de l’avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] ». Le ministre est un membre supérieur du gouvernement et a un intérêt essentiel dans le maintien de la paix industrielle dans la province. Les tribunaux judiciaires ne devraient pas intervenir à outrance dans les efforts qu’il déploie, avec l’appui de ses fonctionnaires, pour atteindre cet objectif dans le secteur hospitalier. Pourtant, comme l’a affirmé le juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, p. 140, le pouvoir discrétionnaire n’est pas [TRADUCTION] « absolu et sans entraves ». Ce pouvoir discrétionnaire est limité par l’économie et l’objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d’après l’intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out.

108 Compulsory arbitration is a fairly well-understood beast in the jungle of labour relations. Dickson C.J., dissenting on other grounds in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, pointed out, at p. 380:

Dans la jungle des relations du travail, l’arbitrage obligatoire est une bête que l’on comprend assez bien. Le juge en chef Dickson, dissident pour d’autres motifs dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, a fait remarquer, à la p. 380 :

The purpose of such a mechanism [compulsory arbitration] is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.

Le but d’un tel mécanisme [l’arbitrage obligatoire] est d’assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l’interdiction législative des grèves est compensée par l’accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.

109 Labour arbitration as a dispute-resolution mechanism has traditionally and functionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. The intervener, National Academy of Arbitrators (Canadian Region), contended that “[a]rbitration

L’arbitrage en matière de relations du travail en tant que mécanisme de règlement des différends repose traditionnellement et fonctionnellement sur le consentement, l’arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d’elles. L’intervenante, la National Academy of Arbitrators

which is, or is seen to be, political rather than rigorously quasi-judicial is no longer arbitration". Moreover, the intervener contends:

If arbitrators are, or are perceived to be, a surrogate of either party or of government, or appointed to serve the interests of either party or of government, the system loses the trust and confidence of the parties, elements essential to industrial relations peace and stability. . . . A lack of confidence in arbitration would invite labour unrest and the disruption of services, the very problem impartial interest arbitration was designed to prevent.

As the Ontario legislature has considered the *HLDA* over the years, it has demonstrated an awareness of the fact that workers who feel unfairly treated can manifest their grievances with slow-downs or other job actions, including illegal walk-outs. Ministers emphasized that the purpose of the *HLDA* was to protect patients, not to tilt the balance between employers and employees one way or the other. The "background and purpose" of the *HLDA* includes the 1964 Report of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, which led to the *HLDA*, and recommended that "[o]nly chairmen experienced in hospital affairs would be appointed" (Report, at p. 51). The Minister proposing the 1972 amendment told the Ontario Legislature that the "quality of decision-making" would be improved by "knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector" (*Legislature of Ontario Debates*, December 14, 1972, at p. 5760). The 1979 amendment to the *Labour Relations Act* established what is now renumbered as the s. 49(10) roster of arbitrators who were considered to be impartial and knowledgeable in labour arbitrations (not necessarily hospital matters). Interest arbitrators were frequently, though by no means always, drawn from this roster between the early 1980s and 1997. The anchors that were seen to justify the parties' confidence in *HLDA* arbitrations were impartiality, independence, expertise and general acceptability in the labour relations community. An individual who combines relevant expertise with independence

(Canadian Region), a fait valoir que [TRADUCTION] « [l']arbitrage qui est ou qui est perçu comme étant politique plutôt que rigoureusement quasi judiciaire n'est plus un arbitrage ». L'intervenante ajoute ceci :

[TRADUCTION] Si l'arbitre est l'agent de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement ou s'il est perçu comme tel, ou encore s'il est désigné pour servir les intérêts de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement, le système s'aliène la confiance des parties qui est essentielle à la paix et à la stabilité des relations du travail [. . .] L'absence de confiance dans l'arbitrage entraînerait des conflits de travail et l'interruption des services, lesquels représentent le problème même que l'arbitrage impartial des différends vise à prévenir.

Au fil des ans, l'Assemblée législative de l'Ontario a étudié la *LACTH* et a démontré qu'elle était consciente du fait que des travailleurs qui se sentent injustement traités peuvent exprimer leur mécontentement par des ralentissements de travail ou par d'autres moyens de pression, y compris les débrayages illégaux. Les ministres ont souligné que la *LACTH* avait pour objet de protéger les malades et non de faire pencher la balance en faveur des employeurs ou des employés. Au chapitre « du contexte et de l'objet » de la *LACTH*, il y a le rapport déposé en 1964 par la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and their Employees qui a abouti à la *LACTH* et qui recommandait, à la p. 51, que [TRADUCTION] « [s]eules [soient] désignées à la présidence des personnes ayant de l'expérience en matière hospitalière ». En proposant la modification de 1972, le ministre a affirmé devant l'Assemblée législative de l'Ontario que la désignation [TRADUCTION] « d'arbitres compétents qui ont de l'expérience dans le secteur hospitalier » contribuerait à améliorer la « qualité du processus décisionnel » (*Legislature of Ontario Debates*, 14 décembre 1972, p. 5760). La modification apportée en 1979 à la *Labour Relations Act* a établi la liste — maintenant prévue au par. 49(10) — d'arbitres jugés impartiaux et compétents en matière d'arbitrage de conflits de travail (mais pas nécessairement en matière hospitalière). Depuis le début des années 1980 jusqu'en 1997, les arbitres de différends étaient souvent — quoique pas toujours — choisis à partir de

and impartiality can reasonably be expected to be experienced in the field, thus known to and broadly acceptable to both unions and management.

111 I conclude, therefore, that, although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the legislature intended the Minister, in making his selection, to have regard to relevant labour relations expertise as well as independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. By “general acceptability”, I do not mean that a particular candidate must be acceptable to all parties all the time, or to the parties to a *particular* *HLDA* dispute. I mean only that the candidate has a track record in labour relations and is generally seen in the labour relations community as widely acceptable to both unions and management by reason of his or her independence, neutrality and proven expertise.

112 I do not consider these criteria to be vague or uncertain. The practice of labour relations in this country has developed into a highly sophisticated business. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill these criteria. Some of them not only enjoy national reputations for their skills in resolving industrial conflicts but are retired judges. From the Minister’s perspective, there exists not only a large pool of recognized candidates, but the *HLDA* allows generous latitude to his selection (i.e., a candidate “who is, in the opinion of the Minister, qualified”). The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the *HLDA*’s object and purposes.

cette liste. Les qualités qui semblaient justifier la confiance des parties dans l’arbitrage fondé sur la *LACTH* étaient l’impartialité, l’indépendance, l’expertise et l’acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. On peut raisonnablement s’attendre à ce qu’une personne qui cumule expertise pertinente, indépendance et impartialité ait de l’expérience dans le domaine concerné et qu’elle soit ainsi connue et généralement acceptable tant par les syndicats que par le patronat.

Je conclus donc que, même si le pouvoir conféré au par. 6(5) est énoncé en termes généraux, le législateur a voulu qu’en faisant son choix le ministre prenne en considération l’expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l’indépendance, l’impartialité et l’acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Lorsque je parle d’« acceptabilité générale », je ne veux pas dire que les candidats doivent toujours être acceptables par toutes les parties ou encore par les parties à un différend *particulier* visé par la *LACTH*. J’entends seulement par là que les candidats ont de l’expérience en matière de relations du travail et sont généralement perçus dans le milieu des relations du travail comme jouissant d’une grande acceptabilité auprès des syndicats et du patronat en raison de leur indépendance, de leur neutralité et de leur expertise confirmée.

Je ne considère pas que ces critères sont vagues ou incertains. Les relations du travail au pays sont devenues un domaine très spécialisé. Un grand nombre d’arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ces critères. En plus d’être réputés à l’échelle nationale pour leur aptitude à résoudre des conflits de travail, certains d’entre eux sont des juges retraités. Du point de vue du ministre, non seulement y a-t-il une réserve importante de candidats reconnus, mais encore la *LACTH* lui accorde une grande latitude pour faire son choix (c’est-à-dire pour choisir le candidat « qui, à son avis, est compéten[t] »). Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l’intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d’action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la *LACTH*.

(2) Procedural Fairness

Under this heading, I group the challenges to the Minister's impartiality, the allegation that he violated procedural fairness by allegedly changing the "system" of appointments without prior consultation, and his alleged violation of the doctrine of legitimate expectation.

(a) *Was the Minister Impartial in the Exercise of the Power of Appointment?*

The unions say the Minister could not, as a member of a cost-cutting government, make the appointments impartially. He was therefore disqualified and ought to have delegated the appointments to senior officials.

The Minister says that he is not responsible for health costs or hospital administration. He is, however, a member of Cabinet and committed to government policy which, in 1997, included public sector "rationalization" and pay restraint. He was elected on a platform called "the Common Sense Revolution" and people would reasonably think he was committed to carrying it out.

The Ontario Court of Appeal concluded that the Minister had a "significant and direct interest" in the outcome of the arbitral awards (para. 21). As Austin J.A. pointed out, "[a]pproximately 75 per cent to 80 per cent of hospital budgets relate to labour costs and the government's primary method for controlling expenditures is wage control. Although nursing homes have sources of income that are not available to hospitals, they too are substantially dependent upon the government for funding" (para. 21). The Minister's response is that here, unlike in cases such as *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), at pp. 869-71 and 884, neither he nor his government was a party to hospital sector arbitral proceedings. In the *MacBain* case, the Canadian Human Rights Commission appointed the members of the *ad hoc* tribunal to adjudicate the very dispute between the Commission and the person complained about. The Minister argues that his interest in hospital finance

(2) L'équité procédurale

Je regroupe sous cette rubrique les allégations de partialité de la part du ministre, l'allégation voulant qu'il ait manqué à l'équité procédurale en modifiant le « système » de désignation sans consultation préalable, et l'allégation voulant qu'il ait violé la règle de l'expectative légitime.

a) *Le ministre a-t-il été impartial dans l'exercice de son pouvoir de désignation?*

Les syndicats soutiennent que, à titre de membre d'un gouvernement prônant la réduction des dépenses, le ministre n'était pas en mesure de faire les désignations de manière impartiale. Il était donc inhabile à faire les désignations et il aurait dû confier à des hauts fonctionnaires le soin de le faire à sa place.

Le ministre affirme qu'il n'est responsable ni des coûts en matière de santé ni de l'administration des hôpitaux. Il fait néanmoins partie du Cabinet et est un défenseur de la politique du gouvernement qui, en 1997, consistait notamment à « rationaliser » le secteur public et à contrôler les salaires. Il a été élu en raison de la « Révolution du Bon Sens » qu'il promettait et la population pouvait raisonnablement penser qu'il était résolu à tenir cette promesse.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministre avait un [TRADUCTION] « intérêt important et direct » dans l'issue des arbitrages (par. 21). Comme l'a fait remarquer le juge Austin, [TRADUCTION] « [e]nviron 75 à 80 pour 100 du budget des hôpitaux est consacré à la masse salariale et le contrôle des salaires représente le principal moyen dont le gouvernement dispose pour contrôler les dépenses. Même si les maisons de soins infirmiers ont des sources de revenus dont ne disposent pas les hôpitaux, elles dépendent largement elles aussi du financement gouvernemental » (par. 21). Le ministre répond qu'en l'espèce, contrairement à des affaires comme *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), p. 869-871 et 884, ni lui ni son gouvernement n'ont participé aux procédures d'arbitrage dans le secteur hospitalier. Dans l'affaire *MacBain*, la Commission canadienne des droits de la personne avait désigné les membres du tribunal

113

114

115

116

is not “directly at stake” (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 100) and “too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias” (*Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 891). The local hospital boards could absorb higher unit labour costs by reducing services, thus keeping public funding requirements more or less constant. This approach, I think, is unrealistic. It underestimates the Minister’s collective responsibility with his colleagues at a time of pitched confrontation with the unions over reductions in public sector staffing and financing. At the very least, there was an appearance that he had a significant interest in outcomes as well as process.

ad hoc chargé de se prononcer sur le conflit même qui opposait la Commission à la personne visée par la plainte en question. Le ministre soutient que son intérêt en matière de financement hospitalier n’est pas « directement en jeu » (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 100) et qu’il est « trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité » (*Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 891). Les conseils d’hôpitaux locaux pourraient éponger une hausse des coûts unitaires de main-d’œuvre en réduisant les services, et ainsi stabiliser plus ou moins les besoins de financement public. J’estime que cette approche n’est pas réaliste. Elle sous-estime la solidarité du ministre avec ses collègues à une époque d’affrontements intenses avec les syndicats au sujet des réductions de personnel et de financement dans le secteur public. Le ministre paraissait tout au moins avoir un intérêt important autant dans le processus que dans l’issue du processus.

117

The legal answer to this branch of the unions’ argument, however, is that the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister. Absent a constitutional challenge, a statutory regime expressed in clear and unequivocal language on this specific point prevails over common law principles of natural justice, as recently affirmed by this Court in *Ocean Port Hotel, supra*. In that case, the members of the provincial liquor licensing appeal board, who were empowered to impose penalties on liquor licences for non-compliance with the Act, were appointed to serve “at the pleasure” of the executive. Some licencees successfully argued before the British Columbia Court of Appeal that “at pleasure” appointees lacked the security of tenure necessary to ensure their independence. The Board’s decisions were therefore set aside. On further appeal to this Court, however, it was held, *per* McLachlin C.J., that “like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication” (para. 22 (emphasis added)). Affirming the rule of interpretation that “courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal’s process to comport with principles of natural justice” (para. 21), the Court never-

Cependant, la réponse juridique à ce volet de l’argumentation des syndicats est que le législateur a expressément conféré le pouvoir de désignation au ministre. En l’absence de contestation constitutionnelle, un régime législatif qui porte sur ce sujet précis et qui est énoncé en des termes clairs et non équivoques prime sur les principes de justice naturelle de la common law, comme l’a récemment affirmé notre Cour dans l’arrêt *Ocean Port Hotel*, précité. Dans cette affaire, les membres de la commission d’appel des permis d’alcool provinciale, habilités à infliger des peines aux titulaires de permis d’alcool qui ne se conformaient pas à la Loi, étaient nommés « à titre amovible » par l’exécutif. Certains titulaires de permis ont fait valoir avec succès devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique que les personnes désignées « à titre amovible » étaient privées de l’inamovibilité nécessaire pour garantir leur indépendance. Les décisions de la commission ont donc été annulées. Cependant, à la suite du pourvoi formé devant notre Cour, il a été décidé, sous la plume de la juge en chef McLachlin, que « comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d’indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes expres de la loi ou par déduction nécessaire » (par. 22 (je

theless concluded that “[i]t is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction” (para. 22 (emphasis added)). Further, “[w]here the intention of the legislature, as here, is unequivocal, there is no room to import common law doctrines of independence” (para. 27 (emphasis added)).

The courts will equally give effect in a proper case to exclusion by necessary implication. In *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, for example, the legislature had clearly and unequivocally conferred both investigatory and adjudicative functions on members of the Alberta Securities Commission. In the absence of any constitutional challenge, the Court affirmed that the overlap of functions was permissible, provided the official in question did not go beyond “fulfilling his statutory duties” (p. 315).

Ocean Port Hotel, supra, involved adjudication of licensing violations in the context of government liquor policy. As was stated at para. 33, “[The Board] is first and foremost a licensing body. The suspension complained of was an incident of the Board’s licensing function. . . . The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government.”

Here, the context is quite different. The government has the power to legislate workers back to work but the *HLDA* holds out the promise of a “neutral and credible” process to reconcile the interests of the employer and employees. As arbitrator O. B. Shime observed in *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199, at p. 204:

souligne)). Confirmant la règle d’interprétation selon laquelle « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle » (par. 21), la Cour a néanmoins conclu qu’« [i]l n’est pas loisible à un tribunal judiciaire d’appliquer une règle de common law alors qu’il est en présence d’une directive législative claire » (par. 22 (je souligne)). De plus, « [l]orsque, comme en l’espèce, l’intention du législateur est sans équivoque, il n’y a pas lieu d’importer les théories de common law en matière d’indépendance » (par. 27 (je souligne)).

Lorsque le cas s’y prête, les tribunaux judiciaires appliquent également le principe de l’exclusion par déduction nécessaire. Par exemple, dans l’affaire *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, le législateur avait confié clairement et sans équivoque des fonctions d’enquête et de décision aux membres de l’Alberta Securities Commission. En l’absence de contestation constitutionnelle, la Cour a affirmé que le cumul de fonctions était acceptable pourvu que le fonctionnaire en cause ait seulement « exercé les fonctions que lui impose la loi » (p. 315).

L’arrêt *Ocean Port Hotel*, précité, concernait une décision relative à des violations de permis rendue conformément à une politique gouvernementale en matière d’alcool. Comme le précise le par. 33, « [la] fonction première [de la commission] est l’octroi de permis. La suspension qui a fait l’objet de la plainte se rattachait à l’exercice de cette fonction. [. . .] L’exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial. »

Le contexte en l’espèce est totalement différent. Le gouvernement peut légiférer pour forcer le retour au travail, mais la *LACTH* promet un processus « neutre et crédible » permettant de concilier les intérêts de l’employeur et ceux des employés. Comme l’a fait remarquer l’arbitre O. B. Shime, à la p. 204 de la décision *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199 :

118

119

120

Arbitrator/selectors have always maintained an independence from government policies in public sector wage determinations and have never adopted positions which would in effect make them agents of the government for the purpose of imposing government policy.

[TRANSDUCTION] Les arbitres et les arbitres des dernières offres ont toujours conservé leur indépendance par rapport aux politiques gouvernementales en matière de détermination de la rémunération dans le secteur public, et n'ont jamais adopté un point de vue qui en feraient des mandataires du gouvernement chargés d'appliquer une politique gouvernementale.

121 In the case of tribunals established, as here, to adjudicate "interest" disputes between parties, it is particularly important to insist on clear and unequivocal legislative language before finding a legislative intent to oust the requirement of impartiality either expressly or by necessary implication.

Dans les cas semblables à la présente affaire où des tribunaux administratifs sont constitués pour régler des « différends » entre des parties, il est particulièrement important d'exiger un langage législatif clair et non équivoque pour conclure que le législateur a voulu écarter, soit expressément, soit par déduction nécessaire, l'exigence d'impartialité.

122 In this case, however, the legislature's choice of the Minister as the proper authority to exercise the power of appointment is clear and unequivocal.

En l'espèce, cependant, le choix par le législateur du ministre comme étant la personne compétente pour exercer le pouvoir de désignation est clair et non équivoque.

123 The unions contend that the Minister could have avoided the appearance of a conflict of interest. Over the years, the direct involvement of Ministers in s. 6(5) appointments was somewhat diminished by delegation of the selection of the third arbitrator to a senior public servant, whose recommendation was then, in most cases, accepted by the Minister. An express power of delegation is found in s. 9.2(1), but it is expressed as permissive, not mandatory. The practice of delegation, where followed, may have had as much to do with departmental efficiency as with sensitivity over the Minister's direct involvement. It was not a requirement.

Les syndicats prétendent que le ministre aurait pu éviter l'apparence de conflit d'intérêts. Au fil des ans, la délégation du pouvoir de choisir le troisième arbitre à un haut fonctionnaire dont la recommandation était, dans la plupart des cas, entérinée par le ministre a contribué à diminuer quelque peu la participation directe des ministres aux désignations fondées sur le par. 6(5). Le paragraphe 9.2(1) accorde expressément un pouvoir de délégation, mais celui-ci est énoncé de manière facultative et non impérative. Dans les cas où elle a été suivie, la pratique consistant à déléguer le pouvoir de désignation peut avoir répondu autant à un souci d'efficacité ministérielle qu'à un souci d'éviter la participation directe du ministre. Ce n'était pas une exigence.

124 In some provinces, the selection of a chairperson in public sector labour disputes is distanced from the Minister by being conferred on a Chief Justice or other disinterested authority. See, e.g., *Universities Act*, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e); *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2) and 22(2); and *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2). This was clearly not an option that recommended itself to the Ontario legislature in the case of the *HLDA*.

Dans certaines provinces, on dissocie le ministre du choix d'une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage de conflit de travail dans le secteur public en confiant à un juge en chef ou à une autre personne compétente neutre le soin de l'effectuer. Voir, par exemple, *Universities Act*, R.S.A. 2000, ch. U-3, al. 32e), *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, ch. T-3, par. 17(2) et 22(2), et *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 460, par. 26(2). Le législateur de l'Ontario n'a manifestement pas jugé cette option acceptable dans le cas de la *LACTH*.

Even in 1965, when the *HLDA* was enacted, provincial funding of health care was such that it was anticipated by opposition members of the legislature that Ministers of Labour would be interested (or would at least have the appearance of an interest) in outcomes as well as process. The legislature nevertheless proceeded to confer the power, perhaps to keep the Minister politically accountable for its exercise. For the court to require the Minister to delegate the choice to an official in his Ministry in the face of the text of s. 6(5) would amount, I think, to a judicial amendment of the legislation.

I therefore conclude that the Minister's perceived interest in the outcome of s. 6(5) arbitrations does not bar him from exercising a statutory power of appointment conferred on him in clear and unequivocal language.

(b) *The Minister's Alleged Failure to Consult with the Unions About the Change in the Process of Appointments*

The unions claim that they were the beneficiaries of a long-standing appointments process that was regarded by the parties as entrenched and was unfairly changed "in one fell swoop" to the unions' detriment without notice or consultation. If established, such circumstance might well give rise to a claim of breach of procedural fairness. As stated by Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. . . .

The issue here is consultation. The unions say that when the Minister changed an entrenched appointments process, his decision was of an administrative nature and affected the vital interest of union members, namely the earning of their livelihood. Their interest was not remote, but directly engaged by the selection of those to be put in power

Même en 1965, au moment de l'adoption de la *LACTH*, le financement provincial des soins de santé était tel que les membres de l'opposition à l'Assemblée législative prévoyaient que les ministres du Travail auraient un intérêt (ou du moins l'apparence d'un intérêt) autant dans l'issue du processus que dans le processus même. Le législateur a néanmoins conféré le pouvoir en question, peut-être pour que le ministre demeure politiquement responsable de son exercice. J'estime que, compte tenu du libellé du par. 6(5), il y aurait modification judiciaire de la Loi si un tribunal judiciaire obligeait le ministre à déléguer son pouvoir de désignation à un fonctionnaire de son ministère.

Je conclus donc que la perception selon laquelle le ministre a un intérêt dans l'issue des arbitrages fondés sur le par. 6(5) ne l'empêche pas d'exercer le pouvoir de désignation que la Loi lui confère de manière claire et non équivoque.

b) *L'allégation voulant que le ministre n'ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation*

Les syndicats font valoir qu'ils bénéficiaient depuis longtemps d'un processus de désignation que les parties considéraient comme bien enraciné, et que ce processus a été « d'un seul coup » injustement modifié à leur détriment, sans préavis ni consultation. S'il est établi, ce fait pourrait donner lieu à un recours pour manquement à l'équité procédurale. Comme l'a affirmé le juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653 :

Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . .

C'est la question de la consultation qui est en litige dans la présente affaire. Les syndicats prétendent que, lorsque le ministre a modifié un processus de désignation bien enraciné, sa décision était de nature administrative et touchait l'intérêt essentiel que leurs membres ont à gagner leur vie. Loin d'être éloigné, cet intérêt qu'ils avaient était

125

126

127

128

over the terms of their collective agreement. They consider the situation to be comparable to the facts in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

129

Assuming the existence of a duty to consult in these circumstances, I think it was satisfied. All parties agree that there were extensive meetings at the time of Bill 136. Discussions were intense, sometimes strident, and at the highest levels. Both the Minister of Labour and the Deputy Minister signalled that the appointments process was subject to "reform" and that retired judges were potential candidates for s. 6(5) appointments. The unions made clear their opposition to anything short of a system based on mutual agreement. There was thus some notice of the proposed change and an opportunity to comment. I do not think, as a matter of general legal principle, that s. 6(5) imposed on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration from and after the general consultations in the fall of 1997. There was no history of such consultation in the past. As CUPE's witness Julie Davis testified:

Q. And I take it there that it was understood that it would not be necessary to consult first before appointing someone like Adams or Gold who was not on the list, so long as they had this expertise and wide acceptability?

A. That they could be appointed, yes. We didn't dispute people of that calibre; that's true.

130

It is evident from the cross-examinations filed in this case that the choice of hospital arbitrators was one of the flashpoints of the confrontation from June 1997 to February 1998 and continued to be so after the initial set of appointments of retired judges. The unions did not achieve their objective but they had no difficulty in making themselves heard. There was, with respect

directement touché par le choix des personnes qui exerceraient un pouvoir sur la détermination des conditions de leur convention collective. Ils jugent cette situation comparable aux faits de l'arrêt *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

En supposant qu'une obligation de consulter existe dans ces cas, je crois que l'on s'en est acquitté. Toutes les parties reconnaissent que de nombreuses rencontres ont eu lieu à l'époque du projet de loi 136. Les discussions étaient animées, parfois mouvementées, et ont été tenues aux niveaux les plus élevés. Le ministre du Travail et le sous-ministre ont tous deux indiqué que le processus de désignation faisait l'objet d'une « réforme » et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations fondées sur le par. 6(5). Les syndicats se sont clairement opposés à tout système qui ne serait pas le fruit d'un commun accord. On a donc donné un avis du projet de modification ainsi que l'occasion de le commenter. Je ne pense pas que, depuis les consultations générales de l'automne 1997, le par. 6(5) impose au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et ce, à titre de principe juridique général. Aucune consultation semblable n'avait eu lieu dans le passé. Comme l'a affirmé le témoin du SCFP, Julie Davis :

[TRADUCTION]

Q. Et là j'imagine qu'il était entendu qu'il ne serait pas nécessaire de consulter avant de désigner une personne comme M. Adams ou M. Gold, qui n'était pas inscrite sur la liste, pourvu qu'elle ait cette expertise et qu'elle jouisse d'une grande acceptabilité?

R. Qu'ils pourraient être désignés, oui. Il est vrai qu'on ne contestait pas la désignation de personnes de ce calibre.

Il ressort clairement des contre-interrogatoires déposés en l'espèce que le choix des arbitres dans le secteur hospitalier a été l'un des éléments déclencheurs de l'affrontement qui a duré de juin 1997 à février 1998, et qu'il a continué d'en être ainsi après la première série de désignations de juges retraités. Les syndicats n'ont pas atteint leur objectif, mais ils n'ont eu aucune difficulté à se faire entendre. Il n'y

to the “changed process”, no refusal of consultation.

(c) *The Alleged Violation of the Doctrine of Legitimate Expectation in Refusing to Nominate Only Arbitrators Who Had Been Mutually Agreed Upon*

The doctrine of legitimate expectation is “an extension of the rules of natural justice and procedural fairness”: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. It looks to the conduct of a Minister or other public authority in the exercise of a discretionary power including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified, that has induced in the complainants (here the unions) a reasonable expectation that they will retain a benefit or be consulted before a contrary decision is taken. To be “legitimate”, such expectations must not conflict with a statutory duty. See: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker, supra*; *Mount Sinai, supra*, at para. 29; *Brown and Evans, supra*, at para. 7:2431. Where the conditions for its application are satisfied, the Court may grant appropriate procedural remedies to respond to the “legitimate” expectation.

The Court of Appeal concluded, at para. 105, that “the Minister interfered with the legitimate expectations of the appellants and other affected unions, contrary to the principles and requirements of fairness and natural justice” and ordered the Minister to restrict his appointments to the s. 49(10) roster.

In my view, with respect, the conditions precedent to the application of the doctrine are not established in this case. The evidence of past practice is equivocal, and as a result the evidence of a promise to “return to” past practice is also equivocal. What Minister Elizabeth Witmer meant by “a return to the sector-based system of appointing arbitrators” (*Standing Committee on Resources Development, supra*, at p. R-2577), and what she was understood by the unions to mean, depends on what they now

a eu, au sujet du « processus modifié », aucun refus de procéder à des consultations.

c) *L’allégation de violation de la règle de l’expectative légitime en raison du refus de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s’étaient entendues*

La règle de l’expectative légitime est « le prolongement des règles de justice naturelle et de l’équité procédurale » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557. Elle s’attache à la conduite d’un ministre ou d’une autre autorité publique dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire — y compris les pratiques établies, la conduite ou les affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites — qui a fait naître chez les plaignants (en l’espèce, les syndicats) l’expectative raisonnable qu’ils conserveront un avantage ou qu’ils seront consultés avant que soit rendue une décision contraire. Pour être « légitime », une telle expectative ne doit pas être incompatible avec une obligation imposée par la loi. Voir : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker*, précité; *Mont-Sinaï*, précité, par. 29; *Brown et Evans, op. cit.*, par. 7:2431. Lorsque les conditions d’application de la règle sont remplies, la cour peut accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l’expectative « légitime ».

La Cour d’appel a conclu, au par. 105, que [TRADUCTION] « le ministre a contrecarré les attentes légitimes des appelants et des autres syndicats touchés, contrairement aux principes et aux exigences de l’équité et de la justice naturelle », et lui a ordonné de ne désigner que des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10).

J’estime, en toute déférence, que l’existence des conditions préalables à l’application de cette règle n’est pas établie en l’espèce. La preuve de la pratique suivie antérieurement est équivoque et, partant, la preuve d’une promesse de « retour » à l’ancien système est, elle aussi, équivoque. Ce que la ministre Elizabeth Witmer entendait par [TRADUCTION] « retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (*Comité permanent du développement des ressources, op. cit.*, p. R-2577), et ce que les

131

132

133

say were their respective prior understandings of “the system”. The Minister says the “sector-based system” was the *HLDA*, including the broad latitude afforded to him by s. 6(5). The unions say the “sector-based system” was the s. 49(10) roster.

134

The evidence shows, I think, that the “system” varied, both from Minister to Minister, and during the tenure of particular Ministers. Between 1982 and 1997 (considered by both parties to be the relevant period), the appointments of *HLDA* chairpersons from the s. 49(10) list dropped from 100 percent in 1982/83 to a low of 66 percent in 1985/86 (and 66 percent again in 1986/87). The Deputy Minister testified that “in [1986/87], there were 58 ministerial appointments and of those 19 of the appointees were not on the list and in [1987/88], there were 80 ministerial appointments and 26 were not on the list” (emphasis added). The use of the s. 49(10) roster rose to 98 percent in 1996/97 before dropping back to 90 percent in 1997/98. CUPE witness Julie Davis testified that her union gladly accepted chairpersons such as Harry Waisglass and Ray Illing who were not on the s. 49(10) list:

So we wouldn't have even questioned their appointment, whether they were on the list or not on the list, because we know them to be, as I said, well-respected people who understand workplace issues and labour relations — in a labour relations context and had high credibility in terms of being able to work with workplace parties.

135

As previously noted, there is no mention in the *HLDA* of s. 49(10) even though numerous other sections of the *Labour Relations Act, 1995* are explicitly referenced. Whether or not successive Ministers or their delegates limited themselves to the list seems to have been a matter of policy and individual preference. I agree that the evidence

syndicats ont compris, dépend de la compréhension qu'ils affirment maintenant avoir respectivement eue du « système » dans le passé. Le ministre prétend que le « système sectoriel » était celui de la *LACTH* — avec la grande latitude que lui accorde le par. 6(5). Les syndicats rétorquent que le « système sectoriel » était celui de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

À mon avis, la preuve démontre que le « système » a changé d'un ministre à l'autre, et pendant le mandat de certains ministres. Entre 1982 et 1997 (période que les deux parties jugent pertinente), le pourcentage des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) qui ont été désignées à la présidence de conseils d'arbitrage constitués en application de la *LACTH*, qui était de 100 pour 100 en 1982-1983, est tombé à 66 pour 100 en 1985-1986 (demeurant à 66 pour 100 en 1986-1987). Le sous-ministre a témoigné que, [TRADUCTION] « [en 1986-1987], le ministre a désigné 58 personnes dont 19 n'étaient pas inscrites sur la liste, et [qu'en 1987-1988], il en a désigné 80 dont 26 n'étaient pas inscrites sur la liste » (je souligne). Le pourcentage de cas où la liste dressée en vertu du par. 49(10) a été utilisée a atteint 98 pour 100 en 1996-1997, pour ensuite tomber à 90 pour 100 en 1997-1998. Le témoin du SCFP, Julie Davis, a déclaré que son syndicat avait bien accueilli des présidents comme Harry Waisglass et Ray Illing, qui n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) :

[TRADUCTION] Ainsi, nous n'aurions même pas contesté leur désignation, qu'ils aient ou non figuré sur la liste, parce que nous savons que ce sont, comme je l'ai dit, des personnes très respectées qui comprennent les enjeux du milieu de travail et des relations du travail — dans un contexte de relations du travail, et qui jouissaient d'une grande crédibilité sur le plan de leur capacité de travailler avec les parties en cause.

Comme nous l'avons vu, il n'y a aucune mention du par. 49(10) dans la *LACTH* même si on y trouve des renvois explicites à de nombreux autres articles de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Le fait que les ministres qui se sont succédé ou leurs délégués s'en soient tenus ou ne s'en soient pas tenus à la liste semble avoir été une question de politi-

shows frequent resort of successive Ministers to the s. 49(10) list, but it equally shows considerable variation, which suggests that successive Ministers did not consider such resort to be obligatory. Moreover, as stated, not everyone on the s. 49(10) list, which was addressed primarily to “grievance” arbitrators, was thought by the parties to be suitable for “interest arbitrations”. CUPE’s witness, Julie Davis, in her reply affidavit, affirmed that “we were concerned that the Ministry might appoint arbitrators from the roster who have little or no experience in mediation”. There thus appears to be no compelling basis in the evidence to restrict the *HLDA* to the roster of candidates compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

The evidentiary basis of the unions’ contention that chairpersons were to be selected on the basis of mutual agreement is their contention that the Minister made routine resort to the s. 49(10) roster in which the unions had a voice through LMAC. If, as I have concluded, the s. 49(10) argument does not succeed on the facts, the unions’ related argument that appointments were subject to mutual acceptability falls with it. For reasons already discussed, I believe that s. 6(5) contemplates the appointment of chairpersons broadly acceptable to labour and management, but that is different from the veto claimed by the unions on a case-by-case basis.

The evidence of an alleged promise to return to the *status quo* was equivocal. In her press release dated September 18, 1997, announcing the government’s retreat on Bill 136, the Minister stated:

The union movement has requested a return to the current legislative provision governing the appointment of arbitrators. Our amendments would do that. [Emphasis added.]

que générale et de préférence individuelle. Certes, la preuve démontre que les ministres qui se sont succédé ont souvent eu recours à la liste dressée en vertu du par. 49(10), mais elle témoigne également d’une grande fluctuation qui indique que les ministres ne se considéraient pas tenus d’y recourir. De plus, je le répète, les parties ne considéraient pas que les personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) — qui était destinée surtout à l’arbitrage de « griefs » — étaient toutes aptes à faire des « arbitrages de différends ». Le témoin du SCFP, Julie Davis, a confirmé dans sa réponse sous forme d’affidavit que [TRADUCTION] « nous étions préoccupés par la possibilité que le ministre désigne éventuellement des arbitres inscrits sur la liste qui avaient peu ou pas d’expérience en matière de médiation ». Rien dans la preuve ne semble donc commander de limiter l’application de la *LACTH* à la liste de candidats dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Les syndicats font valoir, à l’appui de leur affirmation selon laquelle les présidents et présidentes devaient être choisis d’un commun accord, que le ministre avait coutume de recourir à la liste dressée en vertu du par. 49(10), au sujet de laquelle ils pouvaient se faire entendre par l’intermédiaire du CCSP. Si, comme je l’ai conclu, l’argument fondé sur le par. 49(10) doit être rejeté à la lumière des faits, l’argument connexe des syndicats selon lequel les désignations devaient être acceptables par les parties échouera également. Pour les motifs déjà exposés, je crois que le par. 6(5) prévoit la désignation de présidents généralement acceptables par les syndicats et le patronat, ce qui est toutefois différent du veto dont les syndicats veulent se prévaloir dans chaque cas.

La preuve qu’il y aurait eu promesse de retour au statu quo était équivoque. Dans le communiqué de presse daté du 18 septembre 1997, où elle annonçait le retrait du projet de loi 136 par le gouvernement, la ministre déclarait :

[TRADUCTION] Le mouvement syndical a demandé le retour à la disposition législative actuelle qui régit la désignation des arbitres. C’est ce que feraient nos modifications. [Je souligne.]

136

137

138 On September 23, 1997, the Minister told the legislative Standing Committee:

After a very productive and lengthy consultation, the government has decided it will not proceed with establishing a dispute resolution commission to conduct interest arbitration in the police, fire and hospital sectors. Instead, the government is proposing a return to the sector-based system of appointing arbitrators to resolve disputes in these three particular areas and reforming the existing arbitration systems as they are set out in the Fire Protection and Prevention Act, the Police Services Act and the Hospital Labour Disputes Arbitration Act. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Resources Development, *supra*, at p. R-2577)

At least to some extent, the Minister gave with one hand (a “return” to the “sector-based system” instead of a Dispute Resolution Commission) what she took away with the other (the existing system would be “reformed”).

139 With respect to meetings between the unions and government representatives at the time of Bill 136, the Deputy Minister of Labour testified:

Union representatives expressed concern at the lack of any assurances about how the appointments would be made. A lengthy and heated discussion took place about this issue. I recall the following exchange between Howard Goldblatt (speaking for the union representatives) and John Lewis and me (speaking for government representatives):

Q: Will you seek our agreement before adding anyone to the pool?

A: No.

Q: Will you consult with us before adding someone to the pool?

A: No.

Q: Let's determine the list of arbitrators right now.

A: No.

140 In her June 5, 1997 press interview, then Minister Witmer had indicated that academics and judges

Le 23 septembre 1997, la ministre déclarait devant le Comité législatif permanent :

[TRADUCTION] Après avoir procédé à une longue et très fructueuse consultation, le gouvernement a décidé de ne pas créer une commission de règlement des différends qui serait chargée d'arbitrer les différends dans les secteurs de la police, des pompiers et des hôpitaux. Le gouvernement propose plutôt un retour au système sectoriel de désignation des arbitres pour régler les différends dans ces trois secteurs particuliers et une réforme des systèmes d'arbitrage existants énoncés dans la Loi sur la prévention et la protection contre l'incendie, la Loi sur les services policiers et la Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux. [Je souligne.]

(Comité permanent du développement des ressources, *op. cit.*, p. R-2577)

La ministre a, dans une certaine mesure du moins, donné d'une main (le « retour » au « système sectoriel » au lieu d'une commission de règlement des différends) ce qu'elle a repris de l'autre (la « réforme » du système existant).

Au sujet des rencontres ayant eu lieu entre les syndicats et les représentants du gouvernement à l'époque du projet de loi 136, le sous-ministre du Travail a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Les représentants syndicaux se sont dits préoccupés par l'absence de promesse concernant le mode de désignation. Une discussion longue et animée a eu lieu à ce sujet. Je me souviens de l'échange suivant entre Howard Goldblatt (au nom des représentants syndicaux) et John Lewis et moi (au nom des représentants du gouvernement) :

Q. Nous demanderez-vous notre accord avant d'ajouter un nom à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Nous consulterez-vous avant d'ajouter une personne à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Dressons immédiatement la liste d'arbitres.

R. Non.

Dans l'entrevue qu'elle accordait à la presse le 5 juin 1997, la ministre Witmer avait indiqué que

might be used to staff the dispute resolution commission (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, p. B5).

The Deputy Minister further testified that in his meetings with union representatives on September 20, 1997, he

expressly stated that union representatives would see some new faces whom they had not seen before. I indicated that my personal best guess was that there would not be many such people, but that union representatives should expect such appointments.

Two possible “new faces” expressly mentioned were George Adams and Alan Gold, both of whom are retired judges.

The unions rely on an alleged “understanding” which was described in a letter to the Minister dated March 10, 1998 from Wayne Samuelson, President of the OFL:

The understanding between labour and government [in the discussions about Bill 136] was that the government would not add to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators without consultation, and would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past, unless the appointment was of an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community. [Emphasis added.]

Apart from whether or not there was such a roster, the importance of this statement by the unions, speaking through the OFL, is that it would be quite acceptable to appoint “an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community” apparently regardless of whether such an individual was on the s. 49(10) list or any other “list”.

On April 6, 1998, Mr. Samuelson of the OFL again wrote to the Minister basing his complaint on the Minister’s statement that:

des professeurs d’université et des juges pourraient éventuellement siéger à la commission de règlement des différends (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5).

Le sous-ministre a ajouté qu’au moment où il avait rencontré les représentants syndicaux le 20 septembre 1997, il avait

[TRADUCTION] précisé que les représentants syndicaux verraient de nouveaux visages qu’ils n’avaient jamais vus auparavant. J’ai indiqué que, d’après moi, il n’y en aurait pas beaucoup, mais que les représentants syndicaux devraient s’attendre à ce genre de désignations.

Les deux « nouveaux visages » possibles, mentionnés expressément, étaient George Adams et Alan Gold, tous deux juges retraités.

Les syndicats s’appuient sur une « entente » qui serait intervenue et que le président de la FTO, Wayne Samuelson, décrit dans une lettre adressée au ministre le 10 mars 1998 :

[TRADUCTION] L’entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement (lors des discussions portant sur le projet de loi 136), prévoyait que le gouvernement n’ajouterait aucun nom, sans consulter, à la liste existante d’arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, et qu’il désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur cette liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends, sauf si la personne désignée possédait une vaste expérience comme arbitre de différends et si elle jouissait d’une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail. [Je souligne.]

Outre la question de savoir si une telle liste existait, l’importance de cette assertion des syndicats faite par l’entremise de la FTO réside dans le fait qu’il serait tout à fait acceptable de désigner « la personne [...] posséd[ant] une vaste expérience comme arbitre de différends et [...] jouiss[ant] d’une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail », peu importe, semble-t-il, que cette personne soit ou non inscrite sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) ou sur toute autre « liste ».

Le 6 avril 1998, M. Samuelson de la FTO a de nouveau écrit au ministre en appuyant sa plainte sur la déclaration du ministre selon laquelle

141

142

143

144

The police and hospital sectors will continue under existing systems for appointment of arbitrators.

According to Mr. Samuelson:

This is as explicit and precise a statement as anyone could have hoped for. Indeed, this is precisely the point raised at our meeting with you at the OFL offices on March 10, 1998, and repeated in my letter to you of the same date, namely, that the understanding between labour and government was that the government would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past.

This resurrects the s. 49(10) roster argument. Mr. Samuelson continued:

We further understood that should the government find it necessary to add further names to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators, it would only appoint persons with broad experience as an arbitrator. Should this latter case be necessary, it was agreed that the government would engage in genuine consultations on the matter.

145

Mr. Samuelson undoubtedly felt betrayed by the turn of events and attempted to make the best of a difficult situation. The evidence in support of the various agreements and “understandings” he alleges is not clear and it is certainly not unqualified or unambiguous. To bind the exercise of the Minister’s discretion the evidence of the promise or undertaking by the Minister or on his behalf must generally be such as, in a private law context, would be sufficiently certain and precise as to give rise to a claim for breach of contract or estoppel by representation: *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), at p. 866, *per* Lord Templeman.

146

In my view, the evidence does not establish a firm “practice” in the past of appointing from a *HLDA* list, or from the s. 49(10) list, or proceeding by way of “mutual agreement”. A general promise “to continue under the existing system” where the reference to the system itself is ambiguous, and in any event

[TRANSDUCTION] [l]es secteurs de la police et des hôpitaux continueront d’être régis par le système existant de désignation des arbitres.

Selon M. Samuelson,

[TRANSDUCTION] [c]’est la déclaration la plus précise et la plus explicite que l’on pouvait espérer. En effet, il s’agit exactement de la question soulevée lors de notre rencontre du 10 mars 1998 dans les bureaux de la FTO, et réitérée dans la lettre que je vous adressais le même jour, à savoir que l’entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement prévoyait que ce dernier désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur la liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends.

Cela a pour effet de raviver l’argument fondé sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Monsieur Samuelson a ajouté :

[TRANSDUCTION] Nous avons en outre compris que, si le gouvernement jugeait nécessaire d’ajouter d’autres noms à la liste existante d’arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, il ne désignerait que les personnes possédant une vaste expérience comme arbitre. Il était entendu que, si cela s’avérait nécessaire, le gouvernement procéderait à de véritables consultations à ce sujet.

Monsieur Samuelson s’est sans doute senti trahi par la tournure des événements et a tenté de tirer le meilleur parti possible de cette situation délicate. La preuve présentée à l’appui des divers accords et « ententes » dont il allègue l’existence n’est pas claire et n’est sûrement pas nette ou explicite non plus. Pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire, la preuve d’un engagement ou d’une promesse de sa part ou de la part d’une autre personne agissant en son nom doit généralement être telle que, dans un contexte de droit privé, elle serait assez indiscutable et précise pour donner lieu à une action pour inexécution de contrat ou à la préclusion résultant d’une affirmation : *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), p. 866, lord Templeman.

À mon avis, la preuve n’établit pas l’existence, dans le passé, d’une « pratique » bien établie consistant à faire les désignations à partir d’une liste dressée en vertu de la *LACTH* ou de celle dressée en vertu du par. 49(10), ou encore à les faire « d’un commun accord ». Une promesse générale de « maintenir le

was stated by the Minister to be subject to reform, cannot bind the Minister's exercise of his or her s. 6(5) discretion as urged by the unions under the doctrine of legitimate expectation.

I therefore turn to the attack on the appointments as such and, as a necessary preliminary step, the determination of the appropriate standard of review.

(3) The Standard of Review of the Minister's Appointments

The Court's response to the unions' challenge to the Minister's appointments will be conditioned in part on the answer to the *Bibeault* question:

Did the legislator intend [*these* appointments] to be within the jurisdiction conferred on the [Minister]?

(*Bibeault*, *supra*, at p. 1087; see also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 16.)

To put the *Bibeault* question in its proper perspective, the courts have enlarged the inquiry beyond the specific formula of words conferring the statutory power. This "pragmatic and functional" approach to ascertain the legislative intent requires an assessment and balancing of relevant factors, including (1) whether the legislation that confers the power contains a privative clause; (2) the relative expertise as between the court and the statutory decision maker; (3) the purpose of the particular provision and the legislation as a whole; and (4) the nature of the question before the decision maker: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30; *Dr Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26; and *Law Society of New Brunswick v.*

système existant » — alors que la mention du système lui-même est ambiguë et que le système était, en tout état de cause, sujet à une réforme, selon le ministre — ne saurait obliger le ministre à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5), comme le font valoir les syndicats, qui invoquent la règle de l'expectative légitime.

J'aborde donc la contestation des désignations proprement dites et, à titre d'étape préliminaire nécessaire, la détermination de la norme de contrôle applicable.

(3) La norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles

La réponse que la Cour donnera à la contestation par les syndicats des désignations ministérielles dépendra en partie de celle donnée à la question posée dans l'arrêt *Bibeault* :

Le législateur a-t-il voulu [que ces désignations] relève[nt] de la compétence conférée au [ministre]?

(*Bibeault*, précité, p. 1087; voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 16.)

Afin de replacer la question de l'arrêt *Bibeault* dans son contexte, les tribunaux judiciaires ont poussé leur examen au-delà de la formulation utilisée pour conférer le pouvoir légal. Cette méthode « pragmatique et fonctionnelle » qui sert à déterminer l'intention du législateur exige l'appréciation et la conciliation de facteurs pertinents, notamment : (1) la présence ou l'absence d'une clause privative dans la loi conférant le pouvoir; (2) l'expertise du tribunal judiciaire relativement à celle du décideur légal; (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble; (4) la nature de la question soumise au décideur : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*,

147

148

149

Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 27. The examination of these four factors, and the “weighing up” of contextual elements to identify the appropriate standard of review, is not a mechanical exercise. Given the immense range of discretionary decision makers and administrative bodies, the test is necessarily flexible, and proceeds by principled analysis rather than categories, seeking the polar star of legislative intent.

150 The Court has also affirmed that the “pragmatic and functional approach” applies to the judicial review not only of administrative tribunals but of decisions of Ministers: *Baker*, *supra*; *Mount Sinai*, *supra*, at para. 54; *Dr. Q*, *supra*, at para. 21; *Ryan*, *supra*, at para. 21.

151 I would affirm at the outset that the precise wording of the power of appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act” (s. 6(5)) is a strong legislative signal, coupled with the privative clause (s. 7), that the Minister is to be afforded a broad latitude in making his selection.

152 The Minister, with the assistance of his officials, knows more about labour relations and its practitioners (including potential arbitrators) than do the courts. The question before him was one of selection amongst candidates he regarded as qualified. These factors call for considerable deference. The Minister says his appointments should be upheld unless they can be shown to be patently unreasonable. As was said in *Mount Sinai*, *supra*, in the concurring reasons, at para. 58:

Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally receive the highest standard of deference, namely patent unreasonableness. This case shows why. The broad regulatory purpose of the ministerial permit is to regulate the provision of health services “in the public interest”. This favours a high degree of deference, as does the expertise of the Minister and his advisors, not to mention the position of the Minister in the upper echelon of decision makers under statutory and prerogative powers.

[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 27. L’examen de ces quatre facteurs, comme l’« évaluation » des éléments contextuels effectuée pour déterminer la norme de contrôle applicable, n’a rien de machinal. Compte tenu de la vaste gamme de décideurs discrectionnaires et d’organismes administratifs, le critère est forcément souple et fait appel à une analyse fondée sur des principes — plutôt qu’à des catégories — pour déterminer l’intention du législateur, qui doit nous guider.

La Cour a également confirmé que « la méthode pragmatique et fonctionnelle » s’applique au contrôle judiciaire des décisions non seulement des tribunaux administratifs mais aussi des ministres : *Baker*, précité; *Mont-Sinaï*, précité, par. 54; *Dr Q*, précité, par. 21; *Ryan*, précité, par. 21.

Je confirme, au départ, que la formulation utilisée pour conférer le pouvoir du ministre de désigner « une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] » (par. 6(5)), combinée à la clause privative (art. 7), est une solide indication du législateur que le ministre doit jouir d’une grande latitude dans l’exercice de son choix.

Le ministre, aidé de ses fonctionnaires, a une meilleure connaissance du domaine des relations du travail et de ses praticiens (y compris les arbitres potentiels) que les tribunaux judiciaires. Il s’agissait pour lui d’exercer un choix parmi les candidats qu’il considérait compétents. Ces facteurs commandent une grande déférence. Le ministre soutient que ses désignations devraient être maintenues à moins qu’on puisse démontrer qu’elles sont manifestement déraisonnables. Comme l’indiquent les motifs concordants de l’arrêt *Mont-Sinaï*, précité, par. 58 :

La norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrectionnaires en contexte administratif. La présente affaire montre pourquoi il doit en être ainsi. Le permis délivré par le ministre a pour objet général de régir la prestation de services de santé conformément à « l’intérêt public ». Cela favorise l’adoption d’une norme de retenue élevée, tout comme le fait l’expertise du ministre et de ses conseillers, sans compter la

The exercise of the power turns on the Minister's appreciation of the public interest, which is a function of public policy in its fullest sense.

Against the strong pull of these factors towards the highest degree of deference, the unions stake their case on the purpose of s. 6(5) and the *HLDA* as a whole. In the weighing-up exercise, they say, the clearest guidance in this case to legislative intent is to focus on the job s. 6(5) was designed to do. The legal context is different from *Mount Sinai*. The Minister is not promulgating broad policy. He is asked to make an appointment which the parties, had they been able to agree, could have made for themselves. The specialized purpose of the *HLDA* — to provide an adequate substitution for strikes and lockouts, and thereby to achieve industrial peace — provides a relatively narrow context, say the unions, within which the words of s. 6(5) must be understood. In this respect, they point to the standard of reasonableness *simpliciter* adopted in *Baker, supra*, at para. 62.

I accept the unions' distinction between this case and *Mount Sinai*, but a ministerial discretion need not be wide open to attract the protection of the patent unreasonableness standard. On the other hand, *Baker* was an unusual case because the decision was effectively delegated to lower ranking officials whose discretion was itself circumscribed in some detail by ministerial guidelines (paras. 13-17); see *Suresh, supra*, at paras. 36-37. It thus provides little authority for withholding the highest standard of deference from appointments that were clearly and unequivocally made by the Minister of Labour himself.

Nor is the Court's recent decision in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, of particular assistance to the unions. In that case, this Court, *per* Arbour J., reviewed "the interpretation given by the [Judicial

position élevée que ce dernier occupe dans la hiérarchie des décideurs qui exercent une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi. L'exercice du pouvoir dépend de ce que le ministre considère être dans l'intérêt public, ce qui est un excellent exemple de mesure touchant l'intérêt public.

À l'argument voulant que ces facteurs commandent fortement le plus haut degré de déférence, les syndicats opposent l'objet du par. 6(5) et de la *LACTH* dans son ensemble. Ils prétendent qu'en procédant à l'évaluation le meilleur moyen de déterminer l'intention du législateur en l'espèce est de se concentrer sur ce que le par. 6(5) avait pour but de réaliser. Le contexte juridique est différent de celui de l'affaire *Mont-Sinai*. Le ministre n'édicte pas une politique générale. On lui demande de faire une désignation que les parties, si elles avaient pu s'entendre, auraient pu faire elles-mêmes. L'objet spécial de la *LACTH* — qui est de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out et de maintenir ainsi la paix industrielle — crée, au dire des syndicats, un contexte relativement étroit dans lequel les termes du par. 6(5) doivent être interprétés. À cet égard, ils attirent l'attention sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* adoptée dans l'arrêt *Baker*, précité, par. 62.

J'accepte la distinction que les syndicats établissent entre la présente affaire et l'affaire *Mont-Sinai*, mais un pouvoir ministériel discrétionnaire n'a pas à être très large pour que la protection de la norme du caractère manifestement déraisonnable s'applique. Par ailleurs, l'affaire *Baker* était inhabituelle du fait que le soin de prendre une décision était délégué, en réalité, à des fonctionnaires subalternes dont le pouvoir discrétionnaire était lui-même assez circonscrit par des lignes directrices du ministère (par. 13-17); voir *Suresh*, précité, par. 36-37. Ainsi, l'arrêt *Mont-Sinai* ne justifie guère le refus d'appliquer la norme de retenue la plus élevée aux désignations faites clairement et sans équivoque par le ministre du Travail lui-même.

L'arrêt récent de notre Cour *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, n'est pas non plus d'un grand secours aux syndicats. Dans cette affaire, la Cour, sous la plume de la juge Arbour, a

153

154

155

Council to the scope of its mandate based on its interpretation of s. 6.11(4) of its enabling statute” according to the reasonableness *simpliciter* standard of review (para. 67). That having been done, however, Arbour J. moved to the “ultimate decision of the Council to recommend the removal”, which she characterized as a question of mixed law and fact, and determined that the appropriate standard of review in *that* respect was patent unreasonableness (paras. 68-69). In that case, the decision maker’s interpretation of its enabling statute had emerged as a distinct issue before all levels of court, and it was convenient to deal with the legal determination and the ultimate decision separately. Here, these issues are bundled.

156 This does not mean, however, that the limited nature of the Minister’s mandate under s. 6(5) will be overlooked in the application of a patent unreasonableness standard. It must be an important factor, in this context, in assessing the reasonableness of his s. 6(5) appointments. As was pointed out in *Canadian Broadcasting Corp., supra, per* Iacobucci J., at para. 49:

While the Board may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole.

In that case a CBC journalist, who was also president of the union representing CBC writers and performers, wrote an anti-free trade article in the union newspaper during the 1988 federal “free trade” election campaign. The CBC claimed that this publication was an act of partisan politics which compromised CBC journalistic ethics. The CBC forced him to choose between on-air journalism and the

examiné, en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, « la façon dont le Conseil [de la magistrature] a conçu la portée de son mandat selon son interprétation du par. 6.11(4) de sa loi habilitante » (par. 67). Toutefois, la juge Arbour s’est ensuite penchée sur la « décision finale du Conseil de recommander la révocation », qu’elle a qualifiée de question mixte de droit et de fait, et a décidé que la norme de contrôle applicable à *cet* égard était celle du caractère manifestement déraisonnable (par. 68-69). Dans cette affaire, l’interprétation que le décideur avait donnée de sa loi habilitante avait été une question distincte devant toutes les instances, et il convenait de traiter séparément la décision portant sur une question de droit et celle qui a été prise en définitive. En l’espèce, ces questions sont groupées.

Toutefois, cela ne signifie pas que, dans l’application de la norme du caractère manifestement déraisonnable, il ne sera pas tenu compte du caractère limité du mandat que le par. 6(5) confie au ministre. Dans ce contexte, il faut accorder de l’importance à ce facteur en appréciant le caractère raisonnable de ses désignations fondées sur le par. 6(5). Comme le juge Iacobucci l’a souligné dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, précité, par. 49 :

Bien que le Conseil puisse être soumis à la norme du caractère correct dans l’interprétation isolée d’une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l’ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l’interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l’effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble.

Dans cette affaire, un journaliste de la SRC, également président du syndicat représentant les auteurs et les artistes, était l’auteur d’un article contre le libre-échange paru dans le bulletin du syndicat, au cours de la campagne électorale fédérale de 1988 qui avait été axée notamment sur le libre-échange. La SRC a prétendu que cette publication constituait un acte de politique partisane

presidency of the union. He chose journalism. The union complained about the CBC's conduct to the Canada Labour Relations Board. In assessing the union's complaint, the Board was required to consider the CBC's mandate set out in the *Broadcasting Act* (an "external" statute). On an application for judicial review to the Federal Court of Appeal, the Board's interpretation of the *Broadcasting Act* was an issue bound up with its determination of an unfair labour practice under s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code* (the Board's "enabling" statute). The Court treated the first issue as input to the second issue, which was in fact the decision sought to be judicially reviewed.

I conclude, therefore, that the answer to the *Bibeault* question in this case is that the legislature intended the Minister's s. 6(5) appointments to prevail unless his selection is shown to be patently unreasonable.

(4) When Does a Decision Rise to the Level of Patent Unreasonableness?

On what basis can the Minister's appointments be said not only to depart from a reasonableness standard, but to fail even the most deferential standard of *patent unreasonableness*?

In *Southam, supra*, Iacobucci J. described, at para. 57, how reasonableness *simpliciter* differs from patent unreasonableness:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is

qui allait à l'encontre de son code de déontologie journalistique. Forcée par la SRC à choisir entre son poste de journaliste à la radio et la présidence du syndicat, la personne en question a opté pour le journalisme. Le syndicat s'est plaint de la conduite de la SRC auprès du Conseil canadien des relations du travail. En examinant la plainte du syndicat, le Conseil devait tenir compte du mandat de la SRC énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion* (une loi « non constitutive »). Lors d'une demande de contrôle judiciaire adressée à la Cour d'appel fédérale, la question de l'interprétation que le Conseil avait donnée de la *Loi sur la radiodiffusion* était liée à sa décision — fondée sur l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail* (la loi « habilitante » du Conseil) — qu'il y avait eu pratique déloyale. La cour a considéré que la première question était utile pour trancher la seconde question qui était, en réalité, la décision visée par la demande de contrôle judiciaire.

Je conclus donc que la réponse qui doit être donnée, en l'espèce, à la question de l'arrêt *Bibeault* est que le législateur a voulu que les désignations ministérielles fondées sur le par. 6(5) soient maintenues, sauf s'il est démontré que le ministre a fait un choix manifestement déraisonnable.

(4) Quand une décision devient-elle manifestement déraisonnable?

Comment peut-on dire que les désignations ministérielles s'écartent non seulement de la norme de la décision raisonnable, mais encore qu'elles ne satisfont même pas à la norme du caractère *manifestement* déraisonnable qui commande la plus grande déférence?

Dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, le juge Iacobucci a décrit ainsi la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable :

La différence entre « déraisonnable » et « manifestement déraisonnable » réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour

157

158

159

unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, “[i]n the Shorter Oxford English Dictionary ‘patently’, an adverb, is defined as ‘openly, evidently, clearly’”. This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. . . . But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident.

160 The Court recently returned to the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness in *Ryan*, at para. 52:

In *Southam*, *supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted “in the immediacy or obviousness of the defect”. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

161 The term “patent unreasonableness” predates *Bibeault* (1988), and the birth of the pragmatic and functional approach: see *Service Employees’ International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. It was intended to identify a highly deferential standard of review to protect administrative decision makers from excessive judicial intervention. In that sense, it was incorporated as the most deferential standard in the subsequent case law: see, e.g., *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Baker*, *supra*, at para. 56, and *Suresh*, *supra*, at para. 29. Patent unreasonableness simply

déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l’a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, « [d]ans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini: “Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente” ». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu’il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d’être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. [. . .] Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira.

La Cour est revenue récemment, dans l’arrêt *Ryan*, précité, par. 52, sur la distinction entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu’un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

L’expression « décision (ou caractère) manifestement déraisonnable » est plus ancienne que l’arrêt *Bibeault* (1988) et l’analyse pragmatique et fonctionnelle : voir *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Elle devait servir à décrire une norme de contrôle commandant une très grande déférence qui permettrait de soustraire les instances décisionnelles administratives à l’intervention excessive des tribunaux judiciaires. C’est dans ce sens que la jurisprudence subséquente en a fait la norme commandant la plus grande déférence : voir, par exemple,

identifies the point where, as stated in *Ryan, supra*, “no amount of curial deference can justify letting [the decision] stand” (para. 52).

When reviewing a decision on the less deferential reasonableness *simpliciter* standard, judges may obviously have to let stand what they perceive to be an incorrect decision.

If we could conclude on this record that different Ministers of Labour, acting reasonably, could have come to different conclusions about the need for expertise and general acceptability in the labour relations community to chair *HLDA* boards, and that this Minister’s approach was within such a range of reasonable opinions, we would be guided by the legislative intent, as assessed under the pragmatic and functional test, to defer to his choices.

However, applying the more deferential patent unreasonableness standard, a judge should intervene if persuaded that there is no room for reasonable disagreement as to the decision maker’s failure to comply with the legislative intent. In a sense, like the correctness standard, the patently unreasonable standard admits only one answer. A correctness approach means that there is only one proper answer. A patently unreasonable one means that there could have been many appropriate answers, but not the one reached by the decision maker.

A patently unreasonable appointment, then, is one whose defect is “immedia[te] or obviou[s]” (*Southam, supra*, at para. 57), and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker*, précité, par. 56; *Suresh*, précité, par. 29. Le caractère manifestement déraisonnable décrit simplement le point où, comme le précise l’arrêt *Ryan*, précité, « aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de [. . .] maintenir [la décision] » (par. 52).

Lorsqu’ils contrôlent une décision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* qui commande moins de déférence, les juges peuvent évidemment devoir maintenir une décision qu’ils considèrent incorrecte.

Si, à la lecture du dossier, nous pouvions conclure, d’une part, que différents ministres du Travail, agissant raisonnablement, auraient pu arriver à différentes conclusions sur la nécessité de satisfaire à des critères d’expertise et d’acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail pour pouvoir présider un conseil établi en vertu de la *LACTH*, et d’autre part, que l’approche adoptée, en l’espèce, par le ministre se situait dans cette fourchette d’opinions raisonnables, alors le recours à la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer l’intention du législateur nous amènerait à nous en remettre aux choix qu’il a faits.

Cependant, lorsqu’il applique la norme du caractère manifestement déraisonnable qui commande plus de déférence, le juge doit intervenir s’il est convaincu qu’il n’y a pas de place pour un désaccord raisonnable concernant l’omission du décideur de respecter l’intention du législateur. Dans un sens, une seule réponse est possible tant selon la norme de la décision correcte que selon celle du caractère manifestement déraisonnable. La méthode de la décision correcte signifie qu’il n’y a qu’une seule réponse appropriée. La méthode du caractère manifestement déraisonnable signifie que de nombreuses réponses appropriées étaient possibles, sauf celle donnée par le décideur.

Une désignation manifestement déraisonnable est donc celle qui comporte un défaut « flagrant ou évident » (*Southam*, précité, par. 57) et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution

162

163

164

165

amount of curial deference can properly justify letting it stand (*Ryan, supra*, at para. 52).

(5) Were the Minister's Appointments Challenged in This Case Patently Unreasonable?

166

Under this heading, I group the unions' two-pronged attack on the substance of the Minister's appointments, namely (a) that he did not restrict himself to the list of arbitrators established under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*, and (b) that he rejected labour relations expertise and broad acceptability within the labour relations community as criteria for selection of chairpersons.

(a) *The Minister Did Not Restrict His Selections to the Section 49(10) List*

167

The Court of Appeal prohibited the Minister making s. 6(5) appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" (para. 105). It seems the court was referring to the s. 49(10) list.

168

In a preceding discussion, I concluded that the Minister was not required, by reason of the doctrine of legitimate expectation, to limit his appointments to the s. 49(10) list, but the question at this later stage is whether it was patently unreasonable of him, as a matter of law, not to do so.

169

The principal CUPE witness, Julie Davis, in cross-examination, conceded that some of the arbitrators who are in fact on the s. 49(10) list were unacceptable to her union. The witness for the respondent Service Employees International Union, Marcelle Goldenberg, went even further in her affidavit:

It is my understanding that a significant number of all arbitrators on the [s. 49(10)] roster (including both those who were required to complete the Arbitrator Development Program and those who were placed

l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier logiquement de la maintenir (*Ryan*, précité, par. 52).

(5) Les désignations ministérielles contestées en l'espèce étaient-elles manifestement déraisonnables?

Sous cette rubrique, je vais examiner les deux arguments de fond que les syndicats ont invoqués à l'encontre des désignations ministérielles, à savoir a) que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, et b) qu'il a rejeté l'expertise en matière de relations du travail et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail comme critères de sélection des présidents ou présidentes.

a) *Le ministre ne s'en est pas tenu à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix*

La Cour d'appel a interdit au ministre de faire des désignations fondées sur le par. 6(5) [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail » (par. 105). La cour semblait alors parler de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

J'ai conclu précédemment que la règle de l'expectative légitime, n'obligeait pas le ministre à s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses désignations, mais la question à cette étape-ci est de savoir si, en droit, il était manifestement déraisonnable qu'il ne le fasse pas.

Le principal témoin du SCFP, Julie Davis, a reconnu en contre-interrogatoire que certains arbitres effectivement inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) étaient inacceptables par son syndicat. Marcelle Goldenberg, témoin de l'intimée l'Union internationale des employés des services, est même allée plus loin dans son affidavit :

[TRADUCTION] Si je comprends bien, un nombre important d'arbitres inscrits sur la liste [dressée en vertu du par. 49(10)] (y compris ceux qui ont dû suivre et réussir le programme de formation des arbitres et ceux qui ont

directly on the roster) fail to meet the criteria of acceptability at their first review [four years after appointment] and are purged from the list.

Just as being on the s. 49(10) list is no guarantee of acceptability, so the unions' acceptance of non-s. 49(10) candidates, including Professor Weiler and Ray Illing, confirm the reasonableness of the Minister's view that candidates can qualify for s. 6(5) appointments without being on the s. 49(10) list.

The unions, speaking through the OFL, said that they would be satisfied with any individual "who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community" (see para. 142 above). It would not be at all unreasonable for the Minister to adopt the same position. The Minister, accordingly, cannot be faulted for refusing to limit his selection to the s. 49(10) roster.

(b) *Rejecting the Criteria of "Labour Relations Expertise and Broad Acceptability Within the Labour Relations Community"*

Earlier in these reasons, I referred to Justice Rand's *dictum* in *Roncarelli* that the exercise of a discretion "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). I propose briefly to supplement that *dictum* by reference to our more recent case law, then consider it in relation to the test for "patent unreasonableness" on the facts of this case.

(i) Exclusion from Consideration of Relevant Criteria

The principle that a statutory decision maker is required to take into consideration relevant criteria, as well as to exclude from consideration

été inscrits directement sur la liste) ne satisfont pas aux critères d'acceptabilité au moment de leur première évaluation [quatre ans après leur désignation] et sont rayés de la liste.

Tout comme le seul fait d'être inscrit sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) n'est pas une garantie d'acceptabilité, l'acceptation par les syndicats de candidats non inscrits sur cette liste, dont le professeur Weiler et Ray Illing, confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) peuvent tout de même remplir les conditions requises pour être désignés en vertu du par. 6(5).

Les syndicats, par l'intermédiaire de la FTO, ont déclaré que toute personne [TRADUCTION] « posséd[ant] une vaste expérience comme arbitre de différends et [. . .] jouiss[ant] d'une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail » leur conviendrait (voir par. 142 ci-dessus). Il ne serait nullement déraisonnable que le ministre soit du même avis. En conséquence, on ne saurait reprocher au ministre d'avoir refusé de s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix.

(b) *Le rejet des critères « d'expertise en matière de relations du travail et d'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail »*

Plus tôt dans les présents motifs, j'ai mentionné la remarque du juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli*, selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). Je me propose de compléter brièvement cette remarque par un renvoi à notre jurisprudence plus récente, pour ensuite l'examiner en fonction du critère du « caractère manifestement déraisonnable » et à la lumière des faits de la présente affaire.

(i) L'exclusion de critères pertinents comme facteurs à prendre en considération

Le principe voulant que le décideur légal soit tenu de prendre en considération les critères pertinents, tout comme il se doit d'exclure ceux qui ne

170

171

172

irrelevant criteria, has been reaffirmed on numerous occasions. In *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164, the issue was whether a municipal Council erred in refusing to consider an application for the subdivision of some land prone to flooding. Although the Council had considered that fact, it failed to consider the severity of those floods and excluded consideration of any possible solutions to the problem. Wilson J. stated, at pp. 174-75:

More specifically, was [the Council] entitled to consider the potential flooding problem and make it the ground of its decision to refuse approval of the subdivision? As Rand J. said in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, any discretionary administrative decision must "be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration". For the reasons already given I am of the view that the Council was entitled to take the flooding problem into consideration. The issue does not, however, end there. As Lord Denning pointed out in *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, at p. 693, the failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. . . . The respondent municipality, therefore, must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.

173 Again, in *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1191, Wilson J. noted:

It is, however, well established today that a statutory power to make regulations is not unfettered. It is constrained by the policies and objectives inherent in the enabling statute. A power to regulate is not a power to prohibit. It cannot be used to frustrate the very legislative scheme under which the power is conferred.

174 In my view, as will be seen, the appointment of retired judges as a class to chair *HLDA* arbitration boards had the effect of frustrating "the very

le sont pas, a été réitéré à maintes reprises. Dans l'arrêt *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, il s'agissait de déterminer si un conseil municipal avait commis une erreur en refusant d'étudier une demande de lotissement de terres inondables. Bien que le conseil ait tenu compte de ce fait, il n'avait pas considéré la gravité des inondations et avait exclu toute solution possible au problème comme facteur à prendre en considération. La juge Wilson a affirmé, aux p. 174-175 :

Plus précisément, le conseil était-il autorisé à tenir compte de la possibilité d'inondations et à fonder sur cette possibilité sa décision de rejeter la demande d'autorisation de lotissement? Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140, toute décision administrative résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit [TRADUCTION] « se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de cette administration ». Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que le conseil avait le droit de tenir compte du problème posé par la possibilité d'inondations. Cela ne règle toutefois pas le litige. Comme lord Denning l'a affirmé dans l'arrêt *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, à la p. 693, l'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur étranger à l'affaire. [. . .] Il faut donc non seulement que la municipalité intimée ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi.

Puis, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la juge Wilson a fait observer, à la p. 1191 :

Toutefois, il est bien établi de nos jours qu'un pouvoir légal de réglementation n'est pas illimité. Il est limité par les politiques et les objectifs inhérents à la loi habilitante. Un pouvoir de réglementation n'est pas un pouvoir d'interdiction. Il ne saurait être utilisé pour contrecarrer l'économie même de la loi qui le confère.

J'estime, comme nous le verrons, que la désignation de juges retraités, en tant que catégorie, à la présidence de conseils d'arbitrage établis en vertu de la

legislative scheme under which the power is conferred". See also *Baker*, *supra*, at para. 73.

More recently, in *Suresh*, at paras. 37-38, the Court restated this basic principle of administrative law:

Baker does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors. . . .

. . . The court's task, if called upon to review the Minister's decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution. If the Minister has considered the appropriate factors in conformity with these constraints, the court must uphold his decision. It cannot set it aside even if it would have weighed the factors differently and arrived at a different conclusion. [Emphasis added.]

In applying the *patent* unreasonableness test, we are not to reweigh the factors. But we are entitled to have regard to the importance of the factors that have been excluded altogether from consideration. Not every relevant factor excluded by the Minister from his consideration will be fatal under the *patent* unreasonableness standard. The problem here, as stated, is that the Minister expressly excluded factors that were not only relevant but went straight to the heart of the *HLDA* legislative scheme.

(ii) Application of These Principles to the Facts of This Case

The task before the arbitration boards was not to apply existing collective agreements to a fact situation (as in a grievance arbitration) but to write the essential and most controversial terms of the collective agreement itself. The need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour to the Ontario legislature since the *HLDA* was

LACTH a eu pour effet de contrecarrer « l'économie même de la loi qui [. . .] confère le [pouvoir] ». Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 73.

Plus récemment, dans l'arrêt *Suresh*, précité, par. 37-38, notre Cour a réitéré ce principe fondamental du droit administratif :

[L'arrêt *Baker*] n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l'omission d'un délégué du ministre de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents . . .

. . . Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution. Si le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et respecté ces limites, le tribunal doit confirmer sa décision. Il ne peut l'annuler, même s'il aurait évalué les facteurs différemment et serait arrivé à une autre conclusion. [Je souligne.]

En appliquant le critère du caractère *manifestement* déraisonnable, nous ne devons pas réévaluer les facteurs en cause. Nous avons cependant le droit de tenir compte de l'importance des facteurs qui ont été totalement soustraits à la prise en considération. Selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, les facteurs pertinents que le ministre n'a pas voulu prendre en considération n'ont pas tous un effet irrémédiable. Comme nous l'avons vu, le problème qui se pose en l'espèce est que le ministre a expressément exclu des facteurs qui étaient non seulement pertinents, mais qui allaient directement au cœur du régime de la *LACTH*.

(ii) Application de ces principes aux faits de la présente affaire

Les conseils d'arbitrage devaient non pas appliquer des conventions collectives existantes à une situation de fait (comme dans le cas de l'arbitrage de griefs), mais plutôt rédiger les conditions essentielles les plus controversées de la convention collective elle-même. Depuis l'adoption de la *LACTH* en 1965 et de ses diverses modifications subséquentes, les ministres du Travail qui se sont succédé à l'Assemblée législative de l'Ontario ont

175

176

177

introduced in 1965, and its various amendments thereafter.

178 I do not impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history. He himself aptly summarized the legislative intent when he wrote on February 2, 1998 that "the parties must perceive the [*HLDA*] system as neutral and credible" (emphasis added).

179 His reading of the legislative intent is reinforced by the evidence of practice and experience in the labour relations field. I accept, as did the Court of Appeal, the testimony in this respect of Professor Joseph Weiler, whose affidavit was filed on behalf of the unions (at para. 36):

The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security, but by training, experience and mutual acceptability. [Emphasis added.]

180 I agree too with the observation of the Ontario Court of Appeal in this case that the matters before a *HLDA* "interest" arbitration were "not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

181 Given the role and function of the *HLDA*, as confirmed by its legislative history, we look in vain for some indication in the record that the Minister was alive to these labour relations requirements.

182 Instead, there is an active disclaimer of any such requirement, by the Minister's senior advisor charged with the search for retired judges, who made clear in his cross-examination the Minister's rejection of both expertise and broad acceptability as qualifications:

Q. And you didn't ask about any experience in the health care field?

constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale.

Je ne suppose pas que le ministre avait une connaissance de l'historique de la *LACTH*. Il a lui-même bien résumé l'intention du législateur lorsqu'il a écrit, le 2 février 1998, que [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système [établi par la *LACTH*] comme étant neutre et crédible » (je souligne).

Son interprétation de l'intention du législateur est renforcée par la preuve de la pratique et de l'expérience dans le domaine des relations du travail. À l'instar de la Cour d'appel, j'accepte le témoignage fait à cet égard par le professeur Joseph Weiler, qui a déposé son affidavit au nom des syndicats (au par. 36) :

[TRADUCTION] L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. [Je souligne.]

Je souscris également à l'observation de la Cour d'appel de l'Ontario, en l'espèce, voulant que les questions soumises à un conseil d'arbitrage de « différends » soient [TRADUCTION] « pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (par. 75).

Compte tenu du rôle et de la fonction de la *LACTH*, que confirme son historique législatif, rien dans le dossier n'indique d'une manière ou d'une autre que le ministre était au fait de ces exigences en matière de relations du travail.

Au contraire, le conseiller principal du ministre, chargé de trouver des juges retraités, a nié énergiquement l'existence de telles exigences et a clairement affirmé, en contre-interrogatoire, que le ministre rejetait l'expertise et l'acceptabilité générale comme qualifications requises :

[TRADUCTION]

Q. Et vous n'avez pas posé de questions au sujet d'une expérience dans le domaine des soins de santé?

A. No. This was not about finding people who had any past experience, relationships or — we weren't trying to come through to find people who would understand —

Q. Anything to do with the health field?

A. The health field or the labour field through some past involvement.

We were looking for neutral decision makers to provide mediation and arbitration.

I accept as correct the Minister's February 2, 1998 statement that the *HLDA* process must be "perceive[d] . . . as neutral and credible". I also accept that neutrality, and the perception of neutrality, is bound up with an arbitrator's "training, experience and mutual acceptability" (as Professor Weiler testified). I conclude as well that the Minister's approach was antithetical to credibility because he excluded key criteria (labour relations expertise and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience) which, while relevant, was not sufficient to comply with his legislative mandate even as he, in his February 2, 1998 letter, defined his mandate.

Speaking broadly, "the perspective" within which the *HLDA* was intended by the legislature to operate (*Roncarelli*, at p. 140) is to secure industrial peace in hospitals and nursing homes. The *HLDA* imposes a compulsory yet mutually tolerable procedure (if properly administered) to resolve the differences between employers and employees without disrupting patient care. In that context, appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as broadly acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. In my view, with respect, having regard to what I believe to be the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable.

R. Non. Il ne s'agissait pas de trouver des gens qui avaient de l'expérience, des relations ou — nous ne tentions pas de trouver des gens qui comprendraient —

Q. Quelque chose à voir avec le domaine de la santé?

R. Le domaine de la santé ou le domaine des relations du travail en raison d'une participation antérieure.

Nous cherchions des décideurs neutres qui feraient de la médiation et de l'arbitrage.

Je considère juste l'affirmation du ministre datée du 2 février 1998, selon laquelle le processus établi par la *LACTH* doit être [TRADUCTION] « per[çu] [. . .] comme étant neutre et crédible ». Je conviens également que la neutralité — et la perception de neutralité — dépend [TRADUCTION] « [de la] formation, [de l']expérience et [de l']acceptabilité [d'un arbitre] par les parties » (comme l'a témoigné le professeur Weiler). Je conclus aussi que l'approche adoptée par le ministre était l'antithèse de la crédibilité du fait qu'il a exclu des critères clés (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur a substitué un autre critère (expérience judiciaire antérieure) qui, bien que pertinent, ne permettait pas au ministre de se conformer à son mandat législatif, même selon la définition qu'il en donne dans sa lettre du 2 février 1998.

De manière générale, [TRADUCTION] « l'optique » dans laquelle le législateur a voulu que la *LACTH* s'applique (*Roncarelli*, précité, p. 140) est de maintenir la paix industrielle dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers. La *LACTH* prescrit une procédure — obligatoire mais néanmoins tolérable par les parties (si elle est bien suivie) — de règlement des différends entre les employeurs et les employés, sans qu'il y ait interruption des soins aux malades. Dans ce contexte, la désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. J'estime, en toute déférence, que, compte tenu de ce que je crois être l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable.

183

184

185

This is not to say that specific s. 6(5) appointees of the Minister do not also possess labour relations expertise and broad acceptability, coincidentally as it were, despite the Minister's documented lack of interest in these qualifications. We would properly exercise our discretion to decline to interfere, as did the Court of Appeal, with such (coincidentally) appropriate appointments. Thus the qualifications of specific s. 6(5) appointees will, if challenged, have to be assessed on a case-by-case basis. I will discuss this point further when I come to the issue of remedy.

(6) Did the Court of Appeal Err in Finding that the Arbitration Boards, By Reason of the Impugned Ministerial Approach to Section 6(5) Appointments, Lacked the Requisite Institutional Independence and Impartiality?

186

Having determined that the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable on other grounds, it is not, strictly speaking, necessary to address this further ground of appeal. I do so, however, for two reasons. Firstly, it is on this ground that the Court of Appeal granted the following declaration:

1. THIS COURT DECLARES that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration established under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDA"), contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice.

187

Secondly, as will be seen when I address the issue of remedy, I propose to leave open (as did the Court of Appeal) the possibility of specific challenges by the parties to particular s. 6(5) appointments on a case-by-case basis. I would not want our Court's silence on this ground of attack, in light of its acceptance by the Court of Appeal, to encourage (or prolong) further litigation on this point. The parties have fought the issue of the independence

Malgré le manque d'intérêt attesté du ministre pour ces qualifications, cela ne veut pas dire que les personnes désignées par le ministre en application du par. 6(5) n'ont pas non plus une expertise en matière de relations du travail et ne jouissent pas d'une acceptabilité générale, car il s'en trouve parmi elles qui remplissent ces conditions. Dans l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire, nous pourrions légitimement refuser, comme l'a fait la Cour d'appel, d'intervenir à l'égard de ces désignations (par hasard) appropriées. Par conséquent, si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées en vertu du par. 6(5) devront être évaluées cas par cas. Je m'attarderai davantage sur ce point au moment d'examiner la question de la réparation.

(6) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises?

Après avoir décidé que l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable pour d'autres motifs, il n'est pas nécessaire, à vrai dire, d'examiner cet autre moyen d'appel. Je le fais toutefois pour deux raisons. En premier lieu, c'est pour ce motif que la Cour d'appel a rendu le jugement déclaratoire suivant :

[TRADUCTION] 1. LA COUR DÉCLARE que le ministre a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage établis en vertu de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« LACTH »), contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle.

En second lieu, comme nous le verrons lorsque j'examinerai la question de la réparation, je propose (comme l'a fait la Cour d'appel) de laisser aux parties la possibilité de contester expressément, cas par cas, certaines désignations fondées sur le par. 6(5). Cependant, je ne voudrais pas que, compte tenu de l'acceptation par la Cour d'appel de ce moyen de contestation, le fait que notre Cour ne se prononce sur ce moyen contribue à encourager (ou à

and impartiality of the resulting arbitration boards, which is an objection generic to all of the impugned s. 6(5) appointments, for almost four years. Now that the issue has arrived at this Court, where it was fully argued, we should, I think, provide as much help as we can to assist the parties to resolve their outstanding differences without prolonging the delay and expense.

The unions contend that the appointment of retired judges created arbitration boards that were neither impartial nor independent of the Minister, and that s. 6(5) did not authorize appointments that resulted in a tribunal that failed to meet the minimum standards of natural justice.

It is now clear that the independence as well as the impartiality of the decision maker is a component of natural justice: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at p. 332, *per* Gonthier J.; *Matsqui Indian Band*, *supra*, at para. 79, *per* Lamer C.J.; and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 283-84. As the purpose of the independence requirement is to establish a protected platform for impartial decision making, I will deal first with this objection.

(a) *Institutional Independence*

The *HLDA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. The unions argue that such boards, in the context of “interest arbitrators”, are flawed because they lack the usual indices of institutional independence such as security of tenure, financial security and administrative independence that rest on “objective conditions or guarantees”: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 115. However, as explained above, the Court cannot substitute a different tribunal for the one designed by the legislature. An *ad hoc* tribunal is by definition constituted on a case-by-case

prolonger) un autre litige à cet égard. Les parties se livrent bataille, depuis presque quatre ans, sur la question de l’indépendance et de l’impartialité des conseils d’arbitrage constitués de la manière reprochée, cette question constituant l’objection commune à toutes les désignations contestées qui ont été faites en vertu du par. 6(5). Maintenant que cette question a été soumise à notre Cour, où elle a été débattue à fond, j’estime que nous devrions aider, autant que possible, les parties à résoudre leurs divergences d’opinions sans prolonger les délais ni poursuivre les dépenses.

Les syndicats soutiennent que la désignation de juges retraités a engendré des conseils d’arbitrage qui n’étaient ni impartiaux ni indépendants du ministre, et que le par. 6(5) n’autorisait pas les désignations menant à la constitution d’un tribunal administratif ne respectant pas les normes minimales de justice naturelle.

Il est maintenant évident que l’indépendance et l’impartialité du décideur sont des composantes de la justice naturelle : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 332, le juge Gonthier; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 79, le juge en chef Lamer; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 283-284. Je vais d’abord examiner l’objection fondée sur l’exigence d’indépendance, étant donné que cette exigence vise à établir un écran de protection favorisant la prise de décisions impartiales.

a) *L’indépendance institutionnelle*

La *LACTH* commande le recours à des conseils d’arbitrage *ad hoc*. Les syndicats soutiennent que, dans le cas des « arbitres de différends », de tels conseils sont viciés parce qu’ils sont dépourvus des signes habituels d’indépendance institutionnelle comme l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative qui reposent sur des « conditions ou garanties objectives » : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 115. Cependant, comme je l’expliquais plus haut, la Cour ne peut pas substituer un autre tribunal administratif à celui conçu par le législateur. Par

188

189

190

basis. Security of tenure does not survive the termination of the arbitration, and financial security is similarly circumscribed. Administrative independence has little formal protection. Professional labour arbitrators (including those on the s. 49(10) list) function successfully in such a structure even though there may be no guarantee of continuing work from any particular employer or union.

191 In addition to the *HLDA*'s statutory command, the Court's assessment of structural independence should take into account the success with which *ad hoc* tribunals have long operated in labour relations in general and under the *HLDA*'s scheme of compulsory arbitrations (prior to the appointments in question) in particular: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1. In this regard, as mentioned, Professor Joseph Weiler testified that: "The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security but by training, experience and mutual acceptability".

192 Accepting Professor Weiler's evidence on this point, it follows that if, as I have concluded, s. 6(5) requires the appointment of individuals as chairpersons who are qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which, in the context of labour relations, would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

193 Accordingly, having regard both to general labour relations experience, as well as the explicit legislative provisions in the *HLDA*, I would not give effect to the unions' generic objection directed to the issue of institutional independence. If additional facts are raised on a case-by-case challenge, they will have to be addressed at that time.

définition, un tribunal *ad hoc* est constitué cas par cas. L'inamovibilité ne subsiste pas à la fin de l'arbitrage et la sécurité financière est limitée de façon similaire. L'indépendance administrative bénéficie de peu de protection formelle. Les arbitres professionnels en droit du travail (y compris ceux inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10)) réussissent à fonctionner dans une telle structure même s'ils n'ont peut-être aucune garantie de travail permanent de la part d'un employeur ou d'un syndicat particulier.

En plus de l'exigence imposée par la *LACTH*, la Cour devrait, pour apprécier l'indépendance structurelle, tenir compte du succès que les tribunaux *ad hoc* connaissent depuis longtemps dans le domaine des relations du travail en général, et qu'ils connaissent aussi depuis longtemps (avant les désignations contestées) dans le domaine des arbitrages obligatoires fondés sur la *LACTH* en particulier : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1. À ce propos, comme nous l'avons vu, le professeur Joseph Weiler a témoigné que [TRADUCTION] « [l']indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties ».

Si l'on retient le témoignage du professeur Weiler à ce propos, il s'ensuit que, si, comme je l'ai conclu, le par. 6(5) exige la désignation de présidents compétents en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui, dans le contexte des relations du travail, répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

En conséquence, compte tenu à la fois du critère de l'expérience générale en matière de relations du travail et des dispositions explicites de la *LACTH*, je suis d'avis de ne pas retenir l'objection commune formulée par les syndicats au sujet de l'indépendance institutionnelle. Si des faits additionnels sont soulevés dans le cadre d'une contestation sur une base individuelle, il faudra les examiner à ce moment là.

(b) *Impartiality*

Impartiality, on the other hand, raises different considerations. The *HLDA* did not command the appointment of retired judges. Nor does the *HLDA* contemplate biased arbitrators.

The test for institutional impartiality is whether a well-informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, could form a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 44; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143, and *Matsqui Indian Band, supra*, at para. 67).

The Minister does not contest the requirement that his s. 6(5) appointees be impartial. He was, as stated, looking for “[p]eople who had spent their professional lives as neutrals”.

Allegations of individual bias must necessarily be dealt with on a case-by-case basis. I am dealing here only with the general proposition that the Minister’s appointment of retired judges to chair *HLDA* boards did, by the fact of their appointment alone, doom the impartiality of the resulting boards.

To be sure, the unions now say that their challenge is not directed so much to the appointment of retired judges as to the sudden change of appointments process without prior consultation. Nevertheless, they still rely on the evidence of Professor Joseph Weiler who says that judges as a class have historically not been seen to be sympathetic or particularly fair to the cause of labour.

“Impartiality” is a state of mind. Some of the cases draw a distinction between an allegation of bias (or prejudice), i.e., that the s. 6(5) appointees come to their task with something less than an open mind, a predisposition for or against one of the parties, or a leaning towards a particular outcome, and an allegation of partiality. The allegation of

b) *L'impartialité*

Par contre, l'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La *LACTH* n'exigeait pas la désignation de juges retraités. Et elle ne prévoit pas non plus la désignation d'arbitres partiaux.

Le critère de l'impartialité institutionnelle consiste à se demander si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique pourrait éprouver une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 44; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 67).

Le ministre ne conteste pas que les personnes qu'il désigne en vertu du par. 6(5) doivent être impartiales. Comme nous l'avons vu, il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ».

Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent nécessairement être examinées cas par cas. Je ne parle ici que de la proposition générale selon laquelle la désignation par le ministre de juges retraités à la présidence des conseils établis en vertu de la *LACTH* compromettrait, à elle seule, l'impartialité des conseils qui en résulteraient.

Certes, les syndicats affirment maintenant que leur contestation ne vise pas tant la désignation de juges retraités que le changement soudain, sans consultation préalable, du processus de désignation. Ils s'appuient néanmoins encore sur le témoignage du professeur Joseph Weiler, selon lequel les juges, en tant que catégorie, ne sont pas traditionnellement perçus comme étant favorables à la cause des travailleurs et des travailleuses ou comme étant particulièrement équitables à leur sujet.

L'« impartialité » est un état d'esprit. Certains arrêts établissent une distinction entre, d'une part, une allégation de préjugés consistant à reprocher aux personnes désignées en vertu du par. 6(5) de ne pas avoir l'esprit ouvert et d'avoir des opinions favorables ou défavorables à l'une des parties ou encore une préférence pour un résultat particulier,

194

195

196

197

198

199

partiality, according to these cases, takes the attack a significant step further by suggesting that the appointees are not only biased but will allow, either consciously or unconsciously, their biases to influence the decision they will be called on to make: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paras. 105 *et seq.*, *per* Cory J.; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 9-10; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 336, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact prejudiced or partial but concluded that they might reasonably be seen to be “inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants” (para. 101). I agree with the Minister that the proper test is not so narrowly focussed. The test is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable detached and informed observer, i.e., “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude”: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394.

200

The unions contend that this Court should defer to the Court of Appeal’s findings of fact. Reliance is placed on the observation of Gonthier J. that “[t]he principle of non-intervention on questions of fact is also applicable to a second appellate court such as this Court *vis-à-vis* a first appellate court” (*St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 37). However, we are not thusly inhibited if the Court of Appeal applied the wrong test. The correct viewpoint is that of an informed observer who is detached from a personal interest in the controversy.

201

The fact is that retired judges as a class have no interest in the outcome of hospital collective bargaining disputes beyond that of other citizens. They pay provincial taxes at the same rates and aspire to a reasonable level of health care. They have personal experience of public sector pay restraint. They

et d’autre part, une allégation de *partialité*. D’après ces arrêts, l’allégation de *partialité* va beaucoup plus loin en laissant entendre que les personnes désignées ont non seulement des idées préconçues, mais que, consciemment ou inconsciemment, elles laisseront ces idées préconçues influencer la décision qu’elles seront appelées à rendre : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 105 *et suiv.*, le juge Cory; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 9-10; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 336, autorisation d’appel refusée [1994] 1 R.C.S. x. La Cour d’appel n’a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu’ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant [TRADUCTION] « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants » (par. 101). Je partage l’avis du ministre selon lequel le critère applicable n’a pas une portée aussi étroite. Ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l’une des parties, mais sur celui de l’observateur raisonnable, neutre et renseigné, c’est-à-dire qu’il s’agit de se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394).

Les syndicats soutiennent que la Cour devrait s’en remettre aux conclusions de fait de la Cour d’appel. Ils s’appuient sur l’observation du juge Gonthier voulant que « [l]e principe de non-intervention dans les questions de fait s’applique aussi à un second niveau d’appel, comme notre Cour par rapport à une première cour d’appel » (*St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 37). Cependant, nous ne sommes pas liés par ce principe de non-intervention lorsque la Cour d’appel a appliqué le mauvais critère. Le bon point de vue est celui de l’observateur renseigné qui n’a aucun intérêt personnel dans la controverse.

Force est de constater que, en tant que catégorie, les juges retraités n’ont pas plus d’intérêt que les autres citoyens dans l’issue des différends concernant les négociations collectives en milieu hospitalier. Ils sont assujettis aux mêmes taux d’impôt provincial que les autres citoyens et, comme eux, ils

probably harbour as many different views of public sector wage policy as there are retired judges.

There are no “substantial grounds” (*Committee for Justice and Liberty, supra*, at p. 395) to think that retired superior court judges, who enjoy a federal pension, would do the bidding of the provincial Minister, or make decisions to please the employers so as to improve the prospect of future appointments. Undoubtedly, there have been some judges predisposed toward management in the past, as well as some judges predisposed toward labour, but I do not think the fully informed, reasonable person would tar the entire class of presently retired judges with the stigma of an anti-labour bias.

The unions refute any “class” objection by their ready acceptance of retired judges Alan Gold and George Adams as chairpersons of “interest” arbitrations. The potential problem with some retired judges is not partiality but expertise.

While I would therefore reject this branch of the unions’ challenge, I accept, of course, that a challenge might be made to the impartiality of a particular retired judge to a particular *ad hoc* tribunal, as indeed the impartiality of any other appointee could be questioned on a case-by-case basis.

(7) The Proper Remedy

The remedy of the Court of Appeal was predicated on its conclusion that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the *HLDA* boards of arbitration, as well as the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice.

aspirent à des soins de santé raisonnables. Ils ont personnellement vécu le contrôle des salaires dans le secteur public. Le nombre d’opinions différentes qu’ils ont au sujet de la politique salariale dans le secteur public est probablement aussi élevé que celui des juges retraités.

Il n’y a aucun « motif sérieux » (*Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 395) de penser que des juges de cour supérieure retraités, qui bénéficient d’une pension du gouvernement fédéral, se plieraient à la volonté du ministre provincial ou rendraient des décisions destinées à plaire aux employeurs afin d’améliorer leurs chances de désignation future. Il est indubitable que, dans le passé, il y eu des juges enclins à privilégier les employeurs et aussi des juges enclins à privilégier les travailleurs et travailleuses, mais je ne crois pas qu’une personne raisonnable et bien renseignée reprocherait à toute la catégorie des juges présentement retraités d’avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses.

Les syndicats réfutent toute objection fondée sur une « catégorie » du fait qu’ils acceptent volontiers que les juges retraités Alan Gold et George Adams président des arbitrages de « différends ». Le problème que peut poser le recours à certains juges retraités n’est pas tant un problème de partialité qu’un problème d’expertise.

Bien que je sois, par conséquent, d’avis de rejeter cet aspect de la contestation des syndicats, il va sans dire que je reconnais qu’il serait possible de contester l’impartialité d’un juge retraité nommé à un tribunal *ad hoc* particulier, tout comme il serait sûrement possible de contester, cas par cas, l’impartialité de toute autre personne désignée.

(7) La réparation convenable

La réparation accordée par la Cour d’appel reposait sur sa conclusion que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l’indépendance et à l’impartialité des conseils d’arbitrage établis en vertu de la *LACTH*, ainsi qu’à l’expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle.

202

203

204

205

206

I have indicated my reasons for respectful disagreement with the scope of that decision, while agreeing with the Court of Appeal's fundamental concern about the Minister's non-compliance with the legislative intent reflected in the *HLDAA* to appoint persons who were not only impartial and independent but possessed expertise and who were generally seen as acceptable to both labour and management in the labour relations community. I also share the Court of Appeal's reluctance, in a judicial review which did not focus on the circumstances of individual appointments, to give effect to the unions' request to set aside the Minister's appointments.

207

It is common ground that some retired judges *do* have the necessary labour relations background (e.g., former judges Gold and Adams) and, of course, the fact they also happen to be members of the "class" of retired judges would not, in their case, be a ground of disqualification.

208

In accordance with these reasons, the appeal should therefore be dismissed, but paragraphs 1, 2 and 3 of the order of the Court of Appeal should be varied to read:

1. The Court declares that the Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDAA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

2. This order speaks from the date hereof and does not invalidate completed arbitration awards.

3. Any challenges to continuing arbitrations, including those chaired by retired judges appointed by the Minister under s. 6(5) of the *HLDAA*, are subject to judicial review on a case-by-case basis.

J'ai indiqué les motifs de mon désaccord avec la portée de cette décision, tout en partageant la préoccupation fondamentale de la Cour d'appel concernant le non-respect, par le ministre, de l'intention du législateur — qui ressort de la *LACTH* — de désigner des personnes qui sont non seulement impartiales et indépendantes, mais qui ont une expertise et qui sont généralement perçues, dans le milieu des relations du travail, comme étant acceptables à la fois par les syndicats et par le patronat. À l'instar de la Cour d'appel, j'hésite à accéder à la demande des syndicats d'annuler les désignations ministérielles dans le cadre d'un contrôle judiciaire non axé sur les circonstances de chacune des désignations.

Nul ne conteste que certains juges retraités possèdent *effectivement* les antécédents requis en matière de relations du travail (par exemple, les anciens juges Gold et Adams), et il est évident que, dans leur cas, le fait d'appartenir également à la « catégorie » des juges retraités ne serait pas un motif d'incapacité.

Conformément à ces motifs, il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais également de modifier de la façon suivante les paragraphes 1, 2 et 3 de l'ordonnance de la Cour d'appel :

1. La Cour déclare que, dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

2. La présente ordonnance prend effet à compter de la date des présentes et n'invalide pas les sentences arbitrales déjà rendues.

3. Toute contestation des arbitrages en cours, y compris ceux présidés par des juges retraités désignés par le ministre conformément au par. 6(5) *LACTH*, pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire sur une base individuelle.

V. Conclusion

Except as aforesaid, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs, MCLACHLIN C.J. and MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Bar Association: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitor for the interveners the National Academy of Arbitrators (Canadian Region): Michel G. Picher, Toronto.

V. Conclusion

Sous réserve de ce qui précède, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef MCLACHLIN et les juges MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appellant : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Koskie Minsky, Toronto.

Procureur de l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region) : Michel G. Picher, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2003 Vol. 1

4^e cahier, 2003 Vol. 1

Cited as [2003] 1 S.C.R. 631-834

Renvoi [2003] 1 R.C.S. 631-834

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 / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	SALLY GRIFFIN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
ANDRES GARIN	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
	IDA SMITH	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
PAULINE MCTAVISH	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin666

Priorities and hypothecs — Movable hypothec with delivery — Movable hypothec on claims — Validity of movable hypothec with delivery on claim not represented by negotiable instrument — Whether provisions of federal Income Tax Act affect validity of hypothec — Whether words “property or title” used in arts. 2702 and 2703 C.C.Q. are sufficiently broad to include claims not represented by negotiable instrument — Whether there may, in case of such claim, be sufficient holding by creditor to grant and publish hypothec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1641, 2702, 2703, 2710 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 248.

R. v. Buhay631

Criminal law — Evidence — Admissibility — Marijuana seized from rented locker — Whether accused’s constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure violated — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Application of Charter — Exclusion of evidence — Marijuana seized from rented locker — Whether accused had reasonable expectation of privacy in locker — Whether Charter applies to initial search by private security guards — Whether subsequent warrantless search and seizure by police violated accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2), 32.

R. v. Owen779

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by Review Board — Standard of review applicable to Board’s order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Dispositions by Review Board — Accused found not criminally responsible on account of mental disorder — Accused having ongoing substance abuse problems and continuing to show some propensity towards violence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether Board’s order unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Appeal on transcript — Additional evidence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether fresh post-review affidavit evidence adduced by Crown properly excluded by Court of Appeal — Meaning of “interests of justice” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.73(1).

Continued on next page

SOMMAIRE

Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin666

Priorités et hypothèques — Hypothèque mobilière avec dépossession — Hypothèque mobilière sur des créances — Validité d’une hypothèque mobilière avec dépossession qui grève une créance non représentée par un titre négociable — Les dispositions de la loi fédérale de l’impôt sur le revenu ont-elles un effet sur la validité de l’hypothèque? — Les termes « bien ou titre » utilisés aux art. 2702 et 2703 C.c.Q. ont-ils un sens suffisamment large pour inclure une créance non représentée par un titre négociable? — Le créancier peut-il obtenir, dans le cas d’une telle créance, une détention suffisante pour constituer et publier l’hypothèque? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1641, 2702, 2703, 2710 — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 248.

R. c. Buhay631

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Marijuana saisie dans un casier loué — Le droit de l’accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives est-il violé? — Dans l’affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Application de la Charte — Exclusion de la preuve — Marijuana saisie dans un casier loué — L’accusé avait-il une attente raisonnable de vie privée à l’égard du casier? — La Charte s’applique-t-elle à la fouille initiale par des gardes de sécurité privés? — La fouille et la saisie sans mandat effectuées ensuite par la police violaient-elles le droit de l’accusé à la protection contre les fouilles et saisies abusives? — Dans l’affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32.

R. c. Owen779

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions de la Commission d’examen — Norme de contrôle applicable à l’ordonnance de la Commission — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.78.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d’examen — Décisions de la Commission d’examen — Accusé déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux — Accusé éprouvant toujours des problèmes d’abus d’alcool et d’autres drogues et démontrant une propension persistante à la violence — Commission d’examen ordonnant la prolongation de la détention de l’accusé dans un hôpital psychiatrique — L’ordonnance de la Commission est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.78.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Starson v. Swayze	722
Physicians and surgeons — Medical treatment — Consent — Ontario Consent and Capacity Board — Patient refusing consent to proposed medical treatment for bipolar disorder — Physicians finding patient not capable of making treatment decision — Board's confirmation of incapacity overturned on judicial review — Whether reviewing judge properly applied reasonableness standard of review to Board's finding of incapacity — Whether reviewing judge correctly found that Board misapplied statutory test for capacity — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A.	

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d'examen — Appel tranché sur le fondement de la transcription — Preuve additionnelle — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — La nouvelle preuve par affidavit, postérieure à la révision, que le ministère public a offerte a-t-elle été exclue à bon droit par la Cour d'appel? — Sens de l'expression « lorsqu[e] . . . la justice l'exige » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.73(1).

Starson c. Swayze	722
--------------------------------	------------

Médecins et chirurgiens — Traitement médical — Consentement — Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario — Refus du patient de consentir au traitement médical proposé pour soigner ses troubles bipolaires — Patient jugé incapable par les médecins de prendre la décision concernant le traitement — Infirmation au terme d'une procédure de révision judiciaire de la décision de la Commission concluant à l'incapacité du patient — La juge siégeant en révision a-t-elle appliqué adéquatement la norme de la décision raisonnable à la conclusion d'incapacité prononcée par la Commission? — La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la loi? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A.

Mervyn Allen Buhay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BUHAY

Neutral citation: 2003 SCC 30.

File No.: 28667.

2002: November 1; 2003: June 5.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Marijuana seized from rented locker — Whether accused's constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure violated — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Application of Charter — Exclusion of evidence — Marijuana seized from rented locker — Whether accused had reasonable expectation of privacy in locker — Whether Charter applies to initial search by private security guards — Whether subsequent warrantless search and seizure by police violated accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2), 32.

The accused rented a locker at the Winnipeg bus depot. A short time later, one of the security guards detected a strong odour of marijuana coming from the locker. The locker was opened by a Greyhound agent for the security guards, and inside they found a duffel bag containing some marijuana. The security guards placed the items back in the locker, locked it, and contacted the police. The police officers smelled marijuana and a Greyhound agent opened the locker for them. One of the

Mervyn Allen Buhay *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BUHAY

Référence neutre : 2003 CSC 30.

N^o du greffe : 28667.

2002 : 1^{er} novembre; 2003 : 5 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Marijuana saisie dans un casier loué — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives est-il violé? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Application de la Charte — Exclusion de la preuve — Marijuana saisie dans un casier loué — L'accusé avait-il une attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier? — La Charte s'applique-t-elle à la fouille initiale par des gardes de sécurité privés? — La fouille et la saisie sans mandat effectuées ensuite par la police violaient-elles le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32.

L'accusé loue un casier à la gare routière de Winnipeg. Peu de temps après, un garde de sécurité sent une forte odeur de marijuana provenant du casier. Le casier est ouvert par un employé de Greyhound pour les gardes de sécurité qui y trouvent un sac de voyage contenant de la marijuana. Les gardes de sécurité remettent les objets dans le casier, le verrouillent et appellent la police. Les policiers sentent l'odeur de marijuana et un employé de Greyhound leur ouvre le casier. Un policier saisit le sac

officers seized the bag of marijuana, and placed it in the cruiser. The police officers did not have a search warrant. One of the officers testified that the idea of obtaining a warrant did not cross his mind. The other officer mentioned that he considered obtaining a warrant, but did not think the accused had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further, he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant. The next day, an individual tried to retrieve the bag from the locker, and the accused was later arrested and charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge, finding a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, granted the motion to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, and acquitted the accused. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and entered a conviction.

Held: The appeal should be allowed and the acquittal entered at trial restored.

The accused had a reasonable expectation of privacy in the contents of the locker he rented. The accused had control and possession of the locker's contents through possession of the key. Moreover, the signs on the lockers made no mention of the possibility that they might be opened and searched. A reasonable person would expect that his or her private belongings, when secured in a locker that he or she has paid money to rent, will be left alone, unless the contents appear to pose a threat to the security of the bus depot. The existence of a master key does not in itself destroy the expectation of privacy. While it was not as high as the privacy afforded to one's own body, home or office, a reasonable expectation of privacy existed in the locker sufficient to engage the accused's s. 8 *Charter* rights.

The initial search by the security guards did not trigger the application of the *Charter* because the guards were not acting as agents of the state, nor could their activities be assimilated or ascribed to the government. However, the police were required to obtain a warrant to search the accused's locker. The warrantless search and seizure was an impermissible intrusion of the state on a legitimate and reasonable expectation of privacy and therefore constitutes a violation of s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal erred in finding that there was no search and seizure by the police. A person's reasonable expectation of privacy as to the contents of a rented and locked bus depot locker is not destroyed merely because a private individual invades that privacy by investigating the contents of the locker. The accused's reasonable expectation of privacy was continuous. The intervention of the security guards does not relieve the police from the requirement of prior judicial authorization before seizing contraband uncovered by security guards.

de marijuana et le met à l'arrière de l'auto-patrouille. Les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition. L'un d'eux a témoigné qu'il n'avait jamais pensé à en obtenir un, et l'autre qu'il y avait songé, mais ne pensait pas que l'appelant avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier et qu'en outre, il n'y avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat. Le lendemain, un individu tente de reprendre le sac dans le casier, et l'accusé est arrêté plus tard et inculpé pour possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Le juge du procès conclut à la violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, accorde la demande d'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et acquitte l'accusé. La Cour d'appel fait droit à l'appel du ministère public et inscrit une déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement prononcé au procès est rétabli.

L'accusé avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du contenu du casier loué. Ayant la clé du casier, l'appelant avait le contrôle et la possession de ce qu'il contenait. De plus, la vignette apposée aux casiers ne faisait pas mention de la possibilité qu'ils soient ouverts et fouillés. Une personne raisonnable s'attendrait à ce que personne ne touche à ses objets personnels déposés dans un casier loué contre paiement, à moins qu'ils ne paraissent constituer une menace pour la sécurité de la gare routière. L'existence d'un passe-partout ne supprime pas en soi l'attente de vie privée. Même si elle n'était pas aussi grande qu'à l'égard du corps, du lieu de résidence ou du lieu de travail, l'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier était suffisante pour qu'entre en jeu la garantie de l'art. 8 de la *Charte*.

La fouille initiale par les gardes de sécurité n'a pas enclenché l'application de la *Charte* parce qu'ils n'agissaient pas à titre de représentants de l'État et que leurs activités ne pouvaient pas être attribuées ou assimilées à celles de l'État. Toutefois, les policiers devaient obtenir un mandat avant de procéder à la fouille du casier de l'accusé. La fouille et la saisie sans mandat sont une violation inacceptable par l'État d'une attente légitime et raisonnable de vie privée, et donc une violation de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel a eu tort de conclure qu'il n'y a eu ni fouille ni saisie par la police. Le seul fait qu'un particulier a porté atteinte à sa vie privée en fouillant le contenu du casier verrouillé loué n'élimine pas l'attente raisonnable de vie privée qu'a une personne relativement au contenu de ce casier. L'attente raisonnable de vie privée de l'accusé était continue. L'intervention des gardes de sécurité ne soustrait pas les policiers à l'obligation d'obtenir au préalable l'autorisation du tribunal de saisir la contrebande découverte par les gardes de sécurité.

This Court should not interfere with the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. On the issue of trial fairness, the evidence in this case is non-conscriptive, "discoverable" evidence, and its admission would not render the trial unfair. On the question of the seriousness of the breach, the trial judge is entitled to considerable deference. The fact that obtaining a warrant did not even cross the mind of one officer demonstrates a certain casual attitude toward the accused's *Charter* rights. The other officer's admission that he did consider obtaining a warrant but that he thought that he lacked sufficient grounds to get one also suggests blatant disregard for the accused's rights. Moreover, there was no situation of urgency or necessity, as there was no immediate danger that the evidence would be lost, removed or destroyed, nor was an imminent threat posed by the marijuana in the locker. The situation did not require immediate action to secure the evidence, as the locking mechanism was still engaged and the 24-hour limit had not expired. It is also clear from the record that the police could have obtained the evidence without infringing the accused's rights. The failure of the police officers to explore other investigative techniques that were available to them shows the absence of sincere effort to comply with the *Charter*. While some other elements militate in favour of the admission of the evidence, the evidence considered as a whole supports a conclusion that the violation was serious. The trial judge's assessment of the seriousness of the interference with the accused's privacy interests reveals no misapprehension of the evidence, or failure to consider relevant factors, and is not unreasonable.

The administration of justice does not have to be brought into disrepute on a national scale before courts may interfere to protect the integrity of the process within which they operate. While s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule, neither should it become an automatic inclusionary rule when the evidence is non-conscriptive and essential to the Crown's case. An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable. In light of the trial judge's concern as to the long-term effect of the law enforcement officers' attitude in this case, it was well within his judicial discretionary power to conclude that the admission of the marijuana in this case would cause greater disrepute to the justice system than its exclusion would, and such decision is very well within the limits of reasonableness.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Collins*, [1987] 1

La Cour ne doit pas modifier la décision du juge du procès d'écartier la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Sur l'équité du procès, la preuve en l'espèce était une preuve non conscrite et « susceptible d'être découverte », et son utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable. Sur la gravité de la violation, le juge du procès a droit à une grande déférence. Le fait qu'un des agents n'a même pas pensé à obtenir un mandat indique une certaine désinvolture envers les droits constitutionnels de l'accusé, et l'admission de l'autre agent qu'il y avait songé, mais pensait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat, indique également un mépris flagrant des droits de l'accusé. De plus, il n'y avait aucune situation d'urgence ou de nécessité, puisqu'il n'y avait pas de risque immédiat que la preuve soit perdue, enlevée ou détruite, et la marijuana dans le casier ne constituait pas une menace imminente. La situation n'exigeait pas de mesures immédiates pour protéger la preuve, puisque le verrou était toujours en place, et que la période maximale de 24 heures n'avait pas expiré. Il ressort aussi clairement du dossier que la police aurait pu obtenir la preuve sans porter atteinte aux droits de l'accusé. L'omission des policiers d'envisager d'autres techniques d'enquête possibles montre qu'ils n'ont pas fait d'efforts sincères pour se conformer à la *Charte*. Si certains éléments militent en faveur de l'utilisation de l'élément de preuve, la preuve, prise globalement, étaye la conclusion que l'atteinte aux droits de l'accusé était grave. L'appréciation par le juge de la gravité de l'atteinte aux droits de l'accusé en matière de vie privée ne révèle aucune erreur d'interprétation de la preuve ou omission de tenir compte de facteurs pertinents, et son appréciation n'est pas déraisonnable.

Il n'est pas nécessaire que l'administration de la justice risque d'être déconsidérée à l'échelle nationale pour que les tribunaux soient autorisés à intervenir pour préserver l'intégrité du système judiciaire dans lequel ils opèrent. Le paragraphe 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique mais il ne faut pas non plus en faire une règle d'inclusion automatique quand la preuve n'est pas conscrite et qu'elle est essentielle à la poursuite. La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice, était raisonnable. Vu sa crainte concernant les effets à long terme de l'attitude des policiers en l'espèce, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'utilisation de la preuve — la marijuana — déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son exclusion, et cette décision est raisonnable à tous points de vue.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Collins*,

S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48; *R. v. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Caucchi* (1995), 43 C.R. (4th) 403; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. v. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8; *R. v. Belliveau* (1986), 75 N.B.R. (2d) 18; *R. v. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548; *R. v. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195, aff'd [1996] 1 S.C.R. 70; *R. v. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, aff'd [1996] 1 S.C.R. 70; *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983); *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2), 32(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Private Investigators and Security Guards Act, R.S.M. 1987, c. P132, ss. 1 "security guard", 35.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 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 Manitoba Court of Appeal (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 84 C.R.R.

[1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48; *R. c. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Caucchi* (1995), 43 C.R. (4th) 403; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. c. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8; *R. c. Belliveau* (1986), 75 R.N.-B. (2^e) 18; *R. c. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548; *R. c. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195, conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *R. c. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730 (1983); *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).
Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité, L.R.M. 1987, ch. P132, art. 1 « gardien de sécurité », 35.

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
 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 du Manitoba (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 84 C.R.R.

(2d) 366, 246 W.A.C. 111, [2001] M.J. No. 215 (QL), 2001 MBCA 70, setting aside a decision of the Provincial Court (2000), 147 Man. R. (2d) 149, [2000] M.J. No. 571 (QL). Appeal allowed.

Bruce F. Bonney and G. Bruce Gammon, for the appellant.

David G. Frayer, Q.C., and *Erin E. Magas*, for the respondent.

Written submissions only by *Carole Lebeuf*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. — We are asked in this appeal to determine the constitutionality of a seizure of marijuana made from a locker the appellant had rented at the Winnipeg bus depot. This involves the determination of whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to an initial search conducted by private security guards. It also involves the determination of whether the subsequent warrantless search and seizure by the police violated the appellant's rights under s. 8 of the *Charter* and if so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

I. The Facts

The Winnipeg bus depot has a set of lockers that can be rented out by the public. The lockers can be accessed by a key. The fee for a locker is \$2 for any period of 24 hours or less, with a \$4 overtime charge for an additional 24 hours. After the period expires, the contents of the locker may be removed and held for 30 days, after which they can be sold for accrued charges. A sticker on each locker explains these terms and conditions. The lockers are owned by Canadian Locker Company and are managed on an alternating basis by Greyhound Bus Lines and Grey Goose Bus Lines.

On March 14, 1998, two individuals approached the security desk at the Winnipeg bus depot to inquire about the use of lockers there. While one of the individuals spoke to the security guards, the other went to the bank of lockers and removed a bag

(2d) 366, 246 W.A.C. 111, [2001] M.J. No. 215 (QL), 2001 MBCA 70, qui a infirmé une décision de la Cour provinciale (2000), 147 Man. R. (2d) 149, [2000] M.J. No. 571 (QL). Pourvoi accueilli.

Bruce F. Bonney et G. Bruce Gammon, pour l'appelant.

David G. Frayer, c.r., et *Erin E. Magas*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Carole Lebeuf*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ARBOUR — Le pourvoi porte sur la constitutionnalité d'une saisie de marijuana trouvée dans un casier loué par l'appelant à la gare routière de Winnipeg. La Cour doit décider si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à une fouille initiale effectuée par des employés d'un service de sécurité privé. La Cour doit déterminer également si la fouille et la saisie subséquentes effectuées sans mandat par des policiers ont porté atteinte aux droits de l'appelant garantis à l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

I. Les faits

La gare routière de Winnipeg met à la disposition du public des casiers fermant à clé, qui peuvent être loués à raison de 2 \$ pour une période d'au plus 24 heures. Une somme de 4 \$ est exigée pour toute période supplémentaire de 24 heures. Une fois la période écoulée, le contenu peut être retiré du casier et conservé pendant 30 jours, après quoi il peut être vendu pour paiement des frais. Ces conditions figurent sur un autocollant apposé sur chacun des casiers, lesquels appartiennent à Canadian Locker Company et sont gérés à tour de rôle par les sociétés d'autocars Greyhound et Grey Goose.

Le 14 mars 1998, deux individus se présentent au poste de surveillance de la gare routière de Winnipeg pour se renseigner sur l'utilisation des casiers. Pendant que l'un d'eux parle aux gardes de sécurité, l'autre se dirige vers les casiers et retire un

1

2

3

from locker 135. He was noticed digging through the bag, and one of the security guards noted a slight odour of marijuana. The second man was pacing in front of the security guards and was glancing around. The two individuals were then seen locking the locker and walking out of the bus depot.

4 Approximately one hour and 45 minutes later, after completing other duties, the security guards decided to investigate further. They went to the locker. One of the guards, Mr. Mah, sniffed the vent of the locker door and smelled a strong odour of marijuana. The security guards went to the Cargo Express Agent for Greyhound Bus Lines, Mr. Will, and advised him of what they suspected was in the locker and inquired whether they could gain access. Mr. Will opened the locker with his master key. One of the security guards removed the duffel bag that they had seen being placed in the locker earlier and opened it. Inside, they found a sleeping bag with a quantity of marijuana rolled up in the middle. Following this discovery, the security guards placed the items back in the locker, locked it, and contacted the Winnipeg Police Service.

5 A short time later, Constables Barker and Riddell attended the bus depot and were directed by the security guards to locker 135. The officers smelled marijuana and the Greyhound agent opened the locker for them. Constable Barker seized the bag of marijuana and placed it in the back of his cruiser.

6 The police officers did not have a search warrant. Constable Barker testified that the idea of obtaining a warrant never crossed his mind and Constable Riddell mentioned that he did consider obtaining a warrant but that he did not think the appellant had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further, he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant.

7 Following the seizure of the drugs from the locker, the officers placed a note inside the locker with the pager number of an undercover vice officer. They instructed the security guards at the bus terminal to keep an eye on the locker. The next day, an individual attended at locker 135, opened it with a key, and upon reading the note, left the

sac du casier 135. On le voit fouiller dans le sac. Un des gardes de sécurité remarque une légère odeur de marijuana. Pendant ce temps, le premier individu va et vient devant les gardes de sécurité en jetant un coup d'œil aux alentours. On voit ensuite les deux individus verrouiller le casier et quitter la gare.

Environ une heure et 45 minutes plus tard, après s'être acquittés d'autres tâches, les gardes de sécurité décident de faire une vérification et se rendent au casier. L'un d'eux, M. Mah, sent une forte odeur de marijuana se dégageant de l'ouverture d'aération du casier. Les gardes de sécurité vont ensuite voir le responsable des messageries express de Greyhound, M. Will, lui font part de leurs soupçons et lui demandent s'il peut ouvrir le casier. M. Will ouvre le casier avec son passe-partout. Un des gardes de sécurité retire le sac de voyage qu'ils avaient vu être déposé dans le casier, et l'ouvre. À l'intérieur, ils trouvent de la marijuana dissimulée dans un sac de couchage enroulé. Forts de leur découverte, ils remettent le tout en place, verrouillent le casier et appellent le service de police de Winnipeg.

Peu après, les agents de police Barker et Riddell se présentent à la gare routière, et les gardes de sécurité leur indiquent le casier 135. Les agents sentent l'odeur de marijuana. L'employé de Greyhound ouvre de nouveau le casier. L'agent Barker saisit le sac de marijuana et le met à l'arrière de l'auto-patrouille.

Les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition. L'agent Barker a témoigné qu'il n'avait jamais pensé à en obtenir un, et l'agent Riddell, qu'il y avait songé, mais avait conclu que l'appellant n'avait pas d'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier et qu'en outre, il n'y avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat.

Après avoir saisi la drogue, les agents laissent dans le casier une note portant le numéro de téléavertisseur d'un agent banalisé de la section de la moralité. Ils demandent aux gardes de sécurité de surveiller le casier. Le lendemain, un individu s'approche du casier 135, l'ouvre à l'aide d'une clé et, après avoir pris connaissance de la note,

premises. The appellant was arrested later that afternoon.

At the time of these events, Greyhound Bus Lines was responsible for the lockers. Mr. Will testified that the company's policy was to enter a locker if it believed that the locker contained something dangerous or if it was "giving off a bad odour or something like that". No notice of this policy was given to those who rented the lockers.

II. Judgments Below

A. *Provincial Court of Manitoba* (2000), 147 Man. R. (2d) 149

The appellant was charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At trial before Aquila Prov. Ct. J., a *voir dire* was held to determine the admissibility of the marijuana that was seized from the bus depot locker.

The trial judge first determined whether the *Charter* applied to the security guards. He held that it was clear from the evidence that the security guards were employed by a private security firm and that in order for the *Charter* to apply, they must be found to have been acting as agents of the state. Considering the decisions of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154, and of this Court in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, he concluded that the security guards were not agents of the state and that the *Charter* therefore did not apply to the initial search by them.

Aquila Prov. Ct. J. then examined the search and seizure by the police officers. As the search was warrantless, it was *prima facie* unreasonable. In accordance with the test set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, it could only be found reasonable if: (1) it was authorized by law, (2) the law itself was reasonable, and (3) the manner in which the search was carried out was reasonable. Aquila Prov. Ct. J. found that there were no "exigent circumstances" in the present case, and that the police officers could have easily obtained a search warrant.

quitte les lieux. L'appelant est arrêté plus tard dans l'après-midi.

Lors de ces événements, les casiers étaient sous la responsabilité de Greyhound. Selon le témoignage de M. Will, la société avait pour politique d'ouvrir un casier lorsqu'on croyait qu'il contenait quelque chose de dangereux ou [TRADUCTION] « si une mauvaise odeur s'en dégagait, ou quelque chose du genre ». Les personnes qui louaient les casiers n'étaient pas avisées de cette politique.

II. Historique judiciaire

A. *Cour provinciale du Manitoba* (2000), 147 Man. R. (2d) 149

L'appelant a été accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, un acte criminel prévu au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Au procès, le juge Aquila tient un *voir-dire* sur la recevabilité en preuve de la marijuana saisie dans le casier de la gare routière.

Le juge examine tout d'abord si la *Charte* s'applique aux gardes de sécurité. Selon lui, il ressort de la preuve qu'ils travaillaient pour une entreprise privée et, pour que la *Charte* s'applique, ils doivent avoir agi à titre de représentants de l'État. Après examen des arrêts *R. c. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, de notre Cour, il conclut que les gardes de sécurité n'étaient pas des représentants de l'État et que la *Charte* ne s'applique donc pas à la fouille initiale qu'ils ont effectuée.

Le juge Aquila considère ensuite la fouille et la saisie effectuées par les policiers. Aucun mandat n'ayant été obtenu au préalable, la fouille est de prime abord abusive. Suivant le critère établi dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, elle peut être jugée non abusive si (1) elle est autorisée par la loi, (2) la loi elle-même n'a rien d'abusif et (3) la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive. Le juge Aquila conclut qu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « situation pressante » en l'espèce et que les policiers auraient pu facilement obtenir un mandat.

8

9

10

11

12 Aquila Prov. Ct. J. then considered whether the appellant had a reasonable expectation of privacy with respect to the locker. He followed the test set out by Cory J. in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, and concluded that the appellant had a personal and reasonable expectation of privacy. In particular, the appellant had a contract for exclusive use of the locker for 24 hours, which had not expired. Unless the locker contained something dangerous or was giving off an obnoxious smell, neither the managers nor the police had a right to enter. Consequently, the seizure by police violated s. 8 of the *Charter*.

13 To determine whether the evidence should be excluded, Aquila Prov. Ct. J. followed the test established in *Collins*. He found that the evidence was real and non-conscriptive. However, he concluded that the violation was serious and not merely technical. The trial judge expressed concern at the casual approach that the police took in infringing the appellant's rights. He felt that exclusion was necessary to discourage similar police conduct in the future. Aquila Prov. Ct. J. granted the motion to exclude the evidence, and, as the parties agreed that the outcome of the case rested entirely on the admissibility of the drugs, the appellant was acquitted.

B. *Court of Appeal of Manitoba* (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 2001 MBCA 70

14 In a brief judgment, Huband J.A. for the Manitoba Court of Appeal allowed the Crown's appeal and entered a conviction. The Court of Appeal was satisfied that the initial search by the security guards did not violate s. 8 because they were privately employed and, therefore, were not subject to the *Charter*. The court found that when the police opened the locker and seized the marijuana, there was merely a "transfer of control" from the security guards to the police. The court reasoned that had the security guards placed the marijuana into a corner cupboard or into a different locker, there would have been no question that the transfer of the marijuana would not have constituted a search and seizure by the police. Placing the marijuana back into the same locker on a temporary basis, but still under the

Le juge Aquila examine ensuite si l'appelant avait, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée. Appliquant le critère établi par le juge Cory dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, il conclut que l'appelant avait une attente personnelle raisonnable de vie privée. Plus particulièrement, l'appelant avait conclu un contrat pour l'utilisation exclusive du casier pendant une période de 24 heures, qui n'était pas expirée. Ni la direction ni la police n'avait le droit de l'ouvrir si le casier ne renfermait rien de dangereux ou s'il ne s'en dégagait pas d'odeur nauséabonde. La saisie effectuée par les policiers porte donc atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

Pour décider si la preuve doit être écartée, le juge Aquila applique le critère dégagé dans *Collins*. Il estime qu'il s'agit d'une preuve matérielle et qui n'a pas été « conscrite » en mobilisant l'accusé contre lui-même. Il juge cependant que l'atteinte est grave et non seulement de pure forme. Il est préoccupé par la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits de l'appelant. Il juge nécessaire d'écarter la preuve afin de dissuader à l'avenir ce type de comportement chez les policiers. Il accueille la requête visant à écartier la preuve et, comme les parties ont convenu que l'issue de l'affaire dépend entièrement de la recevabilité de la drogue en preuve, l'appelant est acquitté.

B. *Cour d'appel du Manitoba* (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 2001 MBCA 70

Dans un court jugement, le juge Huband accueille le pourvoi du ministère public et inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d'appel estime que la fouille initiale n'a pas porté atteinte à l'art. 8 parce que les gardes de sécurité étaient employés par une entreprise privée et n'étaient donc pas assujettis à la *Charte*. Elle conclut que lorsque les policiers ont ouvert le casier puis saisi la marijuana, il y a eu un simple [TRADUCTION] « transfert de contrôle » des gardes de sécurité aux policiers. La Cour explique que si les gardes de sécurité avaient mis la marijuana dans un placard ou un autre casier, il aurait été clair que ce transfert n'équivalait ni à une fouille ni à une saisie policières. Le fait qu'ils ont temporairement remis la marijuana dans le même casier et en ont conservé le contrôle mène à la même conclusion.

control of the security guards, leads to the same conclusion. As there was no search or seizure conducted by agents of the state, there was no violation of s. 8.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

24. . . .

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

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Private Investigators and Security Guards Act, R.S.M. 1987, c. P132

1 In this Act

“security guard” means a person who, for hire or reward, guards or patrols for the purpose of protecting persons or property.

35 No person holding a licence under this Act shall hold himself out in any manner as performing or providing services or duties connected with the police.

IV. Issues

This appeal raises four issues:

- (1) Whether the appellant had a reasonable expectation of privacy with respect to the locker;
- (2) Whether the *Charter* applies to the security guards and if so, whether the original

Comme il n’y a eu ni fouille ni saisie par des représentants de l’État, il n’y a pas eu d’atteinte à l’art. 8.

III. Dispositions législatives applicables

Charte canadienne des droits et libertés

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

24. . . .

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

32. (1) La présente charte s’applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité, L.R.M. 1987, ch. P132

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« gardien de sécurité » Personne qui, contre rémunération ou récompense, fait une surveillance ou une patrouille aux fins de protection de personnes ou de biens.

35 Le titulaire d’une licence délivrée sous le régime de la présente loi ne peut donner lieu de croire, de quelque manière, qu’il fournit des services ou exerce des fonctions ayant des rapports avec le travail de la police.

IV. Questions en litige

Le pourvoi soulève quatre questions :

- (1) L’appelant avait-il, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée?
- (2) La *Charte* s’applique-t-elle aux gardes de sécurité et, dans l’affirmative, la fouille

search of locker 135 was contrary to s. 8 of the *Charter*;

- (3) Whether the subsequent warrantless search and seizure by the police was contrary to s. 8 of the *Charter*; and
- (4) If there was an unreasonable search or seizure, whether the relevant evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

initiale du casier 135 est-elle contraire à l'art. 8 de la *Charte*?

- (3) La fouille et la saisie subséquentes effectuées sans mandat par les policiers sont-elles contraires à l'art. 8 de la *Charte*?
- (4) S'il y a eu fouille ou saisie abusive, l'élément de preuve en cause doit-il être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte*?

17

I have come to the conclusion that the trial judge correctly applied the law to the facts of the case at bar and that the Court of Appeal erred in finding that there was no search and seizure by the police. The appellant had a reasonable expectation of privacy in the contents of the locker he rented at the Winnipeg bus depot. The initial search by the security guards did not trigger the application of the *Charter* because the security guards were not acting as agents of the state. However, the police were required to obtain a warrant to search the appellant's locker. This warrantless search and seizure, not otherwise justified, violated the rights of the appellant under s. 8 of the *Charter*. I conclude that this Court should not interfere with the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2). The trial judge made no unreasonable findings of fact or legal error and I see no reason for intervening with his conclusion.

V. Analysis

A. *The Appellant's Expectation of Privacy With Respect to Locker 135*

18

Section 8 of the *Charter* protects the right to be secure against unreasonable search and seizure. To establish an infringement of s. 8, the person raising the claim must first establish that he or she had a reasonable expectation of privacy in the thing searched or seized (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159; *Edwards, supra*, at para. 30). Reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances (see, for example, *Edwards*, at para. 31, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62). The factors to be considered in assessing the totality of the circumstances include, but are not restricted to,

Je conclus que le juge du procès a correctement appliqué le droit aux faits de l'espèce et que la Cour d'appel a fait erreur en concluant qu'il n'y a eu ni fouille ni saisie policières. L'appelant avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du contenu du casier loué à la gare routière de Winnipeg. La fouille initiale par les gardes de sécurité n'a pas enclenché l'application de la *Charte* parce qu'ils n'agissaient pas à titre de représentants de l'État. Toutefois, les policiers devaient obtenir un mandat avant de procéder à la fouille du casier de l'appelant. Non justifiées par ailleurs, la fouille et la saisie sans mandat ont porté atteinte aux droits de l'appelant garantis à l'art. 8 de la *Charte*. Je conclus que la Cour ne doit pas modifier la décision du juge du procès d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2). Le juge n'a tiré aucune conclusion de fait déraisonnable et n'a fait aucune erreur de droit. Rien ne justifie de réformer sa décision.

V. Analyse

A. *Les attentes de l'appelant en matière de vie privée à l'égard du casier 135*

L'article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Prouver une atteinte à cette disposition exige d'établir tout d'abord que la personne en cause avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard de l'objet visé par la fouille, la perquisition ou la saisie (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159; *Edwards*, précité, par. 30). L'attente raisonnable doit être appréciée en fonction de toutes les circonstances (voir p. ex. *Edwards*, par. 31, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62). Les facteurs à considérer comportent notamment, sans s'y limiter, la présence de l'accusé pendant la fouille, la

the accused's presence at the time of the search, possession or control of the property or place searched, ownership of the property or place, historical use of the property or item, ability to regulate access, existence of a subjective expectation of privacy, and the objective reasonableness of the expectation (*Edwards*, at para. 45).

In this case, the question, "framed in broad and neutral terms" (*Wong, supra*, at p. 50), is whether in a society such as ours persons who store and lock belongings in a bus depot locker have a reasonable expectation of privacy.

In my opinion, the protections of s. 8 extend to the objects that a person stores and locks in a bus depot locker. I agree with Aquila Prov. Ct. J. that the appellant had a reasonable expectation of privacy in locker 135. As the trial judge put it, at para. 32:

I am satisfied that Mr. Buhay had a personal and reasonable expectation of privacy in the content of the locker. He had a contractual obligation for a period of 24 hours for the exclusive use of that locker, which had not expired. Unless a dangerous substance was being stored, or a substance emitting obnoxious fumes was contained in the locker, neither the managers nor police had a right to enter. . . .

The appellant had control and possession of the locker's contents through possession of the key. Although he did not own the locker, and although it remained the property of the bus companies, the appellant did pay the required fee to rent the locker for his exclusive use for a particular period of time. Through the use of a key, the appellant had ability to regulate access to the locker for the rental period. Moreover, the signs on the lockers made no mention of the possibility that they might be opened and searched. The key holder would, in my view, have a subjective expectation of privacy and this expectation is objectively reasonable. Indeed, generally, the purpose for renting a locker in such a location is to secure one's belongings against theft, damage, or even the simple curiosity of others. A reasonable person would expect that his or her private belongings, when secured in a locker that he or she has paid money to rent, will be left alone, unless the contents appeared to pose a threat to the security of the bus

possession ou le contrôle des biens ou des lieux faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition, leur propriété, l'usage antérieur des biens ou des objets, la capacité de régir l'accès au lieu, l'existence d'une attente subjective de vie privée et le caractère raisonnable de l'attente sur le plan objectif (*Edwards*, par. 45).

En l'espèce, la question qui se pose, « en termes plus généraux et plus neutres » (*Wong*, précité, p. 50), est de savoir si, dans notre société, la personne qui met ses affaires sous clé dans un casier de gare routière a une attente raisonnable de vie privée.

À mon sens, les garanties de l'art. 8 s'étendent aux objets qu'une personne met sous clé dans un tel casier. Je conviens avec le juge Aquila que l'appellant avait, à l'égard du casier 135, une attente raisonnable de vie privée. Voici ce qu'il dit (au par. 32) :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que M. Buhay avait, à l'égard du contenu du casier, une attente personnelle raisonnable de vie privée. Il avait droit, par contrat, à l'utilisation exclusive du casier pendant une période de 24 heures, et celle-ci n'avait pas encore expiré. Sans la présence d'une substance dangereuse ou dégageant des vapeurs désagréables, ni la direction ni la police n'avaient le droit d'ouvrir le casier. . .

Comme il avait la clé du casier, l'appellant avait le contrôle et la possession de ce qu'il contenait. Il n'était pas propriétaire du casier, qui demeurait la propriété des sociétés d'autocars, mais il avait payé la somme exigée pour avoir droit à l'utilisation exclusive du casier pendant une période déterminée. Grâce à sa clé, l'appellant pouvait régir l'accès au casier pendant la durée de la location. De plus, la vignette apposée aux casiers ne faisait pas mention de la possibilité qu'ils soient ouverts et fouillés. À mon avis, le détenteur de la clé avait une attente subjective de vie privée et cette attente était raisonnable sur le plan objectif. Dans un tel lieu, en effet, on loue généralement un casier pour protéger ses affaires contre le vol ou l'endommagement ou la simple curiosité d'autrui. Il est raisonnable de s'attendre à ce que personne ne touche aux objets personnels déposés dans un casier loué contre paiement, à moins qu'ils ne paraissent constituer une menace pour la sécurité de l'endroit. La même conclusion

19

20

21

depot. The same conclusion was reached in *R. v. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48.

22

The respondent argues that the appellant had a low expectation of privacy because the bus companies owned the lockers and had a master key so they “could access the lockers at any time”. True as this may be, it does not remove the reasonable expectation of privacy. A reasonable expectation of privacy is contextual. The expectation does not have to be of the highest form of privacy to trigger the protection of s. 8. For example, someone who rents a hotel room does not own the room, and very likely understands that hotel management has a master key. A reasonable understanding is that hotel staff will access the room, but for limited purposes. There is therefore a reasonable expectation of some privacy in the room, which can be enhanced by the display of a sign requesting privacy.

23

The issue was addressed by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180, where the court held at p. 186: “. . . I am not persuaded that hotel guests’ awareness that cleaning staff will enter their rooms at least daily removes the reasonable expectation of privacy” and further:

Privacy would be inadequately protected if the reasonableness of a given expectation of privacy in one’s office or hotel room could be displaced by an awareness of the possibility that cleaning staff may rummage through anything that is not locked away.

Although hotel rooms and bus lockers are not entirely analogous, I believe that the existence of a master key does not in itself destroy the expectation of privacy. If such were the case, there would be no expectation of privacy in an apartment building, office complex or university residence, for instance. Unless an emergency or other exigent circumstances arise, locker renters may reasonably expect that their lockers are free from unauthorized search by bus terminal security agents or by the police.

24

As recently stated in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, this Court has adopted a liberal

est tirée dans *R. c. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48.

L’intimée soutient que l’appelant avait une attente minimale de vie privée puisque les sociétés d’autocars étaient propriétaires des casiers et disposaient d’un passe-partout [TRADUCTION] « leur permettant de les ouvrir à tout moment ». Cela est vrai, mais l’attente raisonnable de vie privée ne disparaît pas pour autant. Le caractère raisonnable de l’attente dépend du contexte. Il n’est pas requis que l’attente soit du plus haut degré de vie privée pour que la garantie de l’art. 8 s’applique. Par exemple, la personne qui loue une chambre d’hôtel n’en est pas propriétaire, et elle sait probablement que la direction dispose d’un passe-partout. Il est raisonnable de supposer que le personnel de l’hôtel entrera dans la chambre, mais à certaines fins seulement. Il existe donc à l’égard de la chambre une attente raisonnable de vie privée, qui peut être accrue avec une affiche « Ne pas déranger ».

La Cour d’appel de l’Ontario, examinant la question dans *R. c. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180, dit, à la p. 186 : [TRADUCTION] « . . . je ne crois pas que le fait de savoir que le personnel d’entretien entrera au moins une fois par jour dans sa chambre empêche le client d’un hôtel d’avoir une attente raisonnable de vie privée » et ajoute :

[TRADUCTION] La vie privée ne serait pas adéquatement protégée si l’attente de vie privée à l’égard du bureau ou d’une chambre d’hôtel cessait d’être raisonnable parce qu’on a conscience de la possibilité que le personnel d’entretien fouine dans ce qui n’est pas mis sous clé.

Bien que l’analogie entre une chambre d’hôtel et un casier de gare routière ne soit pas parfaite, j’estime que l’existence d’un passe-partout ne supprime pas en soi l’attente de vie privée. Si cela était le cas, une telle attente n’existerait pas, par exemple, dans un immeuble d’habitation, un complexe de bureaux ou une résidence universitaire. Sauf urgence ou autres circonstances pressantes, le locataire d’un casier peut raisonnablement s’attendre à ce que les agents de sécurité de la gare ou les policiers ne fouillent pas son casier sans autorisation.

Tout récemment, dans *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, la Cour a interprété de manière

approach to the protection of privacy. Bastarache J. stressed at para. 16 that this protection extends not only to homes and personal items, but to information which we choose to keep confidential — particularly that which is kept under lock and key. The same applies to personal items which we choose to keep safe from the interference of others by storing and locking them in a space rented for that purpose. While it was not as high as the privacy afforded to one's own body, home, or office, a reasonable expectation of privacy existed in locker 135 sufficient to engage the appellant's s. 8 *Charter* rights. We must now turn to whether the initial search by the security guards constituted a violation of s. 8 of the *Charter*.

B. *Were the Security Guards State Agents During the Initial Search of Locker 135?*

Section 32 of the *Charter* provides that its provisions apply to the Parliament and government of Canada, and to the legislature and government of the provinces. Accordingly, the initial search of the appellant's locker by the security guards can only come under s. 8 scrutiny if the guards can be categorized either as "part of government" or as performing a specific government function (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624), or if they can be considered state agents (*R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *M. (M.R.)*, *supra*). For this latter determination, it is important to focus on the relationship between the state (the police) and the private entity (the security guards). The test was enunciated in the context of police informers by Iacobucci J., writing for the Court, in *Broyles*, at p. 608:

A relationship between the informer and the authorities which develops after the statement is made, or which in no way affects the exchange between the informer and the accused, will not make the informer a state agent for the purposes of the exchange in question. Only if the relationship between the informer and the state is such that the exchange between the informer and the accused is materially different from what it would have been had there been no such relationship should the informer be considered a state agent for the purposes of the exchange. I would accordingly adopt the following simple test: would the exchange between the accused and

libérale le droit à la protection de la vie privée. Le juge Bastarache souligne au par. 16 que cette protection s'étend non seulement à la résidence et aux objets personnels, mais aussi aux renseignements qu'on veut garder confidentiels, spécialement ceux qu'on met sous clé. Il en va de même des objets personnels qu'on choisit de mettre hors de la portée d'autrui en les rangeant sous clé dans un espace loué à cette fin. Même si elle n'était pas aussi grande que celle afférente au corps, au lieu de résidence ou au lieu de travail, l'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier 135 était suffisante pour qu'entre en jeu la garantie de l'art. 8 de la *Charte*. Il faut maintenant décider si la fouille initiale par les gardes de sécurité porte atteinte à l'art. 8.

B. *Les gardes de sécurité étaient-ils des représentants de l'État pendant la fouille initiale du casier 135?*

L'article 32 de la *Charte* énonce que ses dispositions s'appliquent au parlement ou au gouvernement du Canada, ainsi qu'à la législature et au gouvernement des provinces. Par conséquent, l'art. 8 ne s'applique à la fouille initiale du casier de l'appellant que si les gardes de sécurité peuvent être considérés comme « faisant partie du gouvernement » ou exerçant une fonction gouvernementale précise (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624), ou qu'ils peuvent être assimilés à des représentants de l'État (*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *M. (M.R.)*, précité). Dans ce dernier cas, il faut examiner le lien entre l'État (la police) et l'entité privée (les gardes de sécurité). Dans *Broyles*, p. 608, une affaire concernant un indicateur, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, énonce le critère applicable :

Lorsque les liens entre l'indicateur et les autorités se sont établis après l'obtention de la déclaration ou qu'ils n'affectent aucunement l'échange qui a eu lieu entre l'indicateur et l'accusé, ils n'auront pas pour effet de transformer l'indicateur en un représentant de l'État aux fins de l'échange en cause. Ce n'est que si les liens entre l'indicateur et l'État sont tels que l'échange entre l'indicateur et l'accusé s'est déroulé de façon essentiellement différente, que l'indicateur devra être considéré comme un représentant de l'État aux fins de l'échange. Par conséquent, je suis d'avis d'adopter le simple critère suivant : L'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il

the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?

26 In *M. (M.R.)*, *supra*, at para. 29, the Court applied that test in the context of a search of a student by a school official. Cory J., for the majority, held at para. 28 that “[t]he mere fact that there was cooperation between the vice-principal and the police and that an officer was present during the search is not sufficient to indicate that the vice-principal was acting as an agent of the police. . . . There is no evidence of an agreement or of police instructions to Mr. Cadue that could create an agency relationship.”

27 In the present case, both the Court of Appeal and Aquila Prov. Ct. J. held that there was no *Charter* violation since the security guards were private actors and were not agents of the state. I agree.

28 Nothing in the evidence allows a conclusion that the security guards or the agency by which they were employed can be assimilated to the government itself, nor can their activities be ascribed to those of the government. Private security guards are neither government agents nor employees, and apart from a loose framework of statutory regulation, they are not subject to government control. Their work may overlap with the government’s interest in preventing and investigating crime, but it cannot be said that the security guards were acting as delegates of the government carrying out its policies or programs. Even if one concedes that the protection of the public is a public purpose which is the responsibility of the state, this is not sufficient to qualify the functions of the security guards as governmental in nature. To this effect, this Court, in *Eldridge*, *supra*, held, at para. 43:

. . . the mere fact that an entity performs what may loosely be termed a “public function”, or the fact that a particular activity may be described as “public” in nature, will not be sufficient to bring it within the purview of “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*.

eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n’eût été l’intervention de l’État ou de ses représentants?

Dans *M. (M.R.)*, précité, par. 29, la Cour applique ce critère à la fouille d’un élève par un membre de la direction de l’école. Au nom de la majorité, le juge Cory conclut, au par. 28, que « [l]e seul fait qu’il y ait eu coopération entre le directeur adjoint et la police et qu’un policier ait assisté à la fouille n’est pas suffisant pour indiquer que le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police. [. . .] Il n’y a aucune preuve de l’existence d’une entente ou de directives données à M. Cadue par la police qui aient pu donner naissance à un rapport mandant-mandataire. »

En l’espèce, la Cour d’appel et le juge Aquila concluent qu’il n’y a pas eu atteinte à la *Charte* puisque les gardes de sécurité appartenaient au secteur privé et n’étaient pas des représentants de l’État. Je suis d’accord.

Rien dans la preuve ne permet d’assimiler à l’État les gardes de sécurité ou l’agence pour laquelle ils travaillaient, ni d’attribuer leurs activités à l’État. Les gardes de sécurité privés ne sont ni des représentants ni des employés de l’État, et hormis un encadrement législatif minimal, ils ne sont pas sous l’autorité de l’État. Il peut y avoir chevauchement entre leur travail et l’intérêt de l’État dans la prévention et la répression du crime, mais on ne peut dire que les gardes de sécurité sont délégués par l’État pour veiller à l’application de ses politiques ou de ses programmes. Même si l’on concède que la protection du public relève de la mission publique de l’État, cela ne permet pas de conclure à la nature gouvernementale des fonctions exercées par les gardes de sécurité. À cet égard, dans *Eldridge*, précité, par. 43, la Cour dit :

. . . le seul fait qu’une entité exerce ce qu’on peut librement appeler une « fonction publique » ou le fait qu’une activité particulière puisse être dite de nature « publique » n’est pas suffisant pour que cette entité soit assimilée au « gouvernement » pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*.

In order for the *Charter* to apply to a private entity, it must be found to be implementing a specific governmental policy or program. As I stated further on in *McKinney*, at p. 269, “[a] public purpose test is simply inadequate” and “is simply not the test mandated by s. 32”. [Emphasis in original.]

The security guards cannot either be considered state agents. Based on the test set out in *Broyles*, *supra*, and *M. (M.R.)*, *supra*, the proper question is whether the security guards would have searched the contents of locker 135 but for the intervention of the police. On the facts here, it is clear that the security guards acted totally independently of the police in their initial search. In *M. (M.R.)*, the involvement of the police was even greater than in the case at bar, since the police had been contacted prior to the search and were present during the search. In the present case, the relationship between the police and the security guards developed after the security guards searched the appellant’s locker. The guards started an investigation on their own initiative, without any instructions or directions from the police. While the incident report forms used by the security guards contain spaces for police incident numbers and badge numbers, I agree with the Crown that this only reflects a general policy of the security company to cooperate with the police. It is only normal, considering their functions, that security guards may be called upon to contact the police on a regular basis. That does not put them in a “standing” agency relationship with the police. This is confirmed by the *Private Investigators and Security Guards Act*, R.S.M. 1987, c. P132, which regulates the security guards’ activities in Manitoba. Indeed, s. 35 expressly provides that security guards should not hold themselves out in any manner as performing or providing services or duties connected with the police.

Volunteer participation in the detection of crime by private actors, or general encouragements by the police authorities to citizens to participate in the detection of crime, will not usually be sufficient direction by the police to trigger the application of the *Charter*. Rather, the intervention of the police

Pour que la *Charte* s’applique à une entité privée, il doit être établi que celle-ci met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé. Comme j’ai ajouté, dans *McKinney*, à la p. 269, « [l]e critère de l’objet public est simplement inadéquat » et « [c]e n’est tout simplement pas le critère qu’impose l’art. 32 ». [Souligné dans l’original.]

Les gardes de sécurité ne peuvent non plus être considérés comme des représentants de l’État. Compte tenu du critère dégagé dans *Broyles* et dans *M. (M.R.)*, précités, la question à se poser est de savoir si les gardes de sécurité auraient fouillé le casier 135 sans l’intervention des policiers. Il ressort des faits de l’espèce que, lors de la fouille initiale, les agents de sécurité ont agi de manière totalement indépendante de la police. Dans *M. (M.R.)*, la participation policière était même plus grande qu’en l’espèce, car les policiers avaient été appelés avant la fouille et y avaient assisté. En l’espèce, le lien entre la police et les gardes de sécurité s’est établi après que ces derniers eurent fouillé le casier de l’appelant. Les gardes ont procédé à une vérification de leur propre chef, sans aucune directive de la police. Même si le formulaire de rapport utilisé par les gardes de sécurité renferme des espaces pour y inscrire le numéro de rapport d’événement et de matricule des policiers, je conviens avec le ministère public que cela montre seulement que l’entreprise de sécurité a pour politique générale de collaborer avec la police. Vu leurs fonctions, il est normal que les gardes de sécurité soient périodiquement appelés à communiquer avec la police. Cela n’établit pas pour autant une relation « permanente » mandant-mandataire entre la police et eux. La *Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité*, L.R.M. 1987, ch. P132, qui régleme les activités des gardes de sécurité au Manitoba, le confirme. En effet, l’art. 35 dispose expressément qu’un garde de sécurité ne doit pas donner lieu de croire, de quelque manière, qu’il fournit des services ou exerce des fonctions ayant des rapports avec le travail de la police.

Habituellement, le fait pour des citoyens de participer volontairement à la détection du crime ou pour les autorités policières de les encourager de manière générale à le faire ne constitue pas, de la part de la police, une direction suffisante pour que s’applique la *Charte*. L’intervention de la police doit viser

must be specific to the case being investigated (see, on the specific issue of whether security guards were acting as agents of the state: *Fitch, supra*; *R. v. Caucci* (1995), 43 C.R. (4th) 403 (Que. C.A.)). In the case at bar, there is nothing in the evidence which supports the view that the police instructed the security guards to search locker 135 and therefore the security guards cannot be considered state agents.

31

While there has been a growing use of private security in Canada and while private security officers arrest, detain and search individuals on a regular basis, “[t]he exclusion of private activity from the *Charter* was not a result of happenstance. It was a deliberate choice which must be respected” (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 262). It may be that if the state were to abandon in whole or in part an essential public function to the private sector, even without an express delegation, the private activity could be assimilated to that of a state actor for *Charter* purposes. This is not the case here. As for whether private security guards are “agents of the state”, the test in *Broyles, supra*, invites a case-by-case analysis which focusses on the actions which have given rise to the alleged *Charter* breach by the security guards and the relationship between them and the state. In any event, it should be noted that where no state actors are involved, other remedies than those under the *Charter* may be available for exclusion of the impugned evidence, as we will see below. In this case, the trial judge correctly focussed his analysis on the search conducted by the police, to which I now turn.

C. *Was the Search of Locker 135 by the Police Contrary to Section 8 of the Charter?*

32

We must now determine whether the search of the locker by the police was a reasonable search within the meaning of s. 8 (*Edwards, supra*, at para. 45). “A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable, and if the manner in which the search was carried out is reasonable”: *Collins, supra*, at p. 278. The search of the locker was a warrantless search. Such searches are *prima*

spécifiquement une affaire sous enquête (voir, sur la question précise de savoir si des gardes de sécurité ont agi à titre de représentants de l’État, *Fitch*, précité; *R. c. Caucci* (1995), 43 C.R. (4th) 403 (C.A. Qué.)). En l’espèce, rien dans la preuve n’indique que les policiers ont donné aux gardes de sécurité la directive de fouiller le casier 135, de sorte que ces derniers ne peuvent être considérés comme des représentants de l’État.

Bien que le recours aux agences de sécurité privées se soit accru au Canada et que des agents de sécurité procèdent couramment à des arrestations, à des mises en détention et à des fouilles, « [l]’exclusion des activités privées de l’application de la *Charte* n’est pas le fruit du hasard. C’est un choix délibéré qu’il faut respecter » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 262). Si l’État abandonnait au secteur privé, en totalité ou en partie, une fonction publique essentielle, même sans délégation expresse, il se peut que l’activité privée soit alors assimilée à une activité de l’État pour les besoins de la *Charte*. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Pour ce qui est de savoir si un garde de sécurité du secteur privé est un « représentant de l’État », le critère établi dans *Broyles*, précité, appelle une analyse cas par cas, axée sur les actes qui ont donné lieu à l’atteinte alléguée à la *Charte* et sur le lien existant entre les gardes de sécurité et l’État. Quoiqu’il en soit, il faut souligner que, lorsque aucun représentant de l’État n’est intervenu, il existe d’autres moyens que le recours à la *Charte* pour écarter la preuve contestée, comme nous le verrons plus loin. En l’espèce, le juge du procès a mis l’accent, à juste titre, sur la fouille des policiers, que j’examine maintenant.

C. *La fouille du casier 135 par les policiers contrevient-elle à l’art. 8 de la Charte?*

Nous devons maintenant décider si la fouille du casier par les policiers est abusive au sens de l’art. 8 (*Edwards*, précité, par. 45). La fouille n’est pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée de manière abusive : *Collins*, précité, p. 278. La fouille du casier a été effectuée sans mandat. Elle est donc, de prime abord, abusive et il incombe au

facie unreasonable, and the onus rests on the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that the search was reasonable.

The Court of Appeal concluded, at para. 11, that the marijuana had been obtained by the police following a simple transfer of control from the security guards, which did not constitute a search and seizure by the police:

It was only after the marihuana was discovered and under the control of the security guards that the police were called in. When the police attended, the locker was reopened and the marihuana taken into police custody. But the reality is that this was a mere transfer of control from the security guards to the police. Had the security guards placed the marihuana into a corner cupboard or into a different locker, there would be no question but that the transfer of the marihuana would not have constituted a search and seizure by the police. Placing the marihuana back into the same locker on a temporary basis, but still under the control of the security guards, leads to the same conclusion.

With respect, I disagree. The appellant initially had a reasonable expectation of privacy regarding the contents of his locker. His privacy was invaded by the security guards. The guards then placed his belongings back in the locker. The appellant's reasonable expectation of privacy was continuous. Just because the security guards violated his privacy once does not mean that any subsequent violations will be permissible. The conduct of the police — opening of a locked locker over which the appellant still had lawful control and taking possession of its contents — constituted a "search" within the meaning of s. 8 as well as a "seizure", the essence of which is the "taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 431, *per* La Forest J.

This Court has held that in certain circumstances, the mere "transfer of control" of evidence from a private citizen to police can constitute a seizure within the meaning of s. 8. In *Dyment, supra*, La Forest J. said, at p. 435:

If I were to draw the line between a seizure and a mere finding of evidence, I would draw it logically and purposefully at the point at which it can reasonably be said

ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ne l'était pas.

La Cour d'appel conclut, au par. 11, que la police a mis la main sur la marijuana à la suite d'un simple transfert de contrôle de la drogue par les gardes de sécurité, et qu'il ne s'agit donc ni d'une fouille ni d'une saisie policière :

[TRADUCTION] Ce n'est qu'une fois la marijuana découverte et sous le contrôle des gardes de sécurité qu'on a appelé la police. À l'arrivée des policiers, le casier a été rouvert et la marijuana a été confiée à leur garde. Dans les faits, il s'agit d'un simple transfert du contrôle de la drogue des gardes de sécurité aux policiers. Si les gardes de sécurité avaient mis la marijuana dans un placard ou dans un autre casier, il aurait été clair que ce transfert n'équivalait ni à une fouille ni à une saisie policière. Le fait qu'ils ont remis temporairement la marijuana dans le même casier et en ont conservé le contrôle mène à la même conclusion.

Avec égards, je ne suis pas d'accord. Initialement, l'appelant avait une attente raisonnable de vie privée relativement au contenu de son casier. Les gardes de sécurité ont porté atteinte à sa vie privée. Ils ont ensuite remis ses affaires dans le casier. L'attente raisonnable de vie privée de l'appelant était continue. Ce n'est pas parce que les gardes de sécurité avaient déjà porté atteinte à sa vie privée que toute atteinte subséquente était acceptable. Le comportement de la police — ouvrir un casier verrouillé dont l'appelant avait encore la possession légitime et mettre la main sur son contenu — équivalait à une « fouille » au sens de l'art. 8, de même qu'à une « saisie », celle-ci se produisant « lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement » : *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431, le juge La Forest.

La Cour a statué que, dans certaines circonstances, le simple « transfert de contrôle » de la preuve d'un citoyen à la police peut constituer une saisie au sens de l'art. 8. Dans *Dyment*, précité, le juge La Forest dit, à la p. 435 :

Si je devais tracer la ligne de démarcation entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve, je la situerais, logiquement et conformément à son objet, au point où

that the individual had ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized.

In this case, it cannot reasonably be said that the appellant had ceased to have a privacy interest in the contents of his locker. The subsequent conduct of the police should be considered a seizure within the meaning of s. 8. I see no basis for holding that a person's reasonable expectation of privacy as to the contents of a rented and locked bus depot locker is destroyed merely because a private individual (such as a security guard) invades that privacy by investigating the contents of the locker. The intervention of the security guards does not relieve the police from the *Hunter* requirement of prior judicial authorization before seizing contraband uncovered by security guards. To conclude otherwise would amount to a "circumvention of the warrant requirement" (*Law, supra*, at para. 23). The security guards' search of the locker, which is not subject to the *Charter*, cannot exempt the police from the stringent prerequisites that come into play when the state wishes to intrude the appellant's privacy (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 64; *Law*, at para. 23).

35 I agree with the trial judge that the presumption that the warrantless search was unreasonable has not been rebutted by the Crown. There were no exigent circumstances, that is no immediate danger of the loss, removal, destruction, or disappearance of evidence if the search and seizure was delayed (*R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 243). The Crown cannot rely on any statutory or common law authority to show that the search was "authorized by law". Therefore, the requirements of *Collins* have not been satisfied.

36 The reasons for the police officers proceeding as they did are not relevant at this stage. Whether they believed that a warrant was not required, or would not likely be obtained, would not affect the legality of the search. These issues will be addressed in the s. 24(2) analysis (see *Mercer, supra*, at p. 189). Evidently, the fact that there may not have been

on peut raisonnablement affirmer que l'individu n'a plus droit à la préservation du caractère confidentiel de l'objet qui serait saisi.

En l'espèce, on ne peut raisonnablement affirmer que l'appellant n'avait plus droit à la préservation du caractère confidentiel de ce qui se trouvait dans son casier. Les mesures prises subséquemment par la police doivent être assimilées à une saisie au sens de l'art. 8. Je ne vois aucun motif de conclure que, du seul fait qu'un particulier (comme un garde de sécurité) a porté atteinte à sa vie privée en fouillant le contenu du casier verrouillé qu'elle a loué dans une gare routière, une personne n'a plus d'attente raisonnable de vie privée relativement au contenu de ce casier. L'intervention des gardes de sécurité ne soustrait pas les policiers à l'obligation, énoncée dans *Hunter*, d'obtenir au préalable l'autorisation du tribunal de saisir la contrebande découverte par les gardes de sécurité. Toute autre conclusion équivaudrait à « contourner l'exigence d'obtenir un mandat » (*Law*, précité, par. 23). La fouille du casier par les gardes de sécurité, qui échappe à l'application de la *Charte*, ne peut soustraire la police aux exigences rigoureuses qui s'appliquent lorsque l'État décide de s'immiscer dans la vie privée d'un citoyen (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 64; *Law*, par. 23).

Comme le juge du procès, j'estime que le ministère public n'a pas réfuté la présomption selon laquelle la fouille sans mandat était abusive. Il n'y avait ni situation d'urgence ni risque imminent que des éléments de preuve soient perdus, enlevés, détruits ou qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie était retardée (*R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 243). Le ministère public ne peut invoquer aucun pouvoir conféré par la loi ou la common law pour établir que la fouille était « autorisée par la loi ». Les exigences découlant de *Collins* ne sont donc pas remplies.

Les motifs pour lesquels les policiers ont agi comme ils l'ont fait sont sans pertinence à ce stade. Qu'ils aient cru qu'un mandat n'était pas nécessaire ou qu'ils ne l'obtiendraient probablement pas n'a aucune incidence sur la légalité de la fouille. Ces questions sont examinées dans l'analyse relative au par. 24(2) (voir *Mercer*, précité, p. 189).

sufficient grounds to obtain a search warrant does not justify a warrantless search. Quite the opposite. It confirms that the invasion of privacy is not permissible. In such a case, “the avenues open to law enforcement authorities are to continue to investigate by methods less intrusive than a search and to seek to obtain a search warrant should the proper grounds upon which to do so materialize”: *Mercer*, at p. 189; see also *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 29.

The Crown also contends that the seizure was justified under the “plain view” doctrine, because the actions of the security guards put the contraband in plain view of the police. This argument must fail. It is not sufficient to argue that the evidence was in plain view at the time of the seizure. Indeed, it will nearly always be the case that police see the object when they seize it (see *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. v. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8 (Sask. C.A.), at para. 36). It stretches the meaning of “plain view” to argue that an item placed in a duffel bag inside a locked locker is somehow in plain view of the police. The “plain view” doctrine requires, perhaps as a central feature, that the police officers have a prior justification for the intrusion into the place where the “plain view” seizure occurred (see, e.g., *Law*, *supra*, at para. 27; *Spindloe*, *supra*; *R. v. Belliveau* (1986), 75 N.B.R. (2d) 18 (C.A.); *R. v. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548 (Sask. C.A.); *R. v. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195 (C.A.), *aff’d* [1996] 1 S.C.R. 70; *R. v. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341 (N.S.C.A.), *aff’d* [1996] 1 S.C.R. 70; *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983), at p. 741; *Coolidge*, *supra*). The police did not come upon the marijuana during the course of a routine patrol or by the ordinary use of their senses. The police had no prior authorization to enter into the appellant’s locker. While, in the circumstances of this case, they could lawfully enter the bus station, they could not lawfully enter the locker itself without a warrant. It follows the contraband was clearly not in plain view of the police so as to justify the legality of the seizure within the “plain view” doctrine.

Évidemment, l’absence de motifs suffisants pour obtenir un mandat ne justifie pas de procéder à une fouille sans mandat. Bien au contraire, elle confirme que l’atteinte à la vie privée est inacceptable. En pareil cas, [TRADUCTION] « les options qui s’offrent aux responsables de l’application de la loi sont de poursuivre l’enquête en recourant à des méthodes moins attentatoires que la fouille et la perquisition et de demander un mandat dès qu’ils ont des motifs suffisants de le faire » : *Mercer*, p. 189; voir aussi *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 29.

Le ministère public prétend également que la théorie des « objets bien en vue » justifie la saisie parce que les actes des gardes de sécurité ont eu pour effet de mettre la contrebande bien à la vue des policiers. Cet argument doit être rejeté. Il ne suffit pas d’affirmer que la preuve était bien en vue au moment de la saisie. En fait, dans la quasi-totalité des cas, les policiers voient l’objet lorsqu’ils le saisissent (voir *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. c. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8 (C.A. Sask.), par. 36). C’est forcer le sens de l’expression que de soutenir qu’un article placé dans un sac à l’intérieur d’un casier verrouillé est en quelque sorte « bien en vue » des policiers. La théorie des objets bien en vue exige, et peut-être s’agit-il d’un élément central, que l’agent de police ait été préalablement justifié de s’introduire dans les lieux où ont été saisis les objets « bien en vue » (voir p. ex. *Law*, précité, par. 27; *Spindloe*, précité; *R. c. Belliveau* (1986), 75 N.R.-B. (2^e) 18 (C.A.); *R. c. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548 (C.A. Sask.); *R. c. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195 (C.A.), *conf. par* [1996] 1 R.C.S. 70; *R. c. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341 (C.A.N.-É.), *conf. par* [1996] 1 R.C.S. 70; *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730 (1983), p. 741; *Coolidge*, précité). Les policiers n’ont pas découvert la marijuana lors d’une patrouille de routine ou par l’usage ordinaire de leurs sens. Ils n’avaient pas obtenu l’autorisation préalable d’ouvrir le casier de l’appelant. Même si, dans les circonstances en l’espèce, ils pouvaient légalement pénétrer dans la gare routière, ils ne pouvaient accéder légalement au casier sans mandat. Comme la contrebande n’était manifestement pas à la vue des policiers, la légalité de la saisie ne peut être justifiée suivant cette théorie.

38 The warrantless search and seizure of the items stored in the rented and locked bus depot locker was an impermissible intrusion of the state on a legitimate and reasonable expectation of privacy and, therefore, constitutes a violation of s. 8 of the *Charter*.

39 Before turning to s. 24(2), I wish to address briefly the approach taken by the Court of Appeal in this case. I will make two observations. First, we do not have to decide whether there would have been a “search” by the police had the security guards not replaced the contents inside the locker but had held it in a corner cupboard. This is not what they did here. Had they done so, we might have had to adapt the test in *Broyles, supra*, to determine if and when the security guards would have become state agents or, alternatively, if the “mere transfer of control” in that case could have been characterized as a “seizure” by the police within the meaning of s. 8.

40 Second, and more importantly, I wish to stress that even if the reasoning of the Court of Appeal were sound and that there had been no search and seizure triggering s. 8 of the *Charter*, remedies other than under the *Charter* might be available in such a case to an accused seeking exclusion of the impugned evidence. Indeed, even in the absence of a *Charter* breach, judges have a discretion at common law to exclude evidence obtained in circumstances such that it would result in unfairness if the evidence was admitted at trial, or if the prejudicial effect of admitting the evidence outweighs its probative value (see, in the context of confessions: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 696, *per* Lamer J., as he then was; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 69, *per* Iacobucci J.; see also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 339-40); see also, in other contexts, *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *per* La Forest J.; *Caucci, supra*, at paras. 13 and 17; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 30-33). Such an argument was not advanced in this case as the appellant maintained throughout that he was entitled to a *Charter* remedy for a s. 8 violation. In light of my conclusion on the s. 8 issue, it is not necessary to explore

La fouille et la saisie sans mandat des articles mis sous clé dans le casier loué à la gare routière sont donc une violation inacceptable par l'État d'une attente à la fois légitime et raisonnable de vie privée, et donc une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

Avant de passer au par. 24(2), je ferai deux brèves remarques sur le raisonnement de la Cour d'appel. Premièrement, nous n'avons pas à décider si l'intervention de la police aurait constitué une « fouille » dans le cas où les gardes de sécurité n'auraient pas remis les objets à l'intérieur du casier, mais les auraient rangés dans un placard. Ce n'est pas ce qu'ils ont fait. S'ils l'avaient fait, nous aurions pu devoir adapter le critère de *Broyles*, précité, pour décider si les gardes de sécurité étaient devenus des représentants de l'État, et à quel moment, ou, subsidiairement, si le « simple transfert de contrôle » pouvait être considéré comme une « saisie » par la police au sens de l'art. 8.

Deuxièmement, et cela est plus important, même si le raisonnement de la Cour d'appel était valable et qu'aucune fouille, perquisition ou saisie n'avait enclenché l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé pouvait avoir d'autres moyens que le recours à la *Charte* pour demander l'exclusion de la preuve en cause. En effet, même en l'absence de violation de la *Charte*, les tribunaux ont, en common law, le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve obtenue dans des circonstances telles que son utilisation rendrait le procès inéquitable ou que l'effet préjudiciable de son utilisation l'emporterait sur sa valeur probante (voir en matière d'aveux : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 696, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 69, le juge Iacobucci; voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 339-340); et dans d'autres contextes, *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, le juge La Forest; *Caucci*, précité, par. 13 et 17; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 30-33). Cet argument n'a pas été invoqué par l'appellant qui a soutenu dans toutes les instances avoir droit à réparation en vertu de la *Charte* en raison de la violation de l'art. 8. Étant donné ma conclusion relative à l'art. 8, il n'est pas

further whether this common law discretion could have extended to the exclusion of real evidence in circumstances such as here. Rather, we must turn to whether the marijuana illegally seized by the police should be excluded under s. 24(2) because its admission “would bring the administration of justice into disrepute”.

D. Should the Evidence be Excluded Under Section 24(2) of the Charter?

Since this Court’s landmark decision in *Collins, supra*, the various factors to be considered in making this determination have been organized under a three-step inquiry which has been generally adopted and applied in subsequent decisions of this Court. In the recent decision of *Law, supra*, the Court summarized at para. 33 the process for determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute:

In *Collins, supra*, this Court grouped the circumstances to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police’s conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Trial judges are under an obligation to consider these three factors.

Prior to discussing these factors in the context of this case, it is appropriate to canvass the principles applicable to appellate review of a trial judge’s decision to exclude or admit evidence following a breach of the *Charter*.

The trial judge’s decision whether to exclude or not evidence under s. 24(2) of the *Charter* is, like any question of admissibility, a question of law from which an appeal will generally lie (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 653). In *Therens*, Le Dain J. clearly indicated, at p. 654, that “[u]nder the terms of s. 24(2), where a judge concludes that the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, he or she has a duty, not a discretion, to exclude the evidence. This distinction is of some importance, of course, with reference to the scope of review of a determination under s. 24(2).” It does not follow

nécessaire d’approfondir la question de savoir si ce pouvoir discrétionnaire de common law aurait pu s’appliquer à l’exclusion d’une preuve matérielle dans des circonstances telles que celles de la présente espèce. Nous devons plutôt nous demander si la marijuana saisie illégalement par la police doit être exclue en vertu du par. 24(2) parce que son utilisation « est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ».

D. Faut-il écarter la preuve en application du par. 24(2) de la Charte?

Depuis l’arrêt-clé *Collins*, précité, la Cour a regroupé les facteurs à examiner sur ce point dans une analyse en trois temps qu’elle a généralement suivie dans ses décisions ultérieures. Dans le récent arrêt *Law*, précité, au par. 33, la Cour résume le processus permettant de décider si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice :

Dans *Collins*, précité, la Cour a regroupé en trois catégories les facteurs à examiner pour l’application du par. 24(2) : (1) l’effet de l’utilisation de la preuve sur l’équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l’effet de l’exclusion de la preuve sur l’administration de la justice. Au procès, les juges sont tenus de prendre ces trois facteurs en considération.

Avant d’examiner ces facteurs dans le contexte de l’espèce, il convient de passer en revue les principes applicables à l’appel de la décision du juge du procès d’exclure ou non un élément de preuve à la suite d’une violation de la *Charte*.

La décision du juge du procès d’écarter ou non un élément de preuve sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte* constitue, comme toute question de recevabilité, une question de droit pouvant généralement faire l’objet d’un appel (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 653). Dans cet arrêt, le juge Le Dain dit clairement, à la p. 654, que suivant le « par. 24(2), lorsqu’un juge conclut que l’utilisation d’une preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, il a le devoir et non pas le pouvoir discrétionnaire d’écarter cette preuve. Cette distinction revêt évidemment une certaine importance relativement à l’étendue du contrôle qui peut être fait d’une

however that there are no discretionary elements in a s. 24(2) analysis.

43

Indeed, in *Collins, supra*, while expressing agreement with Le Dain J. regarding the duty of the judge to admit or exclude evidence as a result of her or his findings, Lamer J. mentioned, at pp. 275-76, that where the trial judge's decision is based, for instance, on his assessment of the credibility of the witness, that assessment cannot be challenged by way of appeal. Later in his reasons, at p. 283, Lamer J. reminded trial judges that their "discretion [on whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute] is grounded in community values" and that it would not be interfered with on appeal unless it is exercised in an unreasonable manner.

44

In light of the above, a distinction has been drawn between the judicial adjudication of disrepute, which involves an appreciation of evidence in the exercise of discretion, and the judicial decision to exclude, which is a duty flowing from a finding of disrepute (see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 423). Deciding whether each of the preconditions to exclusion is met requires an evaluation of the evidence and the exercise of a substantial amount of judgment which mandates deference by appellate courts (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at p. 276; see also *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 733). This Court has emphasized on numerous occasions the importance of deferring to the s. 24(2) *Charter* findings of lower court judges: see, e.g., *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *Kokesch, supra*, at p. 19; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 625; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 539; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3, at p. 3; *Grant, supra*, at p. 256; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 35; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68. It was recently recalled by this Court in *Law, supra*, at para. 32:

décision rendue en vertu du par. 24(2). » Cela ne veut pas dire pour autant que l'analyse fondée sur le par. 24(2) ne comporte aucun élément discrétionnaire.

En effet, dans *Collins*, précité, tout en se disant d'accord avec le juge Le Dain quant à l'obligation du juge d'utiliser ou d'écarter la preuve selon les conclusions auxquelles il arrive, le juge Lamer signale, aux p. 275-276, que lorsque la décision du juge du procès s'appuie, par exemple, sur son appréciation de la crédibilité du témoin, cette appréciation ne peut être contestée en appel. Plus loin, à la p. 283, le juge Lamer rappelle à chaque juge que « son pouvoir discrétionnaire [de décider si l'utilisation de l'élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice] est enraciné dans les valeurs de la société » et que sa décision ne sera pas modifiée en appel s'il n'a pas exercé ce pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

Compte tenu de ce qui précède, une distinction existe entre la conclusion du tribunal concernant la déconsidération de l'administration de la justice, qui suppose une appréciation de la preuve dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et la décision judiciaire d'écarter un élément de preuve, qui constitue un devoir qui en découle (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 423). Décider si chacune des conditions préalables à l'exclusion est remplie exige une appréciation de la preuve et l'exercice d'une large part de jugement, et commande donc de la déférence de la part de la cour d'appel (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3^e éd. 2002), p. 276; voir aussi *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 733). La Cour a souligné plusieurs fois l'importance de la déférence envers les conclusions des juges d'instances inférieures concernant le par. 24(2) de la *Charte* : voir p. ex. *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98; *Kokesch*, précité, p. 19; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 783; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, p. 625; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 539; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, p. 3; *Grant*, précité, p. 256; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 35; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68. Récemment, dans *Law*, précité, par. 32, elle l'a soulignée à nouveau :

While the decision to exclude must be a reasonable one, a reviewing court will not interfere with a trial judge's conclusions on s. 24(2) absent an "apparent error as to the applicable principles or rules of law" or an "unreasonable finding"

This is also consistent with the recent decision of this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. The appreciation of whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute is a question of mixed fact and law as it involves the application of a legal standard to a set of facts. In *Housen*, at para. 37, Iacobucci and Major JJ., for the majority, held that "[t]his question is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law".

On the s. 24(2) issue as on all others, the trial judge hears evidence and is thus better placed to weigh the credibility of witnesses and gauge the effect of their testimony. Iacobucci J., dissenting in part in *Belnavis*, *supra*, at para. 76, explained cogently the rationale for deference to the findings of trial judges:

The reasons for this principle of deference are apparent and compelling. Trial judges hear witnesses directly. They observe their demeanour on the witness stand and hear the tone of their responses. They therefore acquire a great deal of information which is not necessarily evident from a written transcript, no matter how complete. Even if it were logistically possible for appellate courts to re-hear witnesses on a regular basis in order to get at this information, they would not do so; the sifting and weighing of this kind of evidence is the particular expertise of the trial court. The further up the appellate chain one goes, the more of this institutional expertise is lost and the greater the risk of a decision which does not reflect the realities of the situation.

The findings of the trial judge which are based on an appreciation of the testimony of witnesses will therefore be shown considerable deference. In s. 24(2) findings, this will be especially true with

Bien que la décision d'écarter un élément de preuve doive être raisonnable, la cour siégeant en révision ne modifiera pas les conclusions du juge de première instance concernant le par. 24(2) en l'absence d'une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou d'une « conclusion déraisonnable ».

Cette affirmation est également compatible avec le récent arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. La question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice est une question mixte de fait et de droit en ce qu'elle suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major, pour la majorité, statuent que « [c]ette question est assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n'ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit » (par. 37).

Sur l'application du par. 24(2) comme sur toute autre question, le juge du procès entend la preuve et il est mieux placé pour apprécier la crédibilité des témoins et juger de l'effet de leurs témoignages. Dans *Belnavis*, précité, où il était dissident en partie, le juge Iacobucci explique de manière convaincante la raison d'être de cette déférence due aux conclusions du juge du procès (au par. 76) :

Les raisons qui expliquent ce principe de retenue sont évidentes et impérieuses. Les juges du procès entendent directement les témoins. Ils observent leur comportement à la barre et entendent le ton de leurs réponses. Ils obtiennent donc beaucoup de renseignements qui ne se dégagent pas nécessairement d'une transcription, si complète soit-elle. Même si, sur le plan logistique, il était possible aux cours d'appel de réentendre régulièrement les témoins afin d'obtenir ces renseignements, elles ne le feraient pas; l'examen et l'évaluation de ce genre d'éléments de preuve relèvent de la compétence particulière de la cour de première instance. Plus on remonte la chaîne d'appels, plus on perd cette compétence institutionnelle et plus le risque est grand de voir prendre une décision qui ne reflète pas la réalité de la situation.

Quand elles sont fondées sur une appréciation des témoignages, les conclusions du juge du procès appellent une grande déférence. Cela est particulièrement vrai, pour l'application du par. 24(2), à

45

46

47

respect to the assessment of the seriousness of the breach, which depends on factors generally established through testimony, such as good faith and the existence of a situation of necessity or urgency (*Law, supra*, at paras. 38-41).

48

As I explain in greater detail below, it is my view that the trial judge's conclusions were neither unreasonable nor based upon an error or a misapprehension of the applicable law. They are therefore entitled to deference from this Court. Even though my own appreciation of the s. 24(2) factors may have been different than that of the trial judge, I can find no basis to overrule his findings on this regard.

(1) Trial Fairness

49

Where the admission of the evidence would render a trial unfair, it could bring the administration of justice into disrepute to receive it and it must therefore be excluded. As Bastarache J. explained in *Law, supra*, at para. 34, citing *Collins, supra*, at p. 284, “[t]he concept of trial fairness is ultimately concerned with the continued effects of unfair self-incrimination on the accused; thus, the principal (though not exclusive) considerations at this stage will be the nature of the evidence obtained and the nature of the right violated”. As Bastarache J. noted, the leading case on this issue is *Stillman, supra*, which held that the admission of “conscriptive” evidence, whether self-emanating or derivative, would generally affect the fairness of the trial. Evidence will be classified as conscriptive where “an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples”: *Stillman*, at para. 80, *per* Cory J.

50

The evidence obtained in violation of the *Charter* which does not emanate from the accused but rather existed independently of the violation is classified as non-conscriptive evidence. Its admission will not affect adjudicative fairness, but the second and third sets of factors may militate towards its exclusion: *Stillman, supra*; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

l'égard de l'appréciation de la gravité de l'atteinte, qui dépend de facteurs ressortant généralement des témoignages, comme la bonne foi et l'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité (*Law, précité*, par. 38-41).

Comme je l'explique en détail plus loin, j'estime que les conclusions du juge du procès ne sont ni déraisonnables ni fondées sur une erreur ou une mauvaise interprétation du droit applicable. La Cour doit donc faire preuve de déférence à leur égard. Même si ma propre appréciation des facteurs d'application du par. 24(2) pourrait différer de celle du juge du procès, je ne vois aucune raison d'infirmier sa décision sur ce point.

(1) L'équité du procès

Lorsque l'utilisation d'une preuve aurait pour effet de rendre le procès inéquitable, elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de sorte que la preuve doit être écartée. Comme l'explique le juge Bastarache dans *Law, précité*, par. 34, reprenant les propos de la Cour dans *Collins, précité*, p. 284, « [l]a notion d'équité du procès s'attache en fin de compte aux effets continus de l'auto-incrimination sur l'accusé, de sorte que les principaux (mais non les seuls) éléments dont il faut tenir compte à cette étape sont la nature de la preuve obtenue et celle du droit violé ». Il précise que l'arrêt-clé à cet égard est *Stillman, précité*, où la Cour statue que l'utilisation de la preuve conscrite, « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même », qu'elle émane de l'accusé ou qu'il s'agisse d'une preuve dérivée, porte généralement atteinte à l'équité du procès. Une preuve est conscrite lorsque « l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles » : *Stillman*, par. 80, le juge Cory.

La preuve obtenue en violation de droits garantis par la *Charte* qui n'émane pas de l'accusé mais existe indépendamment de l'atteinte est qualifiée de preuve non conscrite. Son utilisation ne touche pas l'équité du procès, mais les deuxième et troisième groupes de facteurs peuvent militer en faveur de son exclusion : *Stillman, précité*; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

In the present case, Aquila Prov. Ct. J. was correct in concluding that admission of the marijuana seized following the search of locker 135 does not affect adjudicative fairness. The appellant has not been conscripted against himself in the creation of evidence and the evidence pre-existed the violation of the *Charter*. Furthermore, the evidence was clearly “discoverable” without any infringement of *Charter* rights. Thus, as the marijuana is non-conscriptive, “discoverable” evidence, its admission would not render the trial unfair. The admissibility of the marijuana therefore turns on a balancing of the factors relevant to the second and third questions — how serious was the breach, and would exclusion of the evidence discredit the justice system?

(2) Seriousness of the Breach

The second set of factors relates to the seriousness of the *Charter* violation. The seriousness of the police’s conduct depends on “whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant” (*Therens, supra*, at p. 652). It is also relevant to consider whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity: *Therens*, at p. 652; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at p. 367; *Law, supra*, at para. 37. Also pertinent is whether the police officer could have obtained the evidence by other means, thus rendering her or his disregard for the *Charter* gratuitous and blatant: *Collins, supra*, at p. 285; *Law*, at para. 37. The court may also look at some or all of the following factors: the obtrusiveness of the search, the individual’s expectation of privacy in the area searched and the existence of reasonable and probable grounds (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 34). As we have seen, the trial judge is entitled to considerable deference on this point: *Law*, at para. 38.

In this case, the trial judge concluded as follows, at para. 40:

The violation was serious and was not simply a technical one. The court is concerned at the casual approach that the police took in infringing the accused’s rights in

En l’espèce, le juge Aquila a raison de conclure que l’utilisation en preuve de la marijuana saisie lors de la fouille du casier 135 ne porte pas atteinte à l’équité du procès. L’appelant n’a pas été forcé de participer à la constitution de la preuve, et la preuve existait avant l’atteinte à la *Charte*. En outre, l’élément de preuve était manifestement « susceptible d’être découvert » sans atteinte à un droit constitutionnel. Comme la marijuana est une preuve non conscrite et « susceptible d’être découverte », son utilisation n’aurait pas pour effet de rendre le procès inéquitable. Pour décider de la recevabilité de cet élément de preuve, il faut donc pondérer les facteurs correspondant aux deuxième et troisième questions : quelle est la gravité de l’atteinte, et l’exclusion de la preuve déconsidérerait-elle l’administration de la justice?

(2) La gravité de l’atteinte

Le deuxième ensemble de facteurs a trait à la gravité de la violation de la *Charte*. Sa gravité dépend de « savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s’il s’agit d’une violation délibérée, volontaire ou flagrante » (*Therens*, précité, p. 652). Il y a lieu de déterminer également si l’atteinte a été motivée par une situation d’urgence ou de nécessité : *Therens*, p. 652; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, p. 367; *Law*, précité, par. 37. Il importe aussi de déterminer si l’agent de police aurait pu obtenir la preuve par d’autres moyens, auquel cas l’inobservation de la *Charte* serait dénuée de motif et flagrante : *Collins*, précité, p. 285; *Law*, par. 37. La Cour peut également tenir compte des facteurs suivants : le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne à l’égard du lieu où s’effectue la fouille et l’existence de motifs raisonnables et probables (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 34). On a vu que la conclusion du juge du procès sur ce point justifie une grande déférence : *Law*, par. 38.

Dans la présente affaire, le juge du procès conclut ce qui suit au par. 40 :

[TRADUCTION] L’atteinte était grave et non simplement de pure forme. La cour déplore la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits

these circumstances. It is this court's view and concern that if the evidence was to be admitted in this trial that it may encourage similar conduct by police in the future.

This conclusion comes after Aquila Prov. Ct. J. carefully reviewed the law on s. 24(2), including, citing *Silveira, supra*, the factors to be considered in determining the seriousness of a *Charter* breach.

de l'appelant. Elle estime que permettre l'utilisation de l'élément de preuve au procès pourrait inciter la police à persister dans ce comportement.

Le juge Aquila tire cette conclusion après avoir examiné attentivement l'état du droit relativement au par. 24(2), et notamment, suivant l'arrêt *Silveira*, précité, les facteurs à considérer pour déterminer le degré de gravité de l'atteinte à la *Charte*.

54 The reasons given by Aquila Prov. Ct. J. to exclude the impugned evidence are admittedly somewhat brief. However, there is no suggestion here that the deficiencies in the scope of the reasons foreclose meaningful appellate review (*R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26). As pointed out by Binnie J. in *Sheppard*, at para. 26: "[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".

Les motifs donnés par le juge Aquila pour écarter l'élément de preuve en cause sont, on en convient, assez brefs. Rien ne permet de penser toutefois que ce laconisme empêche une véritable révision en appel (*R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26). Comme le fait remarquer le juge Binnie dans cet arrêt, au par. 26, « [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 ».

55 The fact that Aquila Prov. Ct. J. did not explicitly review all the evidence in his reasons does not persuade me that he failed to consider it as a whole in reaching his conclusion. After listing the three factors to be considered in applying s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge clearly indicated on what basis he excluded the evidence. He directed himself correctly on the applicable law. A detailed examination of the record supports the reasonableness of his conclusions.

Le fait que le juge Aquila ne passe pas explicitement en revue l'ensemble de la preuve ne signifie pas, à mon avis, qu'il a omis de la considérer dans sa totalité pour arriver à sa conclusion. Après avoir énuméré les trois facteurs à considérer pour appliquer le par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès précise clairement les motifs pour lesquels il écarte la preuve. Il a bien circonscrit le droit applicable. L'examen détaillé du dossier montre que sa conclusion est raisonnable.

56 Aquila Prov. Ct. J. was particularly influenced by the fact that the police officers could have obtained a search warrant, but that they did not do so. Indeed, he quoted Lamer J. in *Collins, supra*, at p. 285: "In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence."

Le juge Aquila a été particulièrement influencé par le fait que les agents de police auraient pu obtenir un mandat, mais n'ont pas cherché à le faire. Il cite en effet le juge Lamer dans *Collins*, précité, p. 285 : « D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve. »

57 The good faith of the police is an important factor to consider in order to assess the seriousness of a violation of s. 8 of the *Charter*. Indeed, the central concern expressed by the trial judge was what he called the "casual approach" of the police towards the rights of the appellant. It is not clear from the record whether the police officers did not obtain a

La bonne foi des policiers est un facteur important dans l'appréciation de la gravité d'une atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. En fait, la principale préoccupation du juge du procès est ce qu'il appelle le comportement « désinvolte » des policiers envers les droits de l'appelant. Le dossier n'indique pas clairement si les policiers n'ont pas obtenu de

warrant because they wilfully disregarded the appellant's rights or because they (mistakenly) believed, in good faith, that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy in the locker. Constable Barker testified under cross-examination that to obtain a warrant never crossed his mind:

Q All right. Now, at that point in time, did you think about the search warrant?

A No, we did not.

Q The thought of a search warrant never crossed your mind; is that correct?

A No. That's correct.

Q All right. So you never discussed that with Sergeant Trakalo or anything like that?

A No, I did not.

. . .

Q All right. Have you ever obtained a search warrant before –

A Yes, I have.

Q – in your course of business? Okay. So – and – and you know that as a general procedure, if – if you find a situation where there might be a receptacle, or a house or some location that is a private location, that contains contraband, what you do is you set up a guard over the location, or surveillance, and you go get a search warrant, and then you come back and you enter the premise or – or the receptacle, car, location, whatever it is you're getting the search warrant for; is that a correct procedure I'm referring to there?

A Yes, it is.

Q Okay. And again, no thought of that at this point in time?

A No. [Emphasis added.]

The other constable, Constable Riddell, mentioned that he did consider obtaining a warrant but that he did not think the appellant had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further,

mandat parce qu'ils ont délibérément passé outre aux droits de l'appellant ou parce qu'ils croyaient, à tort, mais de bonne foi, que l'appellant n'avait pas, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée. En contre-interrogatoire, l'agent Barker dit que l'idée d'obtenir un mandat ne lui est jamais venue à l'esprit :

[TRADUCTION]

Q Bien, à ce moment-là, avez-vous pensé à obtenir un mandat de fouille et perquisition?

R Non, nous n'y avons pas pensé.

Q L'idée d'obtenir un mandat ne vous est jamais venue à l'esprit, c'est bien ça?

R Non. C'est exact.

Q Bien. Donc, vous n'avez jamais abordé cette question ou une question de ce genre avec l'agent Trakalo?

R Non, je ne l'ai pas fait.

. . .

Q Bien. Aviez-vous déjà obtenu un mandat auparavant –

R Oui.

Q – dans l'exercice de vos fonctions? Bon. Donc – et vous connaissez la procédure normale – si vous vous trouvez dans une situation où il est possible qu'un réceptacle, ou une maison ou quelque endroit qui est un endroit privé, renferme de la contrebande, de mettre les lieux sous garde ou sous surveillance et d'obtenir un mandat, puis de revenir et de s'introduire dans les lieux ou – ou d'ouvrir le réceptacle, le véhicule, l'endroit, selon ce pour quoi vous demandez le mandat; est-ce bien la procédure à suivre?

R Oui, en effet.

Q Bien. À nouveau, vous n'y avez pas pensé à ce moment-là?

R Non. [Je souligne.]

L'autre policier, l'agent Riddell, mentionne qu'il a envisagé d'obtenir un mandat, mais qu'il ne croyait pas que l'accusé avait, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée ni

he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant:

Q Okay. And by the way, was there any thought about a search warrant up to that point in time? When you went over to that locker there, were you thinking about a search warrant at all?

A Thinking about it, yeah. It's always in the back of your mind, I guess, but –

Q Right. And the reason why you thought about it is because you – you go up there, and you see here's a locker, it's locked –

A Um-hum.

Q – it's something, obviously, that a citizen or maybe – (INAUDIBLE) a foreigner, even, but someone has paid to have privacy in that locker, right?

A Yeah. I guess my thinking was, sir, that being the bus depot's locker, that they had kind of given up the right to privacy in that case.

Q Okay. Well, that's – that's your thoughts. I understand.

A Yeah.

Q So the thought did cross your mind about a search warrant?

A Sure.

Q All right. But it didn't go any further than that, in the sense that you didn't discuss it with your partner?

A Not in detail. I guess basically the short of it was just basically what you and I have just discussed.

Q Right. So you – you decided at that point that whoever was using that locker didn't have sufficient right of privacy, in your mind, that would require a search warrant; that was your reason for not getting a search warrant?

A That, and there would be lack of grounds, even, to – maybe to get a search warrant at the time. [Emphasis added.]

qu'il avait des motifs suffisants pour obtenir un mandat :

[TRADUCTION]

Q Bien. Et en passant, jusqu'à ce moment-là, avez-vous pensé à un mandat de fouille et perquisition? Lorsque vous vous êtes dirigé vers le casier, avez-vous jamais pensé à un mandat?

R Ouais, j'y ai pensé. On y pense toujours, je suppose, mais –

Q Bien. Et vous y avez pensé parce que vous vous dirigez vers l'endroit en question et vous voyez un casier, un casier verrouillé.

R Uh-huh.

Q – c'est quelque chose, de toute évidence, qu'un citoyen ou peut-être – (INAUDIBLE) un étranger, même, mais quelqu'un a payé pour avoir accès en privé à ce casier, n'est-ce-pas?

R Ouais. Je suppose que mon raisonnement a été, Monsieur, que s'agissant d'un casier dans une gare routière, l'intéressé avait en quelque sorte renoncé à sa vie privée dans ce cas.

Q Bien. Alors, c'est ce que vous pensiez. Je comprends.

R Ouais.

Q Donc l'idée vous est venue d'obtenir un mandat de perquisition?

R Certainement.

Q Bien. Mais ce n'est pas allé plus loin, au sens où vous n'en avez pas discuté avec votre collègue?

R Pas de manière précise. Finalement, je suppose qu'en fait, ça s'est limité à ce dont on vient de parler vous et moi.

Q Bien. Donc vous – vous avez décidé alors que quiconque utilisait ce casier n'avait pas un droit suffisant au respect de sa vie privée pour que vous soyez tenu d'obtenir un mandat; c'est la raison pour laquelle vous n'avez pas obtenu de mandat?

R Ça, et l'absence de motifs, même pour – peut-être obtenir alors un mandat de perquisition. [Je souligne.]

59

It should first be noted that the officer's subjective belief that the appellant's rights were not affected does not make the violation less serious, unless his belief was reasonable (see, e.g., *Mercer*,

Il convient de signaler tout d'abord que la croyance subjective de l'agent qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de l'appelant ne diminue pas la gravité de l'atteinte, à moins que sa croyance n'ait

supra, at p. 191). As Sopinka, Lederman and Bryant note, *supra*, at p. 450, “good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer’s unreasonable error or ignorance as to the scope of his or her authority”. Given that the locker had been rented for private use and was locked, and given the broad interpretation this Court has given to the right of privacy, I do not think the officer’s perception that the right to privacy had been “given up” was altogether reasonable.

I share Aquila Prov. Ct. J.’s view that the fact that obtaining a warrant did not even cross the mind of one officer demonstrates a certain casual attitude toward the appellant’s *Charter* rights. Moreover, the admission of Constable Riddell that he did consider obtaining a warrant but that he thought that he lacked sufficient grounds to get one also suggests blatant disregard for the appellant’s rights. In *Kokesch*, *supra*, at p. 29, Sopinka J. stressed the significance of the admission by the police that they were aware they did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant:

Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, it follows that they must leave the suspect alone, not charge ahead and obtain evidence illegally and unconstitutionally. Where they take this latter course, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise, not less. Any other conclusion leads to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. The Crown would happily concede s. 8 violations if they could routinely achieve admission under s. 24(2) with the claim that the police did not obtain a warrant because they did not have reasonable and probable grounds. The irony of this result is self-evident. [First emphasis added; second emphasis in original.]

In this case, the admission by Constable Riddell that he thought there were insufficient grounds to obtain a warrant can properly be viewed as fatal to a claim of good faith. This admission clearly reveals that the police officer made the choice to avoid the legal requirements of obtaining a

été raisonnable (voir p. ex. *Mercer*, précité, p. 191). Comme Sopinka, Lederman et Bryant le signalent dans leur ouvrage, *op. cit.*, p. 450, [TRADUCTION] « la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu’une atteinte à la *Charte* découle d’une erreur déraisonnable d’un agent de police ou de la méconnaissance de l’étendue de son pouvoir ». Puisque le casier avait été loué pour un usage privé et était verrouillé, et vu l’interprétation libérale par la Cour du droit à la vie privée, je ne pense pas que la perception de l’agent selon laquelle l’appelant avait « renoncé » au respect de sa vie privée était de quelque façon raisonnable.

Je partage l’avis du juge Aquila que le fait qu’un des agents n’a même pas pensé à obtenir un mandat indique une certaine désinvolture envers les droits constitutionnels de l’appelant. De plus, le fait que l’agent Riddell a reconnu qu’il y avait songé, mais pensait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat, indique également un mépris flagrant des droits de l’appelant. Dans *Kokesch*, précité, p. 29, le juge Sopinka insiste sur l’importance de l’admission, par un policier, qu’il savait ne pas avoir de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition :

Lorsque la police n’a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d’autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l’avant et obtenir une preuve d’une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu’elle ne le serait autrement, elle ne l’est pas moins. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l’arrêt *Hunter*. La poursuite concéderait volontiers qu’il y a eu violation de l’art. 8 si elle pouvait systématiquement obtenir l’utilisation de la preuve en vertu du par. 24(2) en prétendant que la police n’a pas obtenu de mandat parce qu’elle n’avait pas de motifs raisonnables et probables pour ce faire. L’ironie de ce résultat est évidente. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original.]

En l’espèce, on peut à juste titre considérer que l’admission de l’agent Riddell qu’il estimait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat exclut toute allégation de bonne foi. Cette admission révèle clairement que, même s’il croyait qu’il pouvait être nécessaire d’obtenir

60

61

warrant even on his own assumption that one might be required.

62

Moreover, there was no situation of urgency or necessity, as there was no immediate danger that the evidence would be lost, removed or destroyed, nor was an imminent threat posed by the marijuana in the locker. The situation did not require immediate action to secure the evidence, as the locking mechanism was still engaged and the 24-hour limit had not expired. It is also clear from the record that the police could have obtained the evidence without infringing the appellant's rights. The police could have secured the evidence by other means, by obtaining surveillance of the locker, for example. The officers' evidence indicated that they did not perform surveillance because there were not enough officers on duty that day, which was a Sunday. Under cross-examination, Constable Riddell testified as follows:

Q ... For example, you didn't set up surveillance on the locker, to see who came to go inside of it, did you?

A No.

Q Any reason why you didn't do that?

A We weren't authorized to do so. We thought it was a good idea, but it just didn't happen that way.

Q When you say you weren't authorized to do so, what does that mean?

A Well, just lack of manpower.

63

The failure of the police officers to explore the other investigative techniques that were available to them shows the absence of sincere effort to comply with the *Charter* (see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1008, *per* Dickson C.J.; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 455). As Lamer J. wrote in *Collins*, *supra*, at p. 285, "the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious". This principle was reiterated in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 76, where Sopinka J. held that "[i]f other

un mandat, l'agent de police a délibérément choisi de se soustraire à cette obligation légale.

De plus, il n'y avait aucune situation d'urgence ou de nécessité, puisqu'il n'y avait pas de risque imminent que les éléments de preuve soient perdus, enlevés ou détruits, et la présence de la marijuana dans le casier ne constituait pas une menace imminente. La situation n'exigeait pas de mesures immédiates pour protéger la preuve, puisque le verrou était toujours en place, et que la période maximale de 24 heures n'avait pas expiré. Il ressort également du dossier que la police aurait pu obtenir la preuve sans porter atteinte aux droits de l'appelant. Elle aurait pu protéger la preuve par d'autres moyens, en faisant surveiller le casier par exemple. Selon leurs témoignages, les policiers ne se sont pas chargés de la surveillance parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'agents en fonction ce jour-là, qui était un dimanche. En contre-interrogatoire, l'agent Riddell dit :

[TRADUCTION]

Q ... Par exemple, vous n'avez pas mis le casier sous surveillance, pour voir qui se présenterait et l'ouvrirait, n'est-ce pas?

R Non.

Q Pourquoi ne pas l'avoir fait?

R Nous n'avions pas l'autorisation de le faire. Nous pensions que c'était une bonne idée, mais ça ne s'est pas passé comme ça.

Q Que voulez-vous dire par nous n'avions pas l'autorisation de le faire?

R Eh bien, nous n'étions pas assez nombreux.

L'omission des policiers d'envisager les autres techniques d'enquête qui s'offraient à eux montre qu'ils n'ont pas fait d'efforts sincères pour s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles (voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1008, le juge en chef Dickson; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 455). Dans *Collins*, précité, p. 285, le juge Lamer dit que « l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte* ». La Cour rappelle ce principe dans *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 76, où le juge Sopinka conclut que « [s]'il existait

techniques were indeed available, it is demonstrative of bad faith and is particularly serious that the police chose to violate the appellant's rights". Similarly, in *Dyment, supra*, where there was no evidence that the respondent's rights were knowingly breached, but where there was no urgency and other investigative techniques were available, this Court made it clear, at p. 440, that "such lax police procedures cannot be condoned".

As indicated earlier, the police officers' casual attitude towards the warrant requirement appears to have been the determinative factor for the trial judge. The evidence supports this finding. The officers appear to have thought that getting a warrant was nothing more than a technical requirement that in this case may have been unnecessary or unavailable if, indeed, they thought about constitutional requirements at all.

Some other elements must be considered and some militate in favour of admission of the evidence. The search was not especially obtrusive and the appellant had a lesser expectation of privacy than there is in one's body, home or office. As Cory J. stressed in *Belnavis, supra*, at para. 40: "Obviously, the degree of the seriousness of the breach will increase the greater the expectation of privacy. Clearly the converse must also be true." Furthermore, regardless of Constable Riddell's belief that he did not have sufficient grounds to obtain a search warrant, objectively, he probably did. Indeed, the locker was emitting a smell of marijuana and the security guards, who had seen and handled what they identified as marijuana, were credible informants. The information that they conveyed to the police would have likely been sufficient for issuance of a warrant. This Court has repeatedly held that the existence of reasonable and probable grounds lessened the seriousness of the violation (see, e.g., *Caslake, supra*, at para. 34; *Belnavis, supra*, at para. 42; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, at p. 299; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at p. 560; and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 60).

However, in balancing all of the relevant factors in the circumstances of this case, I cannot conclude

effectivement d'autres techniques, cela démontre qu'il y avait mauvaise foi, et le fait que la police a choisi de violer les droits de l'appelant est particulièrement grave. » De même, dans *Dyment*, précité, où la preuve indiquait qu'il n'y avait pas eu d'atteinte délibérée aux droits de l'intimé, mais qu'il n'y avait pas non plus de situation d'urgence, et que d'autres techniques d'enquête auraient pu être utilisées, la Cour dit clairement « qu'on ne saurait excuser des méthodes aussi relâchées de la part de la police » (p. 440).

On a vu précédemment que l'attitude désinvolte de la police face à l'obligation d'obtenir un mandat paraît avoir été déterminante pour le juge du procès. La preuve appuie cette conclusion. Les policiers paraissent avoir pensé que l'obtention d'un mandat n'était rien de plus qu'une formalité qui, dans ce cas, était inutile ou hors de portée, si tant est même qu'ils aient songé à leurs obligations constitutionnelles.

D'autres éléments doivent être considérés, et certains militent en faveur de l'utilisation de la preuve. La fouille n'a pas été particulièrement envahissante, et l'appelant avait une attente de vie privée moins grande que si l'objet de la fouille avait été son corps, sa résidence ou son bureau. Le juge Cory souligne, dans *Belnavis*, précité, par. 40 : « De toute évidence, plus l'attente en matière de vie privée est grande, plus la violation est grave. Il est clair que l'inverse doit aussi être vrai. » De plus, même si l'agent Riddell croyait qu'il n'avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat, il en avait probablement d'un point de vue objectif. En effet, une odeur de marijuana se dégageait du casier et les gardes de sécurité, qui avaient vu et manipulé ce qu'ils avaient identifié comme étant de la marijuana, étaient des informateurs dignes de foi. L'information relayée aux policiers aurait probablement suffi pour obtenir un mandat. La Cour a maintes fois statué que l'existence de motifs raisonnables et probables atténue la gravité de la violation (voir p. ex. *Caslake*, précité, par. 34; *Belnavis*, précité, par. 42; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, p. 299; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, p. 560; et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 60).

Toutefois, la pondération de tous les facteurs pertinents dans les circonstances de l'espèce ne

64

65

66

that the conclusion of Aquila Prov. Ct. J. as to the seriousness of the violation is unreasonable. The evidence considered as a whole supports a conclusion that the violation was serious. The trial judge's assessment of the seriousness of the interference with the appellant's privacy interests reveals no misapprehension of the evidence, or failure to consider relevant factors, and is not unreasonable. His reasons reveal a full and clear understanding of the law. There is, in my view, no question that Aquila Prov. Ct. J. was in the best position to weigh the testimonies that led him to conclude that the police took a casual approach at infringing the appellant's rights.

(3) The Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

67

The third question from *Collins* is whether excluding the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it. This factor is generally related to the seriousness of the offence and the importance of the evidence to the case for the Crown. In *Law, supra*, at para. 39, the Court summarized this inquiry as follows: "In general, this turns on whether the unconstitutionally obtained evidence forms a crucial part of the Crown's case and, where trial fairness is not affected, the seriousness of the underlying charge."

68

In this case, the conviction turned on the admissibility of the evidence. It was thus essential to the Crown's case. As for the seriousness of the offence, in *Kokesch, supra*, at p. 34, Sopinka J. said:

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin.

These factors favour admitting the evidence. For the trial judge, however, they were outweighed by his concerns about the police officers' disregard for the appellant's *Charter* rights and the longer-term

me permet pas de conclure que la décision du juge Aquila concernant la gravité de la violation est déraisonnable. Prise globalement, la preuve étaye la conclusion que l'atteinte aux droits de l'appellant était grave. L'appréciation par le juge de la gravité de cette atteinte ne révèle aucune erreur d'interprétation de la preuve ou omission de tenir compte de facteurs pertinents, et son appréciation n'est pas déraisonnable. Ses motifs indiquent une connaissance claire et complète du droit applicable. Il ne fait aucun doute, selon moi, que le juge Aquila était le mieux à même de soupeser les témoignages qui l'ont amené à conclure que la police avait porté atteinte aux droits de l'appellant de manière désinvolte.

(3) L'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice

La troisième question énoncée dans *Collins* est de savoir si l'administration de la justice serait plus susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion de la preuve que par son utilisation. Ce facteur est généralement lié à la gravité de l'infraction et à l'importance de l'élément de preuve dans la preuve à charge. Dans *Law, précité*, par. 39, la Cour résume la démarche : « En général, la réponse à cette question repose, d'une part, sur la question de savoir si les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle constituent une partie vitale de la preuve du ministère public et, d'autre part, lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'équité du procès, sur la gravité de l'accusation sous-jacente. »

En l'espèce, la déclaration de culpabilité dépendait de la recevabilité de la preuve. Celle-ci était donc essentielle à la poursuite. Dans *Kokesch, précité*, p. 34, le juge Sopinka dit ceci au sujet de la gravité de l'infraction :

Les infractions dont l'appellant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues « dures » comme la cocaïne et l'héroïne.

Ces facteurs militent en faveur de l'utilisation de la preuve. Cependant, le juge du procès a estimé que le mépris des policiers envers les droits constitutionnels de l'appellant et les effets à long terme de cette

effects of the attitude they displayed in this case: “The court is concerned at the casual approach that the police took in infringing the accused’s rights in these circumstances. It is this court’s view and concern that if the evidence was to be admitted in this trial that it may encourage similar conduct by police in the future” (para. 40).

Again, although Aquila Prov. Ct. J. did not expand greatly on this particular branch of the *Collins* test, he did begin his reasons on s. 24(2) by listing the three factors to be considered in applying this section of the *Charter* and his conclusion shows that he did consider all of them, including the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

Lamer J. stressed at p. 281 in *Collins* that s. 24(2) is not a remedy for police misconduct. However, he also stressed that the purpose of s. 24(2) “is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies” (first emphasis in original; second emphasis added). Iacobucci J. also recalled in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 25, that the purpose of the *Collins* test is “to oblige law enforcement authorities to respect the exigencies of the *Charter* . . .”. The expressed concern of the trial judge that admitting the evidence in these circumstances may encourage similar police conduct in the future is in line with this purpose of the *Collins* test. More importantly, provincial court judges handle these kinds of issues on a daily basis. They have a much better understanding than we do about the likely effects of their decisions on their communities and on those who enforce the law in those communities. A concern such as the one expressed by Aquila Prov. Ct. J. should not, in my view, be dismissed lightly. The administration of justice does not have to be brought into disrepute on a national scale before

attitude désinvolte l’emportaient : [TRADUCTION] « La cour déplore la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits de l’appelant. Elle estime que permettre l’utilisation de l’élément de preuve au procès pourrait inciter la police à persister dans ce comportement » (par. 40).

Encore une fois, même si, dans ses motifs, le juge Aquila ne s’attarde pas longuement sur ce volet particulier du critère dégagé dans *Collins*, il énumère dès le départ les trois facteurs à considérer pour l’application du par. 24(2) de la *Charte*, et sa conclusion montre qu’il a tenu compte de chacun d’eux, y compris l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

Dans *Collins*, p. 281, le juge Lamer signale que le par. 24(2) n’offre pas une réparation à l’égard de la conduite inacceptable de la police. Cependant, il fait également valoir que le but du par. 24(2) « est d’empêcher que [l’utilisation de la preuve dans l’instance] ne déconsidère encore plus l’administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l’utilisation des éléments de preuve qui priveraient l’accusé d’un procès équitable ou de l’absolution judiciaire d’une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite » (premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original). Le juge Iacobucci rappelle également dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 25, que le critère établi dans *Collins* a pour objectif « de contraindre les autorités chargées d’appliquer la loi à respecter les exigences de la *Charte* . . . ». La crainte exprimée par le juge du procès que l’utilisation de la preuve dans ces circonstances n’incite la police à persister dans ce comportement s’inscrit donc dans le droit fil de cet objectif. Mais surtout, les juges des cours provinciales sont appelés quotidiennement à trancher de telles questions. Ils sont plus au fait que nous ne le sommes des effets probables de leurs décisions sur leur collectivité et sur les personnes chargées d’y appliquer la loi. À mon avis, une crainte comme celle exprimée par le juge Aquila ne doit pas être écartée à la légère. Il n’est pas nécessaire que l’administration de la justice risque d’être

69

70

courts may interfere to protect the integrity of the process within which they operate.

71

Admittedly, there are various precedents where non-conscriptive evidence such as drugs was admitted on the basis that exclusion would bring the administration of justice into further disrepute than admission would, especially where the evidence was essential to the Crown (see, e.g., *Mercer, supra*; *Kokesch, supra*; *Evans, supra*). Section 24(2) is not an automatic exclusionary rule (see, *inter alia*, *Dyment, supra*); in my view, neither should it become an automatic inclusionary rule when the evidence is non-conscriptive and essential to the Crown's case.

72

The question under s. 24(2) is whether the system's repute will be better served by the admission or the exclusion of the evidence, and it is thus necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence: *Collins, supra*, at pp. 285-86. At the end of the day, though, the constitutional question is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (*Collins*, at p. 281). An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable.

73

The decision to exclude evidence always represents a balance between the interests of truth on one side and the integrity of the judicial system on the other: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 534. This was well put by Doherty J.A. in a recent decision of the Court of Appeal for Ontario, *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, at para. 47: "The last stage of the *R. v. Collins, supra*, inquiry asks whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence extracts too great a toll on the truth seeking goal of the criminal trial." The trial judge concluded that the vindication of the *Charter* breach in this case, which was serious, did not extract too great a toll on the truth seeking goal of the criminal justice system. In light

déconsidérée à l'échelle nationale pour que les tribunaux soient autorisés à intervenir pour préserver l'intégrité du système judiciaire dans lequel ils opèrent.

Il est vrai que, dans diverses affaires, une preuve non conscrite (de la drogue, par exemple) a été utilisée parce que son exclusion aurait davantage déconsidéré l'administration de la justice que son utilisation, surtout lorsqu'il s'agissait d'une preuve essentielle au ministère public (voir p. ex. *Mercer, Kokesch* et *Evans*, précités). Le paragraphe 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique (voir entre autres *Dyment*, précité); à mon avis, il ne faut pas non plus en faire une règle d'inclusion automatique dans les cas où la preuve n'est pas conscrite et est essentielle à la poursuite.

La question qui sous-tend le par. 24(2) est de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servie par l'utilisation de la preuve ou par son exclusion, de sorte qu'il est nécessaire d'examiner la déconsidération susceptible de découler de l'exclusion de la preuve : *Collins*, précité, p. 285-286. Au bout du compte, cependant, la question constitutionnelle est de savoir si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Collins*, p. 281). La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, était raisonnable.

La décision d'écarter un élément de preuve met toujours en balance l'intérêt qu'il y a à découvrir la vérité, d'une part, et l'intégrité du système judiciaire, d'autre part : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 534. Le juge Doherty exprime bien cela dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, par. 47, une décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario : [TRADUCTION] « La dernière étape de l'analyse préconisée dans *R. c. Collins*, précité, consiste à déterminer si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité. » Le juge du procès a conclu que, en l'espèce, la sanction de l'atteinte à la *Charte*, une atteinte grave, n'entravait pas trop sévèrement

of his concern as to the long-term effect of the law enforcement officers' attitude in this case, it was well within Aquila Prov. Ct. J.'s judicial discretionary power to conclude that the admission of the marijuana in this case would cause greater disrepute to the justice system than its exclusion would, and such decision is very well within the limits of reasonableness.

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the acquittal entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Phillips, Aiello, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: Attorney General's Prosecutor, Montréal.

l'objectif de recherche de la vérité du système de justice pénale. Vu sa crainte concernant les effets à long terme de l'attitude désinvolte des policiers en l'espèce, le juge Aquila avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'utilisation de la preuve — la marijuana — déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son exclusion, et cette décision est raisonnable à tous points de vue.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquiescement inscrit à l'issue du procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Phillips, Aiello, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant : Substitut du procureur général du Québec, Montréal.

**Caisse populaire Desjardins de
Val-Brillant Appellant**

v.

Métivier & Associés Inc. Respondent

**INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE
VAL-BRILLANT v. BLOUIN**

Neutral citation: 2003 SCC 31.

File No.: 28483.

2002: November 6; 2003: June 5.

Present: Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Priorities and hypothecs — Movable hypothec with delivery — Movable hypothec on claims — Validity of movable hypothec with delivery on claim not represented by negotiable instrument — Whether provisions of federal Income Tax Act affect validity of hypothec — Whether words “property or title” used in arts. 2702 and 2703 C.C.Q. are sufficiently broad to include claims not represented by negotiable instrument — Whether there may, in case of such claim, be sufficient holding by creditor to grant and publish hypothec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1641, 2702, 2703, 2710 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 248.

A couple of annuitants signed a statement establishing the terms of the standard RRSP offered by the Caisses populaires Desjardins. According to the statement, the plan complied with the *Income Tax Act* (“ITA”) and contributions would be held by Desjardins Trust on behalf of the annuitants until the plan matured. The contributions were to be deposited in a retirement savings account at the Caisse. The Caisse issued four deposit certificates in the name of Desjardins Trust which could not be withdrawn before maturity and were non-negotiable and non-transferrable. The certificates stated that the deposits could not be given as security other than to the Caisse. Before maturity, the annuitants borrowed from the Caisse, which, by way of security, had them sign a document entitled “Movable hypothec on

**Caisse populaire Desjardins de
Val-Brillant Appelante**

c.

Métivier & Associés inc. Intimée

**RÉPERTORIÉ : CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE
VAL-BRILLANT c. BLOUIN**

Référence neutre : 2003 CSC 31.

N° du greffe : 28483.

2002 : 6 novembre; 2003 : 5 juin.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache,
Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Priorités et hypothèques — Hypothèque mobilière avec dépossession — Hypothèque mobilière sur des créances — Validité d’une hypothèque mobilière avec dépossession qui grève une créance non représentée par un titre négociable — Les dispositions de la loi fédérale de l’impôt sur le revenu ont-elles un effet sur la validité de l’hypothèque? — Les termes « bien ou titre » utilisés aux art. 2702 et 2703 C.c.Q. ont-ils un sens suffisamment large pour inclure une créance non représentée par un titre négociable? — Le créancier peut-il obtenir, dans le cas d’une telle créance, une détention suffisante pour constituer et publier l’hypothèque? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1641, 2702, 2703, 2710 — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 248.

Un couple de rentiers signent une déclaration qui fixe les conditions du REER conventionnel des caisses populaires Desjardins. Selon la déclaration, le régime est conforme à la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») et les cotisations sont détenues par Fiducie Desjardins pour le compte des rentiers jusqu’à l’échéance. Les cotisations sont déposées dans un compte d’épargne-retraite à la Caisse. Celle-ci émet, en faveur de Fiducie Desjardins, quatre certificats de dépôt non remboursables avant échéance, non négociables et non transférables. Les certificats mentionnent que les dépôts ne peuvent être donnés en garantie qu’en faveur de la Caisse. Avant l’échéance, les rentiers empruntent de la Caisse qui, à titre de garantie, leur fait signer un document intitulé « Hypothèque mobilière sur des sommes accumulées dans un régime

moneys accumulated in a retirement savings plan". The Caisse held the deposit certificates. The hypothecs were accepted by Desjardins Trust. The annuitants then made an assignment in bankruptcy. The Caisse completed the RRSP withdrawal forms. After remitting the amount of the deposits to the Caisse, to the value of the balance of the loans after tax was withheld, Desjardins Trust issued the tax statements in respect of the use of the RRSPs as security and those in respect of the extinction of the security. The trustee rejected the Caisse's claim as a secured creditor. The Superior Court ruled in favour of the Caisse, but the Court of Appeal restored the trustee's decision.

Held (Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Effects of the ITA on the validity of the hypothec*

While the RRSP in which the annuitants invested cannot be characterized as a trust in the civil law sense, because the annuitants were still the owners (or creditors) of the funds invested, s. 248 ITA provides, for Quebec, that an arrangement may be deemed to be a trust if it meets certain requirements. The tax authorities characterized the RRSP as a trust, and there is nothing in the evidence that would allow that characterization to be questioned. The ITA does not prohibit the use of this RRSP as security. Determination of the validity of the hypothec, however, must be based on the civil law.

(2) *Validity of the hypothec*

Per Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ.: The movable hypothec with delivery on a claim not represented by a negotiable instrument at issue here is valid.

The words "property or title" used in arts. 2702 and 2703 C.C.Q. are sufficiently broad to include claims not represented by a negotiable instrument that are part of the hypothecary debtor's patrimony. This conclusion is consistent with the wording of arts. 2708, 2709 and 2710. The effect of an interpretation that would limit the expression "title" to negotiable instruments and the expression "property" to corporeal property would be to prohibit individuals from creating certain hypothecs for which the Code expressly provides.

The real question is whether there may, in the case of a claim not represented by a negotiable instrument, be sufficient holding by a creditor to grant and publish the hypothec. A movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim is validly granted and published where (i) the debtor has transferred effective control of the claim to the creditor by giving the creditor the right to collect directly in the event of default, without further

d'épargne-retraite». La Caisse détient les certificats de dépôt. Les hypothèques sont acceptées par Fiducie Desjardins. Les rentiers font ensuite cession de leurs biens. La Caisse complète les formulaires de retrait des REER. Après avoir transmis à la Caisse le montant des dépôts jusqu'à concurrence du solde des prêts et après avoir effectué les retenues fiscales, Fiducie Desjardins émet les relevés fiscaux découlant de la mise en garantie des REER et ceux résultant de l'extinction des garanties. Le syndic rejette la réclamation de la Caisse à titre de créancière garantie. La Cour supérieure donne raison à la Caisse, mais la Cour d'appel rétablit la décision du syndic.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

(1) *Effets de la LIR sur la validité de l'hypothèque*

Bien que le REER dans lequel les rentiers ont investi ne puisse être qualifié de fiducie au sens du droit civil, parce que les rentiers demeurent propriétaires (ou créanciers) des fonds investis, l'art. 248 LIR prévoit, pour le Québec, qu'un arrangement peut être réputé constituer une fiducie s'il répond à certaines conditions. Le fisc a qualifié le REER de régime fiduciaire et la preuve ne permet pas de mettre en doute cette qualification. La LIR ne prohibe pas la mise en garantie de ce REER. La détermination de la validité de l'hypothèque doit toutefois se fonder sur le droit civil.

(2) *Validité de l'hypothèque*

Les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour : L'hypothèque mobilière avec dépossession qui grève en l'espèce une créance non représentée par un titre négociable est valide.

Les termes « bien ou titre », utilisés aux art. 2702 et 2703 C.c.Q., sont suffisamment larges pour inclure les créances non représentées par un titre négociable et qui font partie du patrimoine du débiteur hypothécaire. Cette conclusion s'accorde avec le libellé des art. 2708, 2709 et 2710. Une interprétation qui limiterait le terme « titre » aux titres négociables et le terme « bien » aux biens corporels aurait pour effet d'interdire aux particuliers de créer certaines hypothèques expressément prévues par le Code.

La véritable question concerne la possibilité pour un créancier d'obtenir, dans le cas d'une créance non représentée par un titre négociable, une détention suffisante pour constituer et publier l'hypothèque. Une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir

authorization by the debtor; (ii) where the claim is evidenced by a non-negotiable title which it is possible to hand over, such title has been handed over to the creditor; and (iii) the necessary steps have been taken so that the hypothec may be set up against the debtor of the claim in accordance with art. 1641 C.C.Q.

In the case of a claim not represented by a negotiable instrument, mere physical delivery of the non-negotiable instrument that attests the claim is not sufficient for a hypothecary creditor to genuinely hold the title within the meaning of art. 2703, because it does not convey effective control of the claim represented by the title. Physical delivery of a non-negotiable instrument has no legal effect between the parties, in the sense that it does not permit the hypothecary creditor himself or herself to exercise the rights provided by the title, and to exercise rights in the claim in the event of default. It therefore cannot, by itself, constitute the “remittance” required by art. 2702. It is the procedure set out in art. 2710 C.C.Q., which requires the setting up of a hypothec on a claim against the debtor of the claim in the same way as an assignment of claim, that enables the hypothecary creditor to obtain effective control of the hypothecary claim, by making it possible for the creditor’s right to be set up against the debtor of the claim. The requirements that must be met in order for it to be set up against the debtor of the claim are stated in art. 1641, which does not require that complex formalities be followed: the debtor of the claim need only acquiesce in the hypothec, or receive a copy or a pertinent extract of the deed or “any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor”. When one of those requirements has been met, the pledge of the claim may be set up against the debtor. Article 1641, para. 1 does not necessarily require a writing, although one may be desirable in practice. An interpretation of the provisions of the *Civil Code of Québec* that makes it possible to create a pledge on a claim not represented by a negotiable instrument reflects the general development of the law of security interests in claims of that nature, as well as providing Quebecers with a form of access to credit that is generally available elsewhere in the world, and fostering a degree of uniformity in this area, one that is crucial to the conduct of numerous business activities, while remaining faithful to the spirit of the Code and the civil law origins of the concept of pledge.

In this case, in addition to handing over the certificates of deposit to the Caisse, the debtors agreed that the Caisse had sole authority to collect the claim from Desjardins Trust, and that the Caisse was irrevocably authorized to do so in the event of default. That contract was brought to the attention of Desjardins Trust’s representatives, who agreed to it. The requirements set out in arts. 2702 and

directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu’un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l’hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l’art. 1641 C.c.Q.

Dans le cas d’une créance non représentée par un titre négociable, la simple tradition matérielle du titre non négociable qui constate la créance n’est pas suffisante pour conférer au créancier hypothécaire une véritable détention du titre au sens de l’art. 2703, car elle n’emporte pas la maîtrise effective de la créance représentée par ce titre. La tradition matérielle d’un titre non négociable n’a pas d’effet juridique entre les parties, en ce sens qu’elle ne permet pas au créancier hypothécaire d’exercer lui-même les droits prévus par le titre et de se prévaloir de la créance en cas de défaut. Elle ne saurait donc à elle seule constituer la « remise » exigée par l’art. 2702. C’est le mécanisme prévu à l’art. 2710, qui exige que l’hypothèque sur une créance soit rendue opposable au débiteur de celle-ci de la même manière qu’une cession de créance, qui permet au créancier hypothécaire d’obtenir la maîtrise effective de la créance hypothéquée en rendant son droit opposable au débiteur de la créance. Les conditions de cette opposabilité sont exprimées à l’art. 1641, qui n’impose pas de formalités complexes : il suffit que le débiteur de la créance acquiesce à l’hypothèque, qu’il reçoive une copie ou un extrait pertinent de l’acte ou « une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant ». Dès que l’une de ces conditions est remplie, le gage de la créance est opposable au débiteur. L’article 1641, al. 1 n’exige pas nécessairement un écrit, bien que celui-ci soit souhaitable en pratique. Une interprétation des dispositions du *Code civil du Québec* qui permet de constituer un gage sur une créance non représentée par un titre négociable reflète l’évolution générale du droit des sûretés portant sur de telles créances, en plus de permettre aux Québécois de bénéficier d’un type d’accès au crédit généralement disponible ailleurs dans le monde et de favoriser une certaine uniformité dans ce domaine essentiel à la poursuite de nombreuses activités commerciales, tout en respectant l’esprit du Code et les origines civilistes du concept de gage.

En l’espèce, en plus de remettre les certificats de dépôt à la Caisse, les débiteurs ont convenu que celle-ci était seule autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins, et qu’elle était irrévocablement autorisée à le faire en cas de défaut. Ce contrat a été porté à la connaissance des représentants de Fiducie Desjardins, qui y ont acquiescé. Les conditions des art. 2702 et 2703 C.c.Q.

2703 C.C.Q. were met, and the Caisse held a valid movable hypothec on those claims, a hypothec that could be set up against the trustee.

Per Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): In order for hypothec with delivery to be included coherently in the concept of pledge, a hypothec with delivery on a title attesting a claim must both comply with the general rules of pledge and be compatible with the rules that apply to a hypothec on claims. Pledge differs from other hypothecs in that it is granted by simply handing over the property charged to the creditor (art. 2702 C.C.Q.). This simple method of granting security provides the creditor with all of the powers associated with a hypothec without any further formality or publication (art. 2703 C.C.Q.). No writing is necessary. Since it is control of the property by the creditor that characterizes a pledge, the only property that may be the object of a pledge is property which can be controlled by the creditor by simply handing it over. The word "title" in art. 2702 C.C.Q. must therefore be confined within the boundaries of the concept in respect of which it is used. In order to be the object of a pledge, the title must be one that complies with the characteristics of that kind of security. With respect to the general rules governing hypothecs on claims, art. 2710 C.C.Q. provides that the holder of the hypothec may not set up his or her right against the debtor of the hypothecated claim as long as it may not be set up in the same way as an assignment of claim. Article 1641 C.C.Q., which deals with assignments of claims, cannot be harmoniously incorporated into the concept of a hypothec with delivery. The terms for setting the claim up against the debtor set out in that article, which presuppose a writing, are foreign to the simplicity that is inherent in granting a pledge. An interpretation that would make it possible to connect the acquiescence of the debtor of the claim — the first method by which a claim may be set up against the debtor under art. 1641 C.C.Q. — to the assignment rather than to the deed of assignment cannot be adopted. A pledge, which is granted simply by handing over the property, cannot depend on the will of the debtor of the claim that is pledged in order for it to be possible to set it up against him or her. The general rule is that the debtor's patrimony is subject to the general pledge of the creditors. In order to preserve the order of distribution and balance among the creditors, the pledgee's rights must be clearly circumscribed, once all of the requirements for granting and publishing the pledge have been met. The rule set out in art. 1641 C.C.Q. for setting the claim up against the debtor is therefore limited to a hypothec without delivery, and applies in full to security of that nature.

Under art. 1647 C.C.Q., all of the characteristics of a pledge can be reconciled with the provisions concerning

étaient remplies et la Caisse détenait sur ces créances une hypothèque mobilière valide et opposable au syndic.

Les juges Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents): Pour être intégrée avec cohérence dans la notion de gage, l'hypothèque avec dépossession d'un titre de créance doit à la fois respecter les règles générales du gage et être compatible avec celles de l'hypothèque sur des créances. Le gage se distingue des autres hypothèques par le fait qu'il est constitué par la simple remise au créancier du bien grevé (art. 2702 C.c.Q.). Par ce simple mode de constitution, le créancier devient détenteur et bénéficiaire de tous les attributs de l'hypothèque sans autre formalité ni publicité (art. 2703 C.c.Q.). Aucun écrit n'est nécessaire. Puisque c'est la maîtrise du bien par le créancier qui caractérise le gage, seul un bien dont la simple remise permet au créancier d'en obtenir la maîtrise peut faire l'objet d'un gage. Le mot « titre » à l'art. 2702 C.c.Q. doit donc être circonscrit en fonction des limites du concept dans lequel il s'inscrit. Pour pouvoir être objet de gage, le titre visé doit être de nature à satisfaire aux caractéristiques de cette sûreté. En ce qui concerne les règles générales de l'hypothèque sur des créances, l'art. 2710 C.c.Q. prévoit que le titulaire de l'hypothèque ne peut faire valoir son droit contre le débiteur de la créance hypothéquée qu'après l'avoir rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance. Or, l'article 1641 C.c.Q., qui vise les cessions de créance, ne peut être intégré harmonieusement au concept d'hypothèque avec dépossession. Les modalités d'opposabilité prévues par cet article, qui présupposent un écrit, sont étrangères à la simplicité inhérente à la constitution du gage. Une interprétation qui permettrait de lier l'acquiescement du débiteur de la créance — le premier moyen d'opposabilité de l'art. 1641 — à la cession plutôt qu'à l'acte de cession ne peut être adoptée. Le gage, constitué par la simple remise du bien, ne saurait dépendre de la volonté du débiteur de la créance mise en gage pour être opposable à ce dernier. L'assujettissement du patrimoine du débiteur au gage général des créanciers est la règle générale. Pour respecter l'ordre de distribution et l'équilibre entre les créanciers, l'étendue des droits du créancier gagiste doit être clairement définie et ce, dès que toutes les conditions nécessaires à sa création et à sa publicité sont remplies. La règle d'opposabilité prévue à l'art. 1641 C.c.Q. est donc limitée à l'hypothèque sans dépossession et prend, pour cette sûreté, toute sa signification.

L'article 1647 C.c.Q. permet de concilier toutes les caractéristiques du gage avec les dispositions sur les

assignments of claims, to which art. 2710 C.C.Q. refers. In the case of a pledge, it must be possible to apply art. 2710 without a writing being necessary. Under art. 1647, no formality other than delivery need be performed in order to be able to set up the assignment against the debtor of the claim. The mechanism of art. 1647 C.C.Q., established by reference (art. 2710 C.C.Q.), is the same as the one provided in the section on movable hypothec with delivery (arts. 2702 C.C.Q. *et seq.*). In both cases, handing over or delivery is sufficient to give the creditor complete control of the property. In the case of a pledge, the right to collect the capital, interest and income must be capable of being exercised solely by virtue of holding the instrument, pursuant to art. 2743.

In short, the pledge of a claim can be granted only by handing over a negotiable instrument. An instrument of that nature is the only thing that allows for the rights inherent in the security to be granted and published, that makes it possible for it to be set up against the debtor, and that allows for the exercise of the rights inherent in the security simply by handing over the instrument. When the instrument is not negotiable, the mere fact that it is held by a third person does not tell the debtor of the hypothecated claim what right would enable the pledgee to claim payment from him or her. By virtue of the very nature of the non-negotiable instrument of claim, the rights set out in it are the rights that the grantor may exercise against the debtor of the hypothecated claim. The fact that, in those circumstances, the pledgee would be unable to exercise his or her rights clearly shows that the instrument must necessarily incorporate the claim.

The rule set out in art. 2683 C.C.Q. expresses a clear legislative policy choice. Neither the comments made in the literature prior to the reform nor the provisions ultimately enacted seem to support the assertion that the scope of movable hypothecs with delivery should be broadened.

Here, the Caisse does not really have control of the security interest simply by holding the deposit certificates. The certificates set out the rights of Desjardins Trust and of the annuitants, but the Caisse does not, merely by holding them, acquire any right that would allow it to collect the capital at maturity without performing any formality. The hypothec is therefore not valid.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375; *Grobstein v. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] Que. Q.B. 440; Cass. civ. 1^{re}, May 10, 1983, D.1984.433 (*Soc. suisse d'assur. Winterthur v. Soc. anon. Réaltrade*).

cessions de créances auxquelles renvoie l'art. 2710 C.c.Q. Pour le gage, l'art. 2710 doit pouvoir s'appliquer sans qu'un écrit soit nécessaire. Selon l'art. 1647, l'accomplissement d'une formalité autre que la remise n'est pas nécessaire pour rendre la cession d'un titre au porteur opposable au débiteur de la créance. Le mécanisme de l'art. 1647 C.c.Q., établi par renvoi (art. 2710 C.c.Q.), est le même que celui prévu dans la section de l'hypothèque mobilière avec dépossession (art. 2702 C.c.Q. et suiv.). Dans les deux cas, la remise ou tradition est suffisante pour conférer au créancier la pleine maîtrise du bien. Dans le cas du gage, le droit de percevoir le capital, les intérêts et les revenus doit pouvoir être exercé par la seule détention du titre, conformément à l'art. 2743.

En somme, la constitution du gage d'une créance est limitée à la remise d'un titre négociable. Seul un effet de cette nature permet la constitution, la publicité, l'opposabilité et l'exercice des droits inhérents à la sûreté par la simple remise du titre. Lorsque le titre n'est pas négociable, la seule détention du titre par un tiers n'indique pas au débiteur de la créance hypothéquée le droit qui permettrait au créancier gagiste de lui réclamer paiement. De par la nature même du titre de créance non négociable, les droits qui y sont énoncés sont ceux que le constituant peut faire valoir contre le débiteur de la créance hypothéquée. L'impossibilité pour le créancier gagiste, en pareilles circonstances, de faire valoir ses droits démontre clairement que le titre doit nécessairement incorporer la créance.

La règle de l'art. 2683 C.c.Q. traduit un choix de politique législative clair. Ni les commentaires des auteurs, émis avant la réforme, ni les dispositions finalement adoptées ne semblent soutenir l'affirmation voulant que la portée du gage doive être élargie.

En l'espèce, la Caisse ne maîtrise pas véritablement la sûreté par la seule détention des certificats de dépôt. Ces certificats énoncent les droits de Fiducie Desjardins et ceux des rentiers, mais leur détention ne confère à la Caisse aucun droit qui lui permettrait de percevoir sans formalités le capital à l'échéance. L'hypothèque n'est donc pas valide.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés : *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375; *Grobstein c. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] B.R. 440; Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1983, D.1984.433 (*Soc. suisse d'assur. Winterthur c. Soc. anon. Réaltrade*).

By Deschamps J. (dissenting)

Whaling (Bankrupt), Re (1998), 117 O.A.C. 51; *Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550; *Gallucci (Syndic de)*, J.E. 93-617; *Poulin v. Serge Morency et Associés Inc.*, [1999] 3 S.C.R. 351; *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 134.
Act respecting the revision of the Civil Code, S.Q. 1955, c. 47.
Act respecting the transfer of property in stock, S.Q. 1982, c. 55.
Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4.
Civil Code (Germany), art. 1280.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1570, 1571, 1966, 1968, 1971, 1974.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1260, 1641 et seq., 1647, 1801, 2211, 2461, 2462, 2644, 2650 to 2659, 2660, 2663, 2664, 2665, 2666, 2683, 2696, 2702, 2703, 2704, 2705, 2707, 2708, 2709, 2710, 2743, 2747, 2748 et seq.
Civil Code (Switzerland), art. 900.
Code civil (France), arts. 1690, 2075 [am. L.n. 80-525, July 12, 1980], 2076.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 104(1), 146(1), (2) [am. 1994, c. 7, Sch. II, s. 177(1); am. 1997, c. 25, s. 41(3)], (7), (10), (12), (13), 248.
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1, 2, 22, 23.
Special Corporate Powers Act, R.S.Q. 1977, c. P-16, ss. 27-32.
Uniform Commercial Code [1999 rev.], ss. 9-104, 9-314.

Authors Cited

Brisson, Jean-Maurice, et André Morel. "Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297.
 Cabrillac, Michel, et Christian Mouly. *Droit des sûretés*, 5^e éd. Paris: Litec, 1999.
 Caron, Yves. "L'article 9 du code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois", in Jacob S. Ziegel and William F. Foster, eds., *Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*. Montréal: McGill University, 1969, 374.
 Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
 Cuming, Ronald C. C. "Article 9 North of 49°: The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code" (1996), 29 *Loy. L.A. L. Rev.* 971.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Whaling (Bankrupt), Re (1998), 117 O.A.C. 51; *Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550; *Gallucci (Syndic de)*, J.E. 93-617; *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351; *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375.

Lois et règlements cités

Code civil (Allemagne), art. 1280.
Code civil du Bas Canada, art. 1570, 1571, 1966, 1968, 1971, 1974.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1260, 1641 et suiv., 1647, 1801, 2211, 2461, 2462, 2644, 2650 à 2659, 2660, 2663, 2664, 2665, 2666, 2683, 2696, 2702, 2703, 2704, 2705, 2707, 2708, 2709, 2710, 2743, 2747, 2748 et suiv.
Code civil (France), art. 1690, 2075 [mod. L.n. 80-525, 12 juil. 1980], 2076.
Code civil (Suisse), art. 900.
Loi concernant la revision du Code civil, S.Q. 1955, ch. 47.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 104(1), 146(1), (2) [mod. 1994, ch. 7, ann. II, art. 177(1); mod. 1997, ch. 25, art. 41(3)], (7), (10), (12), (13), 248.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 134.
Loi sur les cessions de biens en stock, L.Q. 1982, ch. 55.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4.
Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q. 1977, ch. P-16, art. 27 à 32.
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1, 2, 22, 23.
Uniform Commercial Code [rév. 1999], art. 9-104, 9-314.

Doctrine citée

Brisson, Jean-Maurice, et André Morel. « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 *R. du B. can.* 297.
 Cabrillac, Michel, et Christian Mouly. *Droit des sûretés*, 5^e éd. Paris : Litec, 1999.
 Caron, Yves. « L'article 9 du code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois », in Jacob S. Ziegel and William F. Foster, eds., *Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*. Montréal : McGill University, 1969, 374.
 Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Cuming, Ronald C. C. « Article 9 North of 49° : The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code » (1996), 29 *Loy. L.A. L. Rev.* 971.

- Deschamps, Michel. "La fiducie pour fins de garantie", in *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*. Meredith Lectures. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1997.
- Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2^e éd. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Le Dain, Gerald E. "Security Upon Moveable Property in the Province of Quebec" (1956), 2 *McGill L.J.* 77.
- Macdonald, Roderick A. "Change of Terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Quebec* Relating to Prior Claims and Hypothecs" (1992), 23 *R.G.D.* 357.
- Macdonald, Roderick A. "Modernization of Personal Property Security Law: A Quebec Perspective" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 182.
- Macdonald, Roderick A. "The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec" (1991), 19 *Can. Bus. L.J.* 239.
- Malaurie, Philippe, et Laurent Aynès. *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés: La publicité foncière*, 7^e éd. par Laurent Aynès. Paris: Cujas, 1995.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés: Publicité foncière*, 7^e éd. par Yves Picod. Paris: Montchrestien, 1999.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Payette, Louis. "Prior Claims and Hypothecs", in *Reform of the Civil Code*, vol. 4 B, *Prior Claims and Hypothecs, Reform of Security, Publication of Rights*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993, 1.
- Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*. Sherbrooke, Qué.: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995.
- Québec. Assemblée nationale. *Index du Journal des débats — Participants*, 35^e lég., 2^e sess., *Commission permanente des institutions*, 19 mars 1998, n^o 110, p. 1-17.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 18 décembre 1990, n^o 97, p. 6568-6569.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 12 décembre 1991, n^o 35, p. SCI-1407, SCI-1412.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 1, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Deschamps, Michel. « La fiducie pour fins de garantie », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*. Conférence Meredith. Montréal: Faculté de droit, Université McGill, 1997.
- Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2^e éd. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Le Dain, Gerald E. « Security Upon Moveable Property in the Province of Quebec » (1956), 2 *McGill L.J.* 77.
- Macdonald, Roderick A. « Change of Terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Quebec* Relating to Prior Claims and Hypothecs » (1992), 23 *R.G.D.* 357.
- Macdonald, Roderick A. « Modernization of Personal Property Security Law: A Quebec Perspective » (1985), 10 *Rev. can. dr. comm.* 182.
- Macdonald, Roderick A. « The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec » (1991), 19 *Rev. can. dr. comm.* 239.
- Malaurie, Philippe, et Laurent Aynès. *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés: La publicité foncière*, 7^e éd. par Laurent Aynès. Paris: Cujas, 1995.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés: Publicité foncière*, 7^e éd. par Yves Picod. Paris: Montchrestien, 1999.
- Payette, Louis. « Des priorités et des hypothèques », dans *La réforme du Code civil*, vol. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 9.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*. Sherbrooke, Qué.: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995.
- Québec. Assemblée nationale. *Index du Journal des débats — Participants*, 35^e lég., 2^e sess., *Commission permanente des institutions*, 19 mars 1998, n^o 110, p. 1-17.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 18 décembre 1990, n^o 97, p. 6568-6569.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 12 décembre 1991, n^o 35, p. SCI-1407, SCI-1412.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.
- Rhéaume, Maxime B. "Le gage des valeurs mobilières par un particulier" (1995), 98 *R. du N.* 90.
- Schnader, William A. "A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code" (1967), 22 *U. Miami L. Rev.* 1.
- Simler, Philippe, et Philippe Delebecque. *Droit civil: Les sûretés — La publicité foncière*, 2^e éd. Paris: Dalloz, 1995.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.
- Walsh, Catherine. "Registration, Constructive Notice, and the Rule in *Dearle v. Hall* — Judicial Reform in Nova Scotia: *Martin v. Shubenacadie*" (1997), 12 *B.F.L.R.* 129.
- White, James J., and Robert S. Summers. *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1980.
- White, James J., and Robert S. Summers. *Uniform Commercial Code*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.
- 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. 1, *Commentaires*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.
- Rhéaume, Maxime B. « Le gage des valeurs mobilières par un particulier » (1995), 98 *R. du N.* 90.
- Schnader, William A. « A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code » (1967), 22 *U. Miami L. Rev.* 1.
- Simler, Philippe, et Philippe Delebecque. *Droit civil: Les sûretés — La publicité foncière*, 2^e éd. Paris: Dalloz, 1995.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.
- Walsh, Catherine. « Registration, Constructive Notice, and the Rule in *Dearle v. Hall* — Judicial Reform in Nova Scotia: *Martin v. Shubenacadie* » (1997), 12 *B.F.L.R.* 129.
- White, James J., and Robert S. Summers. *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1980.
- White, James J., and Robert S. Summers. *Uniform Commercial Code*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 321, 29 C.C.P.B. 1, [2001] Q.J. No. 61 (QL), setting aside a decision of the Superior Court, [1999] Q.J. No. 907 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

P. Michel Bouchard, Christian Trépanier and Daniel Dionne, for the appellant.

Jean-Patrick Bédard, Cainnech Luissiaà-Berdou and Marc-André Gravel, for the respondent.

English version of the judgment of Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ. delivered by

GONTHIER J. — I have had the privilege of reading the reasons of my colleague Deschamps J. Although I agree with her conclusion that the provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA"), do not affect the validity of the hypothec in question, I cannot concur in her interpretation of the provisions of the *Civil Code*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 321, 29 C.C.P.B. 1, [2001] J.Q. n° 61 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, [1999] J.Q. n° 907 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

P. Michel Bouchard, Christian Trépanier et Daniel Dionne, pour l'appelante.

Jean-Patrick Bédard, Cainnech Luissiaà-Berdou et Marc-André Gravel, pour l'intimée.

Le jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu le privilège de lire les motifs de ma collègue la juge Deschamps. Bien que je sois en accord avec sa conclusion concernant l'absence d'effet des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« LIR »), sur la validité de l'hypothèque en cause, je ne puis concourir à son interprétation des

of Québec, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), concerning movable hypothecs with delivery. I am of the view that the words “property or title” used in arts. 2702 and 2703 are sufficiently broad to include claims not represented by a negotiable instrument. The real question that arises in this case is whether there may, in the case of such a claim, be sufficient holding by a creditor to grant and publish the hypothec. As a general rule, holding by a creditor is sufficient, for the purposes of the pledge, when it enables the creditor to exercise effective control of the hypothecated property. When a claim is not represented by a negotiable instrument, mere physical handing over of the instrument that represents it will not be sufficient to give the creditor effective control of the claim. On the other hand, when the hypothecary debtor gives its creditor the right to collect the claim directly in the event of default, without further authorization by the hypothecary debtor, and that consent may be set up against the debtor of the claim under art. 2710, the creditor then has effective control of the claim and a valid pledge that may be set up against third persons has been created. In this case, in addition to handing over the certificates of deposit to the Caisse populaire de Val-Brillant (“Caisse”), the debtors agreed that the Caisse had sole authority to collect the claim from Desjardins Trust, and that the Caisse was irrevocably authorized to do so in the event of default. That contract was brought to the attention of Desjardins Trust’s representatives, who agreed to it. The requirements set out in arts. 2702 and 2703 were met, and the Caisse held a valid movable hypothec on those claims, a hypothec that could be set up against the trustee.

(1) *The Applicable Law*

2

A movable hypothec with delivery, which is commonly called a “pledge” (see art. 2665, para. 2 C.C.Q.), enables a creditor and a debtor to grant a hypothec on a property without the hypothec having to be registered in the registry in order for it to be set up against third persons. The hypothec is granted by handing over the property to the creditor, and the holding of the property by the creditor is sufficient to publish the hypothec. Articles 2702 and 2703 C.C.Q., which describe this mechanism, read as follows:

dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), portant sur l’hypothèque mobilière avec dépossession. Je suis d’avis que les termes « bien ou titre » utilisés aux art. 2702 et 2703 ont un sens suffisamment large pour inclure les créances non représentées par un titre négociable. La véritable question qui se pose en l’espèce concerne la possibilité pour un créancier d’obtenir, dans le cas d’une telle créance, une détention suffisante pour constituer et publier l’hypothèque. En règle générale, la détention par un créancier est suffisante, aux fins du gage, lorsqu’elle lui permet d’exercer la maîtrise effective du bien hypothéqué. Lorsqu’une créance n’est pas représentée par un titre négociable, la simple tradition matérielle du titre qui la constate ne suffira pas à conférer au créancier la maîtrise effective de la créance. Par contre, lorsque le débiteur hypothécaire consent à son créancier le droit de percevoir directement la créance en cas de défaut sans autorisation supplémentaire de sa part, et que ce consentement est rendu opposable au débiteur de la créance conformément à l’art. 2710, le créancier a alors la maîtrise effective de la créance et un gage valide et opposable aux tiers est formé. En l’espèce, en plus de remettre les certificats de dépôt à la Caisse populaire de Val-Brillant (« Caisse »), les débiteurs ont convenu que celle-ci était seule autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins (la « Fiducie »), et qu’elle était irrévocablement autorisée à le faire en cas de défaut. Ce contrat a été porté à la connaissance des représentants de la Fiducie, qui y ont acquiescé. Les conditions des art. 2702 et 2703 étaient remplies et la Caisse détenait sur ces créances une hypothèque mobilière valide et opposable au syndic.

(1) *Le droit applicable*

L’hypothèque mobilière avec dépossession, communément appelée « gage » (voir art. 2665, al. 2 C.c.Q.), permet à un créancier et un débiteur de constituer une hypothèque sur un bien sans qu’il soit nécessaire d’inscrire cette hypothèque au registre pour la rendre opposable aux tiers. La remise du bien au créancier constitue l’hypothèque, alors que la détention du bien par le créancier suffit à la publier. Les articles 2702 et 2703 C.c.Q., qui décrivent ce mécanisme, se lisent comme suit :

2702. A movable hypothec with delivery is granted by delivery of the property or title to the creditor or, if the property is already in his hands, by his continuing to hold it, with the grantor's consent, to secure his claim.

2703. A movable hypothec with delivery is published by the creditor's holding the property or title, and remains so only as long as he continues to hold it.

My colleague Deschamps J. is of the opinion that the word "title", as it is used in these two articles, can refer only to a negotiable instrument, so that only claims represented by such an instrument may be the object of a movable hypothec with delivery. With respect, I cannot agree with that interpretation of these articles, which I find to be unduly restrictive. In my opinion, the words "property" and "title", which are used side by side by the legislature, must be interpreted having regard to the general meaning of those words in civil law, and with a view to the consistency of the interpretation that is adopted with the other provisions of the Code, as well as with the policy objectives underlying the reform of the law of real security.

The general meaning of the word "property" includes both corporeal property and incorporeal property, which itself includes personal rights that may form part of an individual's patrimony, such as claims. For example, the *Dictionnaire de droit privé* states that, in this general sense, the word "bien" (property) is synonymous with "droit patrimonial" (patrimonial right), which in turn is defined as:

[TRANSLATION] A right to which a monetary value can be assigned which is part of an individual's patrimony. E.g. a vendor's claim, ownership.

(P.-A. Crépeau, ed., *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues* (2nd ed. 1991), at p. 209)

As well, the *Dictionnaire de droit québécois et canadien* defines a *bien* as [TRANSLATION] "any material thing, any right that is part of an individual's patrimony"; this obviously includes the category of "incorporeal property", "*biens incorporels*", which is defined as follows:

2702. L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier ou, si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention, du consentement du constituant, afin de garantir sa créance.

2703. L'hypothèque mobilière avec dépossession est publiée par la détention du bien ou du titre qu'exerce le créancier, et elle ne le demeure que si la détention est continue.

Ma collègue la juge Deschamps est d'avis que le mot « titre », tel qu'il apparaît dans ces deux articles, ne peut faire référence qu'à un titre négociable, de sorte que seules les créances représentées par un tel titre peuvent faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession. Avec égard, je ne peux souscrire à cette interprétation de ces articles, que je considère indûment restrictive. Selon moi, l'interprétation des termes « bien » et « titre » utilisés côte à côte par le législateur doit être menée à la lumière du sens général de ces termes en droit civil et de la compatibilité de l'interprétation retenue avec les autres dispositions du Code, de même qu'avec les objectifs de politique juridique poursuivis par la réforme du droit des sûretés réelles.

Dans son acception générale, le mot « bien » inclut autant les biens corporels que les biens incorporels, qui comprennent eux-mêmes l'ensemble des droits personnels susceptibles de faire partie du patrimoine d'une personne, notamment les droits de créance. Ainsi, le *Dictionnaire de droit privé* indique-t-il que, dans ce sens général, le mot « bien » est synonyme de « droit patrimonial », défini à son tour comme :

Droit qui, étant susceptible d'évaluation pécuniaire, fait partie du patrimoine d'une personne. Par ex., la créance du vendeur, le droit de propriété.

(P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues* (2^e éd. 1991), p. 209)

De même, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* définit un « bien » comme « [t]oute chose matérielle, tout droit qui fait partie du patrimoine d'une personne », ce qui comprend de toute évidence la catégorie des « bien[s] incorporel[s] », définis comme suit :

[TRANSLATION] Property which has no material existence but represents a monetary value. E.g. Trade name, claim.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français* (2nd ed. 2001), at p. 63)

4

This general meaning of the word “property” is the one most often intended by the legislature in the book on prior claims and hypothecs: for example, we might think of art. 2644 C.C.Q., which provides that “[t]he property of a debtor is charged with the performance of his obligations and is the common pledge of his creditors”, or art. 2660 C.C.Q., which defines a hypothec as “a real right on a movable or immovable property made liable for the performance of an obligation”. Because it is undeniably true that, first, claims that are part of an individual’s patrimony form part of the common pledge of his or her creditors, and second, that the Code provides that claims may be the object of hypothecs, those two articles demonstrate that when the word “property” is used it generally includes claims. There are a host of possible examples of this use of the word “property”, but we will mention only art. 2666 C.C.Q., which deals directly with the object of a hypothec and provides that “[a] hypothec is a charge on one or several specific corporeal or incorporeal properties, or on all the properties included in a universality” (emphasis added).

5

Accordingly, the word “property” which is used in arts. 2702 and 2703 *prima facie* includes all claims that are part of the hypothecary debtor’s patrimony. Articles 2702 and 2703 must therefore, first, be interpreted having regard to the intention thus expressed by the legislature, to include all claims in the potential objects of a movable hypothec with delivery. Second, in these articles, the legislature chose to require that a “title” be handed over and held in order to grant and publish the pledge in certain circumstances. According to the *Dictionnaire de droit privé, supra*, at pp. 17 and 562, the word “titre” (title), in its legal sense, is synonymous with “acte instrumentaire” (instrument), which expression refers to a [TRANSLATION] “[w]riting prepared to record a juridical act or a juridical fact”. The use of that expression reflects the fact that a personal

Bien qui n’a pas d’existence matérielle mais qui représente une valeur pécuniaire. Ex. Le nom commercial, un droit de créance.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français* (2^e éd. 2001), p. 63)

Cette acception générale du mot « bien » est celle la plus souvent retenue par le législateur dans le livre des priorités et des hypothèques : on peut penser, par exemple, à l’art. 2644 C.c.Q., qui prévoit que « [l]es biens du débiteur sont affectés à l’exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers », ou encore à l’art. 2660 C.c.Q., qui définit l’hypothèque comme « un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l’exécution d’une obligation ». Comme il est incontestable, d’une part, que les créances faisant partie du patrimoine d’une personne font partie du gage commun de ses créanciers, et que, d’autre part, le Code prévoit que les créances peuvent faire l’objet d’hypothèques, ces deux articles montrent que l’utilisation du mot « bien » comprend généralement les créances. On pourrait multiplier les exemples de cette utilisation du mot « bien », mais il suffira de mentionner l’art. 2666 C.c.Q. qui, traitant directement de l’objet de l’hypothèque, prévoit que « [l]’hypothèque grève soit un ou plusieurs biens particuliers, corporels ou incorporels, soit un ensemble de biens compris dans une universalité » (je souligne).

Par conséquent, le mot « bien » utilisé aux art. 2702 et 2703 inclut de prime abord toutes les créances faisant partie du patrimoine du débiteur hypothécaire. Les articles 2702 et 2703 doivent donc, d’une part, être interprétés à la lumière de l’intention ainsi exprimée par le législateur d’inclure toutes les créances parmi les objets potentiels de l’hypothèque mobilière avec dépossession. D’autre part, le législateur a retenu, à ces mêmes articles, l’exigence de la remise et de la détention d’un « titre » pour constituer et publier le gage dans certaines circonstances. Selon le *Dictionnaire de droit privé, op. cit.*, p. 17 et 562, le mot « titre », dans son sens juridique, est synonyme d’« acte instrumentaire », terme qui désigne un « [é]crit dressé pour constater un acte juridique ou un fait juridique ». L’utilisation de ce terme reflète le fait qu’un droit personnel de nature

patrimonial right is generally recorded in a title and that, in that case, the creation of a pledge of the right in question will require that the title be handed over and held. However, the use of the word “title” does not, *prima facie*, imply a distinction between negotiable and non-negotiable instruments; the definition of the expression is sufficiently broad to include both. Given this situation, can we conclude that when the legislature used that expression, it intended to limit pledges of claims to those claims that are represented by a negotiable instrument? I do not believe so, having regard not only to the legislature’s *prima facie* intention to permit any type of claim to be pledged, but also to the wording of the other provisions that deal with pledge.

This conclusion is consistent with the wording of art. 2710, which deals with movable hypothecs on claims:

A movable hypothec on a claim held by the grantor against a third person or on a universality of claims may be granted with or without delivery. [Emphasis added.]

That article makes no distinction between claims represented by a negotiable instrument and claims not so represented, and this indicates that any “claim” may be the object of a movable hypothec “with delivery”.

The interpretation proposed above is also based on the wording of arts. 2708 and 2709, which deal more specifically with movable hypothecs with delivery:

2708. A movable hypothec on property represented by a bill of lading or other negotiable instrument or on claims may be set up against the creditors of the grantor from the time the creditor gives value, provided the title is remitted to him within ten days from that time.

2709. Where the title is negotiable by endorsement and delivery, or delivery alone, its remittance to the creditor takes place by endorsement and delivery, or by delivery alone.

Article 2708 refers separately to movable hypothecs “on property represented by a bill of lading or other negotiable instrument” and “on claims”. This

patrimoniale est généralement constaté par un titre et que, dans un tel cas, la formation d’un gage sur le droit en question nécessitera la remise et la détention de ce titre. Toutefois, l’utilisation du mot « titre » n’implique à première vue aucune distinction entre les titres négociables et non négociables; la définition de ce terme est suffisamment large pour comprendre les uns comme les autres. Peut-on, dans ces circonstances, conclure qu’en utilisant ce terme, le législateur ait voulu limiter le gage de créances à celles seules qui sont représentées par un titre négociable? Je crois que non, compte tenu non seulement de la volonté du législateur de permettre de prime abord le gage de tout type de créances, mais également du libellé des autres dispositions portant sur le gage.

Ainsi, cette conclusion s’accorde avec le libellé de l’art. 2710, qui traite de l’hypothèque mobilière portant sur des créances :

L’hypothèque mobilière qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, ou une universalité de créances, peut être constituée avec ou sans dépossession. [Je souligne.]

Cet article ne fait aucune distinction entre les créances représentées par un titre négociable et celles qui ne le sont pas, ce qui indique que toute « créance » est susceptible de faire l’objet d’une hypothèque mobilière « avec dépossession ».

L’interprétation proposée ci-haut ressort également du texte des art. 2708 et 2709, qui portent plus particulièrement sur l’hypothèque mobilière avec dépossession :

2708. L’hypothèque mobilière qui grève des biens représentés par un connaissement ou un autre titre négociable ou qui grève des créances, est opposable aux créanciers du constituant depuis le moment où le créancier a exécuté sa prestation, si le titre lui est remis dans les dix jours qui suivent.

2709. Si le titre est négociable par endossement et délivrance, ou par délivrance seulement, la remise au créancier a lieu par l’endossement et la délivrance, ou par la délivrance seulement.

Ainsi l’article 2708 fait-il séparément référence à l’hypothèque mobilière « qui grève des biens représentés par un connaissement ou un autre titre

6

7

implies that there are movable hypothecs with delivery on claims that are not represented by a negotiable instrument. As well, the use of the word “where” at the beginning of art. 2709 indicates that the procedure provided by that article is not exclusive, and that the legislature was providing that a pledge could be granted on a claim not represented by the negotiable instruments referred to in the article.

8

The effect of taking the opposite approach, which would limit the expression “title” to negotiable instruments and the expression “property” to corporeal property, would be to prohibit individuals from creating certain hypothecs for which the Code expressly provides: hypothecs on a share in a general partnership (art. 2211) and hypothecs on rights under a contract of life insurance (arts. 2461 and 2462). Given that a natural person who is not operating an enterprise may not grant a movable hypothec without delivery (art. 2683), such a person would be unable to use that technique. As well, because the rights in question are not normally represented by negotiable instruments, it would also not be possible for them to be the object of a pledge. Given the nature of these rights, which are most often held by individuals, it would seem unlikely that the legislature would have intended to limit the ability to hypothecate them in such a way: see *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375, at para. 51. On this point, it is worth noting that the *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II, at p. 1546, concerning art. 2461, para. 2, indicate that this article applies to situations that were formerly covered by [TRANSLATION] “[t]he concept of pledge under previous law”. This suggests that the hypothec contemplated by this article is a movable hypothec with delivery.

9

However, the conclusion that the use of the expressions “property” and “title” in arts. 2702 and 2703 C.C.Q. is not a *prima facie* bar to the possibility of a pledge of a claim not represented by a negotiable instrument cannot, in and of itself, resolve the issue of the validity of the pledge in this case. Those articles require that the property or title be handed over to the creditor in order for the hypothec to be granted, and that the property or title be held

« négociable » et à celle « qui grève des créances », ce qui implique l’existence d’hypothèques mobilières avec dépossession portant sur des créances non représentées par un titre négociable. De même, l’utilisation du mot « si » au début de l’art. 2709 indique que le mécanisme prévu par cet article n’est pas exclusif et que le législateur prévoyait qu’un gage pourrait être consenti sur une créance non représentée par les titres négociables qui y sont prévus.

Par ailleurs, la solution contraire, qui limiterait le terme « titre » aux titres négociables et le terme « bien » aux biens corporels, aurait pour effet d’interdire aux particuliers de créer certaines hypothèques prévues expressément par le Code, soit l’hypothèque sur la part dans une société en nom collectif (art. 2211) et l’hypothèque sur les droits résultant d’une police d’assurance-vie (art. 2461 et 2462). En effet, étant donné qu’une personne physique n’exploitant pas une entreprise ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession (art. 2683), elle ne pourrait se prévaloir de cette technique. Par ailleurs, les droits en question n’étant pas normalement représentés par des titres négociables, ils ne pourraient non plus faire l’objet d’un gage. Étant donné la nature de ces droits, qui sont le plus souvent détenus par des particuliers, il paraît invraisemblable que le législateur ait voulu limiter ainsi la possibilité de les hypothéquer : voir *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375, par. 51. Il est à cet égard intéressant de noter que les *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, p. 1546, concernant l’art. 2461, al. 2, indiquent que cet article s’applique à des situations autrefois couvertes par « [I]a notion de gage du droit antérieur », ce qui suggère que l’hypothèque envisagée par cet article est une hypothèque mobilière avec dépossession.

La conclusion selon laquelle l’utilisation des termes « bien » et « titre » aux art. 2702 et 2703 C.c.Q. ne fait pas de prime abord obstacle à la possibilité d’un gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable ne saurait toutefois à elle seule résoudre la question de la validité du gage en l’espèce. En effet, ces articles exigent la remise du bien ou du titre au créancier afin de constituer l’hypothèque, et la détention de ce bien ou de ce

by the creditor in order for it to be published. Those two requirements represent two sides of the same coin, in the sense that in order for there to have been effective handing over, it must result in the creditor holding the property or title. The real question is therefore whether that requirement of handing over may be met where the object of the hypothec is a claim not represented by a negotiable instrument, and in what circumstances that would be so. In other words, can there be “holding” of such a claim by the creditor in such a way that a movable hypothec with delivery is granted and published?

To answer that question, we must first determine the meaning of the expression “holding” (*détention*) which is used in art. 2703. “Holding” as necessary for publication of a pledge, as it has been defined by the courts, relies on the concept of “control” or “effective control” (*maîtrise effective*) of the hypothecated property by the creditor. For example, the *Dictionnaire de droit privé, supra*, at p. 173, defines “*détention*” as [TRANSLATION] “effective control of a thing”. In *Grobstein v. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] Que. Q.B. 440, Bissonnette J. said, at p. 442:

[TRANSLATION] [O]nce the creditor holds a clearly identified thing as a pledge, the creditor has “control”, exclusive authority, over that thing, and the creditor’s holding of the thing is neither casual nor equivocal and the creditor may dispose of it irrespective of anyone else’s claims to it and, in addition, the law imposes a duty to retain and conserve the thing on the creditor, the creditor’s possession is effective to secure his or her right in the pledge. [Emphasis added.]

That definition becomes clearer when we consider the objectives of a pledge. Unlike a movable hypothec without delivery, a pledge is published, that is, it may be set up against third persons, by the creditor’s holding. This then means that the creditor obtains effective and exclusive control of the property in question, so that third persons are able to determine that there is a pledge, or have a means of informing themselves.

On the one hand, in the case of corporeal property, physically handing over the property to the creditor is sufficient both to grant the pledge within the meaning of art. 2702 and to publish it within the

titre par le créancier afin de la publier. Ces deux exigences représentent l’envers et l’endroit d’une même médaille, au sens où, pour que la remise soit effective, il faudra qu’elle confère au créancier la détention du bien ou du titre. La véritable question est donc de savoir si cette dernière exigence peut être remplie lorsque l’objet de l’hypothèque est une créance non représentée par un titre négociable, et à quelles conditions. En d’autres termes, une telle créance peut-elle faire l’objet d’une « détention » par le créancier de manière à constituer et à publier une hypothèque mobilière avec dépossession?

Pour répondre à cette question, il est d’abord nécessaire de préciser le sens du terme « détention » utilisé à l’art. 2703. La définition par la jurisprudence de la détention nécessaire à la publication d’un gage fait appel à la notion de « contrôle » ou de « maîtrise effective » du bien hypothéqué par le créancier. Par exemple, le *Dictionnaire de droit privé, op. cit.*, p. 173, définit la détention comme la « [m]aîtrise effective d’une chose ». Dans l’arrêt *Grobstein c. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] B.R. 440, le juge Bissonnette affirmait, à la p. 442, que :

[D]ès lors que le créancier détient, en gage, une chose nettement identifiée, qu’il garde sur elle un « contrôle », une autorité exclusive, et que sa détention n’est ni promiscue, ni équivoque et qu’il peut en disposer indépendamment des prétentions d’autrui et que, de plus, la loi lui impose l’obligation de garde et de conservation de cette chose, sa possession est efficace pour assurer son droit de gage. [Je souligne.]

Cette définition s’éclaircit davantage lorsque l’on prend en considération les objectifs du gage. En effet, contrairement à l’hypothèque mobilière sans dépossession, celui-ci est publié, c’est-à-dire rendu opposable aux tiers, par la détention exercée par le créancier. Cela suppose donc que celui-ci obtienne la maîtrise effective et exclusive du bien en question, de sorte que les tiers soient en mesure de constater l’existence du gage ou disposent d’un moyen de s’en enquérir.

Dans le cas d’un bien corporel, la remise physique du bien au créancier est suffisante à la fois pour constituer le gage au sens de l’art. 2702 et pour le publier au sens de l’art. 2703, car le créancier en

10

11

meaning of art. 2703, because there is then physical holding, control, by the creditor. The pledge will continue to be public for so long as the holding of it is exercised in accordance with the requirements of the Code and the case law. For instance, art. 2704 provides that holding is continuous even if its exercise is prevented by the act of a third person without the consent of the creditor or is temporarily interrupted by the handing over of the property or title to the grantor or to a third person for evaluation, repair, transformation or improvement. The intention of the legislature was thus to codify the approach adopted in *Hollander, supra*: see the *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, at p. 1692, art. 2704.

12

On the other hand, whether or not a pledge of a claim is represented by a negotiable instrument, it is subject to the general requirements imposed on movable hypothecs on claims by art. 2710, para. 2, which provides:

[T]he creditor may not set up his hypothec against the debtors of hypothecated claims as long as it may not be set up against them in the same way as an assignment of claim.

In order for it to be possible to set up a hypothec on a claim against the debtor of the claim, then, the hypothecary creditor must comply with the requirements of arts. 1641 *et seq.* C.C.Q., which deal with assignment of claims. Accordingly, at least in theory, the creation of a complete pledge of a claim, whether or not the claim is represented by a negotiable instrument, involves three conceptual steps: the granting of the pledge by handing over the property or title to the hypothecary creditor; the publication of the pledge by the creditor holding the property or title; and the fact that the pledge may be set up against the debtor of the claim, which is brought about in the same way as for an assignment of claim: see L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001), at pp. 359-60.

13

In the case of a negotiable instrument, art. 2709 expressly provides that the “remittance” (*remise*) required by art. 2702 takes place, depending on the nature of the title that is hypothecated, by endorsement and delivery or by delivery alone. In each case, the effect of the transaction in question is

obtient alors la détention matérielle, le contrôle. Le gage demeurera public aussi longtemps que la détention s'exercera en conformité avec les exigences du Code et de la jurisprudence. Par exemple, l'art. 2704 prévoit que la détention demeure continue dans les cas où son exercice est empêché par un tiers sans le consentement du créancier, ou lorsqu'il est interrompu temporairement par la remise du bien ou du titre au constituant ou à un tiers pour évaluation, réparation, transformation ou amélioration. Le législateur a ainsi voulu codifier la solution retenue dans l'arrêt *Hollander*, précité : voir les *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, p. 1692, art. 2704.

Le gage d'une créance, qu'elle soit représentée ou non par un titre négociable, est pour sa part assujéti aux exigences générales imposées à l'hypothèque mobilière de créances par l'art. 2710, al. 2, qui prévoit que :

[L]e créancier ne peut faire valoir son hypothèque à l'encontre des débiteurs des créances hypothéquées tant qu'elle ne leur est pas rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance.

Pour que l'hypothèque portant sur une créance soit opposable au débiteur de cette dernière, il faut donc que le créancier hypothécaire se conforme aux exigences des art. 1641 *et suiv.* C.c.Q., qui portent sur la cession de créance. Par conséquent, du moins en théorie, la formation d'un gage complet sur une créance, que celle-ci soit ou non représentée par un titre négociable, comporte trois étapes conceptuelles : la constitution du gage par la remise du bien ou du titre au créancier hypothécaire; sa publication par la détention par le créancier; finalement, l'opposabilité au débiteur de la créance, qui est réalisée de la même manière que pour une cession de créance : voir L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2^e éd. 2001), p. 359-360.

Dans le cas d'un titre négociable, l'art. 2709 prévoit expressément que la « remise » exigée par l'art. 2702 a lieu, selon la nature du titre hypothéqué, par endossement et délivrance ou par délivrance seulement. Dans chacun de ces cas, l'opération visée a incontestablement pour effet de conférer au

indisputably that the hypothecary creditor then holds the claim represented by the title, because the creditor, having a validly transferred negotiable instrument in his or her hands, is free to exercise rights in it without the consent of the hypothecary debtor who handed it over to him or her. On the one hand, as art. 1647 indicates, a claim attested by a bearer instrument may be assigned by “mere delivery” (*simple tradition*), to another bearer, of the instrument attesting it. Physical delivery of the title is therefore sufficient to give the creditor effective control of the claim. On the other hand, in the case of a title that is negotiable by endorsement and delivery, for example a cheque, “mere delivery” as provided in art. 1647 will be insufficient: in order for the creditor to exercise rights in that claim, the title must also be endorsed. That is why the legislature supplemented art. 1647 with art. 2709, which requires endorsement as an integral part of the “remittance” required by art. 2702 in order to create the pledge. The concept of “remittance” is therefore not identical to the “mere delivery” required by art. 1647: while “mere delivery” refers to physical delivery, the “remittance” required by art. 2702 refers, rather, to the transaction by which the creditor obtains control over the hypothecated claim: in this specific case, the endorsement and delivery of the title. Accordingly, where a negotiable instrument is pledged, the effect of the procedure set out in art. 2709 is to complete the three conceptual steps described earlier: once the title is remitted to the creditor by endorsement and delivery or by delivery alone, as the case may be, the pledge has been given and published and may be set up against the debtor of the claim. In other words, holding the title takes the place of holding the claim itself, because it, in and of itself, gives the hypothecary creditor effective control of the claim.

But what about a claim that is not represented by a negotiable instrument? In that case, mere physical delivery of the non-negotiable instrument that attests the claim, for example a contract or invoice, is not sufficient for a hypothecary creditor to genuinely hold the title within the meaning of art. 2703, because it does not convey effective control of the claim represented by the title. Physical delivery of a non-negotiable instrument has no legal effect

créancier hypothécaire la détention de la créance représentée par le titre, car celui-ci, ayant en ses mains un titre négociable validement transféré, est libre de s’en prévaloir sans le consentement du débiteur hypothécaire qui le lui a remis. D’une part, comme l’indique l’art. 1647, une créance constatée dans un titre au porteur peut être cédée par la « simple tradition », d’un porteur à l’autre, du titre qui la constate. La délivrance matérielle du titre suffit donc alors à conférer au créancier la maîtrise effective de la créance. D’autre part, dans le cas d’un titre négociable par endossement et délivrance, par exemple un chèque, la « simple tradition » prévue à l’art. 1647 ne saurait suffire : il faut également, pour que le créancier puisse se prévaloir de la créance, que le titre soit endossé. C’est pourquoi le législateur a complété l’art. 1647 par l’art. 2709, qui exige alors l’endossement comme partie intégrante de la « remise » prévue à l’art. 2702 pour la constitution du gage. Le concept de « remise » n’est donc pas identique à celui de « simple tradition » de l’art. 1647 : alors que ce dernier désigne la tradition matérielle, la « remise » visée à l’art. 2702 désigne plutôt l’opération qui confère au créancier la détention de la créance hypothéquée, soit dans ce cas précis l’endossement et la délivrance du titre. Par conséquent, lorsqu’un titre négociable est donné en gage, le mécanisme prévu par l’art. 2709 a pour effet d’accomplir les trois étapes conceptuelles établies ci-haut : une fois le titre remis au créancier par endossement et délivrance ou par délivrance seulement, selon le cas, le gage est constitué, publié et opposable au débiteur de la créance. En d’autres termes, la détention du titre tient lieu de détention de la créance elle-même, car elle permet, à elle seule, au créancier hypothécaire d’en obtenir la maîtrise effective.

Qu’en est-il, toutefois, de la créance non représentée par un titre négociable? Dans un tel cas, la simple tradition matérielle du titre non négociable qui constate la créance, par exemple un contrat ou une facture, n’est pas suffisante pour conférer au créancier hypothécaire une véritable détention du titre au sens de l’art. 2703, car elle n’emporte pas la maîtrise effective de la créance représentée par ce titre. En effet, la tradition matérielle d’un titre

between the parties, in the sense that it does not permit the hypothecary creditor himself or herself to exercise the rights provided by the title, and to exercise rights in the claim in the event of default. It therefore cannot, by itself, constitute the “remittance” required by art. 2702. That is why the legislature has provided a procedure for such cases that enables the hypothecary creditor to obtain effective control of the hypothecary claim, by making it possible for the creditor’s right to be set up against the debtor of the claim. That procedure is the one set out in art. 2710 C.C.Q., which requires the setting up of a hypothec on a claim against the debtor of the claim in the same way as an assignment of claim. In the case of a claim not represented by a negotiable instrument, the requirements that must be met in order for it to be set up against the debtor of the claim are stated in art. 1641, the first paragraph of which reads as follows:

An assignment may be set up against the debtor and the third person as soon as the debtor has acquiesced in it or received a copy or a pertinent extract of the deed of assignment or any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor.

This article does not require that complex formalities be followed: the debtor of the claim need only acquiesce in the hypothec, or receive a copy or a pertinent extract of the deed or “any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor”. When one of those requirements has been met, the pledge of the claim may be set up against the debtor. Accordingly, where the hypothec granted gives the hypothecary creditor the right, in the event of default, to collect the hypothecary claim directly without obtaining further authorization from his or her debtor, the creditor will have obtained effective control of the claim and a valid pledge that may be set up against third persons will have been created.

15

Where the claim is not represented by a negotiable instrument, the “remittance” required by art. 2702 therefore refers not to mere physical delivery but rather to the act that actually gives the creditor control of the claim, that is, the debtor’s acquiescence in the pledge or the proof that allows it to be set up against the debtor, in accordance with art. 1641. This distinction is similar to the distinction

non négociable n’a pas d’effet juridique entre les parties, en ce sens qu’elle ne permet pas au créancier hypothécaire d’exercer lui-même les droits prévus par le titre et de se prévaloir de la créance en cas de défaut. Elle ne saurait donc à elle seule constituer la « remise » exigée par l’art. 2702. C’est pourquoi le législateur a prévu, dans un tel cas, un mécanisme permettant au créancier hypothécaire d’obtenir la maîtrise effective de la créance hypothéquée en rendant son droit opposable au débiteur de la créance. Ce mécanisme est celui prévu par l’art. 2710 C.c.Q., qui exige que l’hypothèque sur une créance soit rendue opposable au débiteur de celle-ci de la même manière qu’une cession de créance. Dans le cas d’une créance non représentée par un titre négociable, les conditions de cette opposabilité sont exprimées à l’art. 1641, dont le premier alinéa se lit comme suit :

La cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu’il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l’acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant.

Cet article n’impose pas de formalités complexes : il suffit que le débiteur de la créance acquiesce à l’hypothèque, qu’il reçoive une copie ou un extrait pertinent de l’acte ou « une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant ». Dès que l’une de ces conditions est remplie, le gage de la créance est opposable au débiteur. Par conséquent, dans la mesure où l’hypothèque convenue confère au créancier hypothécaire, en cas de défaut, le droit de percevoir directement la créance hypothéquée sans autorisation supplémentaire de la part de son débiteur, le créancier aura obtenu la maîtrise effective de la créance et un gage valide et opposable aux tiers aura été formé.

Dans le cas de la créance non représentée par un titre négociable, la « remise » prévue à l’art. 2702 ne désigne donc pas la simple tradition matérielle, mais plutôt l’acte qui confère véritablement au créancier la maîtrise de la créance, soit l’acquiescement du débiteur au gage ou la preuve qui le lui rend opposable, conformément à l’art. 1641. Cette distinction rejoint celle mentionnée plus haut entre la « simple

referred to earlier between “mere delivery”, which is sufficient, under art. 1647, to result in the bearer holding a title, and the “remittance” required by art. 2709, which further requires endorsement where endorsement is necessary in order for the creditor to hold a title that is negotiable by endorsement and delivery. The distinction between physical delivery of a property and actual remittance is also illustrated by art. 2702, which provides that where the property is already in the hands of the creditor the pledge may be granted by merely changing the nature of the creditor’s holding of it, which does not require any physical delivery.

Accordingly, where the pledge relates to a claim that is not represented by a negotiable instrument, the procedure set out in arts. 2710 and 1641 is in line with the procedure set out in art. 2709 for negotiable instruments. The procedure in question allows for the three conceptual steps in the pledge of a claim: once it has become possible for the creditor’s right to obtain payment in the event of default to be set up against the debtor of the claim under art. 1641, the creditor obtains effective control of the claim and the pledge has then been granted and published. As well, given that physically leaving a title, even if it is a non-negotiable instrument, in the hands of the debtor could mislead third persons by suggesting that the debtor continues to be able to freely dispose of the claim, it will also be necessary, where there is such a title and it is possible to hand it over, that it be physically handed over to the creditor in order that the remittance required by art. 2702 be complete. It therefore seems to me that in the provisions of the new Code the legislature has set out all of the requirements for granting a pledge of a claim not represented by a negotiable instrument, whether or not it is attested by a non-negotiable instrument.

It should be noted that, contrary to what my colleague Deschamps J. asserts (at paras. 69, 73 and 104), art. 1641, para. 1 does not necessarily require a writing. What that article provides for are three separate ways whereby the assignment may be set up against the debtor of the claim and third persons: acquiescence by the debtor in the assignment, receipt by the debtor of a copy or a pertinent extract of the deed of assignment, or receipt by the debtor of

tradition » qui, en vertu de l’art. 1647, est suffisante à conférer la détention d’un titre au porteur, et la « remise » prévue par l’art. 2709, qui exige en plus l’endossement lorsque celui-ci est nécessaire pour permettre au créancier d’obtenir la détention d’un titre négociable par endossement et délivrance. La distinction entre la tradition matérielle d’un bien et sa véritable remise est également illustrée par l’art. 2702, qui prévoit que, lorsque le bien est déjà entre les mains du créancier, le gage peut être constitué par le simple changement du caractère de sa détention, ce qui ne requiert aucune tradition matérielle.

En conséquence, lorsque le gage porte sur une créance non représentée par un titre négociable, le mécanisme prévu par les art. 2710 et 1641 s’inscrit en parallèle avec celui prévu par l’art. 2709 pour les titres négociables. En effet, il permet d’accomplir les trois étapes conceptuelles du gage d’une créance : dès que le droit du créancier d’obtenir paiement en cas de défaut est rendu opposable au débiteur de la créance conformément à l’art. 1641, le créancier obtient la maîtrise effective de celle-ci et le gage est donc constitué et publié. Par ailleurs, étant donné que le maintien matériel d’un titre, même non négociable, entre les mains du débiteur serait susceptible d’induire les tiers en erreur en suggérant que celui-ci continue à disposer librement de la créance, il sera également nécessaire, lorsqu’un tel titre existe et que sa remise est possible, qu’il soit matériellement remis au créancier pour que la remise prévue à l’art. 2702 soit complète. Il me semble donc que le législateur a prévu dans les dispositions du nouveau Code toutes les conditions nécessaires à la création d’un gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable, qu’elle soit constatée ou non par un titre non négociable.

Il convient de noter que, contrairement à ce qu’affirme ma collègue la juge Deschamps (aux par. 69, 73 et 104), l’art. 1641, al. 1 n’exige pas nécessairement un écrit. Cet article prévoit en effet trois mécanismes alternatifs permettant de rendre la cession opposable au débiteur de la créance et aux tiers : l’acquiescement du débiteur à la cession, sa réception d’une copie ou d’un extrait pertinent de l’acte de cession, ou sa réception d’une autre preuve

16

17

any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor. Accordingly, in the context of a hypothec with delivery relating to a claim, the second procedure is the only one that requires that there be a writing attesting the pledge. In any other case, acquiescence or receipt of evidence of the assignment will be sufficient to allow the pledge to be set up against the debtor and third persons, and therefore to give the creditor effective control of the claim, with no writing being necessary.

18

In practice, to facilitate proof of such a pledge and to establish the terms on which it may be exercised, it may be desirable for the pledge to be evidenced by a writing, which may then be communicated to the debtor of the claim to allow the claim to be set up against him or her. However, I disagree with my colleague when she states that “the terms on which it may be set up against the debtor of the claim assigned — which presuppose a writing — are foreign to the simplicity that is inherent in granting a pledge” (para. 69). First, as I explained above, art. 1641 does not necessarily presuppose a writing; the parties may rely on acquiescence by the debtor or any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor. Second, the possibility of relying on a writing to record the pledge, and sometimes even the obligation to do so, are already provided for in the Code in certain circumstances. For example, escrow, when the property is held by a third person for the benefit of a pledge-holder, is an integral part of the traditional concept of pledge; art. 2705 C.C.Q., however, requires a writing in order to publish the pledge:

2705. The creditor, with the consent of the grantor, may hold the property through a third person, but if so, detention by the third person effects publication only from the time the third person receives evidence in writing of the hypothec. [Emphasis added.]

As well, it is acknowledged that the pledge may, optionally, be attested by a writing that will facilitate proof of it, and that publication of the pledge may even be supplemented by registration (art. 2707). In addition, the very acknowledgement that a claim may be hypothecated by handing over the negotiable instrument that represents it makes remittance of a writing an essential requirement for that kind of

de la cession qui soit opposable au cédant. Par conséquent, dans le contexte d'une hypothèque avec dépossession portant sur une créance, seul le second mécanisme exige l'existence d'un écrit constatant le gage. Dans tout autre cas, l'acquiescement ou la réception d'une preuve de la cession pourront suffire à rendre le gage opposable au débiteur et aux tiers et donc à conférer au créancier la maîtrise effective de la créance, sans qu'un écrit soit nécessaire.

En pratique, il pourra être souhaitable, afin de faciliter la preuve d'un tel gage et d'en établir les modalités, que celui-ci soit constaté par un écrit, qui pourra alors être communiqué au débiteur de la créance afin que le gage lui soit opposable. Je suis toutefois en désaccord avec ma collègue lorsqu'elle affirme que « les modalités d'opposabilité au débiteur de la créance cédée — qui présupposent un écrit — sont étrangères à la simplicité inhérente à la constitution du gage » (par. 69). D'abord, comme je l'ai expliqué ci-haut, l'art. 1641 ne présuppose pas nécessairement un écrit, les parties pouvant avoir recours à l'acquiescement du débiteur ou à n'importe quelle preuve de la cession qui soit opposable au cédant. Ensuite, la possibilité d'avoir recours à un écrit pour constater le gage, et parfois même l'obligation de le faire, sont déjà prévues par le Code dans certaines circonstances. Par exemple, l'entiercement, c'est-à-dire la détention du bien par un tiers pour le bénéfice du créancier gagiste, fait partie intégrante du concept traditionnel de gage; pourtant, l'art. 2705 C.c.Q. exige dans ce cas un écrit pour publier le gage :

2705. Le créancier peut, avec l'accord du constituant, exercer sa détention par l'intermédiaire d'un tiers, mais, en ce cas, la détention par le tiers n'équivaut à publicité qu'à compter du moment où celui-ci reçoit une preuve écrite de l'hypothèque. [Je souligne.]

Par ailleurs, on admet que le gage puisse être, de manière facultative, constaté par un écrit qui en facilite la preuve, et que sa publication puisse même être complétée par une inscription au registre (art. 2707). De plus, le fait même d'admettre qu'une créance puisse être hypothéquée par la remise du titre négociable qui la représente fait de la remise d'un écrit une condition essentielle de ce type de gage. Par

pledge. Accordingly, it seems to me to be incorrect to suggest that the writing is fundamentally inconsistent with the concept of pledge.

There is nothing “contingent” or “purely potestative” about acquiescence by the debtor in the claim, where the parties decide to adopt that procedure; on the contrary, it is difficult to imagine that, if the legislature considered that requirement to be sufficient to allow for an assignment of the claim to be set up against third persons by operation of law (art. 1641 C.C.Q.), it would then be inadequate or shocking when applied to publication of a pledge, which is a lesser right. The agreement among the three parties makes it impossible to grant a subsequent pledge of the same claim to a third person. As well, it enables the third person in question to become aware of the existence of the pledge by inquiring of the debtor of the claim.

The approach I prefer is also consistent with the law that applies to a pledge of claims in the civil law countries. For example, French civil law has long recognized pledges of claims not represented by a negotiable instrument: see, *inter alia*, H., L. and J. Mazeaud and F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés: Publicité foncière* (7th ed. 1999), by Y. Picod, No. 65, at p. 145; P. Malaurie and L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés: La publicité foncière* (7th ed. 1995), by L. Aynès, Nos. 518-25, at pp. 197-202. The terms by which that kind of pledge operates have changed in recent decades. First, art. 2076 of the French Civil Code (“C.C.”), which has never been amended and which applies to all pledges, requires, as do arts. 2702 and 2703 C.C.Q., that the creditor be put in possession; it provides:

[TRANSLATION] In all cases the privilege only subsists over the pledge where such pledge has been placed and has continued in the possession of the creditor, or of a third person agreed on between the parties.

Second, after it was last amended on July 12, 1980, art. 2075 C.C. reads as follows:

[TRANSLATION] Where the pledge is granted on incorporeal movables such as movable claims, the authentic act or act under private seal, duly registered, shall be served on the debtor of the claim given in pledge, or accepted by the debtor in an authentic act.

conséquent, il me paraît inexact de suggérer que l’écrit soit fondamentalement incompatible avec le concept de gage.

L’acquiescement du débiteur de la créance, lorsque les parties décident de se prévaloir de ce mécanisme, n’a rien d’« aléatoire » ou de « purement potestatif »; au contraire, il est difficile d’imaginer que, si le législateur a jugé cette condition suffisante pour rendre opposable aux tiers une cession de plein droit de la créance (art. 1641 C.c.Q.), elle devienne inadéquate ou choquante lorsqu’il s’agit de publier un droit moindre, soit un gage. L’entente entre les trois parties rend impossible la création, en faveur d’un tiers, d’un gage subséquent sur la même créance. Par ailleurs, elle permet au tiers intéressé d’apprendre l’existence du gage en s’adressant au débiteur de la créance.

La solution que je privilégie rejoint par ailleurs le droit applicable au gage de créances dans les pays de droit civil. Ainsi, le droit civil français admet-il depuis longtemps le gage de créances non représentées par un titre négociable : voir notamment H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés : Publicité foncière* (7^e éd. 1999), par Y. Picod, n^o 65, p. 145; P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés : La publicité foncière* (7^e éd. 1995), par L. Aynès, n^{os} 518-525, p. 197-202. Les modalités d’un tel gage ont évolué dans les dernières décennies. D’une part, l’art. 2076 du Code civil français (« C.c. »), jamais modifié, qui s’applique à tout gage et exige, à l’instar des art. 2702 et 2703 C.c.Q., la mise en possession du créancier, prévoit que :

Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu’autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d’un tiers convenu entre les parties.

D’autre part, à la suite de sa dernière modification le 12 juillet 1980, l’art. 2075 C.c. se lit ainsi :

Lorsque le gage s’établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l’acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique.

This article refers to the formalities in art. 1690 C.C. which, like art. 1641 C.C.Q., deals with assignment of claims.

21

Before 1983, it was thought that the coexistence of those two articles required, in the case of claims not represented by a bearer instrument, that the creditor obtain physical possession of the non-negotiable instrument (to satisfy art. 2076 C.C.) and that the pledge was served on the debtor (to satisfy art. 2075 C.C.). Although that requirement continues to apply where physical delivery of the title is possible, the Cour de cassation held, in a decision dated May 10, 1983, that where the pledge relates to a claim for which delivery is physically impossible, it is sufficient, to put the creditor in possession, to serve notice of the pledge on the debtor of the claim. Physical delivery of a non-negotiable instrument is therefore not necessary in such cases: *Soc. suisse d'assur. Winterthur v. Soc. anon. Réaltrade*, Cass. civ. 1^{re}, May 10, 1983, D.1984.433, note Légier. It is therefore generally acknowledged that French law, which currently recognizes pledges of claims not represented by a negotiable instrument, is moving toward an approach that relies on service of notice as the only requirement for granting a pledge and to allow it to be set up against third persons: see M. Cabrillac and C. Mouly, *Droit des sûretés* (5th ed. 1999), No. 686, at pp. 546-47; see also Malaurie and Aynès, *supra*, No. 524, at p. 201; P. Simler and P. Delebecque, *Droit civil: Les sûretés — La publicité foncière* (2nd ed. 1995), No. 537, at pp. 440-41. That approach is consistent with the one taken by German law (see art. 1280 of the German Civil Code) and Swiss law (see art. 900 of the Swiss Civil Code), which currently consider service of notice on the debtor of the claim to be sufficient to publish the pledge.

22

In addition to being consistent with the civil law institution of pledge, the approach adopted above also has the advantage of being compatible with the most recent developments in the North American law of real security. Legislation in relation to personal property security that has been enacted in the common law provinces of Canada allows individuals to grant security interests in claims that are not represented by negotiable instruments, which are

Cet article renvoie aux formalités de l'art. 1690 C.c. qui, à l'instar de l'art. 1641 C.c.Q., traite de la cession de créance.

Avant 1983, on considérait que la cohabitation de ces deux articles exigeait, dans le cas des créances non représentées par un titre au porteur, que le créancier obtienne la possession matérielle du titre non négociable (pour satisfaire à l'art. 2076 C.c.) et que le gage soit signifié au débiteur (pour satisfaire à l'art. 2075 C.c.). Bien que cette exigence demeure en vigueur lorsque la tradition matérielle du titre est possible, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 1983, a établi que lorsque le gage porte sur une créance dont la tradition est matériellement impossible, la mise en possession est suffisamment réalisée par la signification du gage au débiteur de la créance. La tradition matérielle du titre non négociable n'est dans de tels cas pas nécessaire : arrêt *Soc. suisse d'assur. Winterthur c. Soc. anon. Réaltrade*, Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1983, D.1984.433, note Légier. Il est donc généralement admis que le droit français, qui admet déjà le gage de créances non représentées par un titre négociable, s'oriente vers une solution qui retient la signification comme seule condition de constitution et d'opposabilité aux tiers : voir M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés* (5^e éd. 1999), n^o 686, p. 546-547; voir aussi Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n^o 524, p. 201; P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil : Les sûretés — La publicité foncière* (2^e éd. 1995), n^o 537, p. 440-441. Une telle solution rejoindrait celle retenue par le droit allemand (voir art. 1280 du Code civil allemand) et le droit suisse (voir art. 900 du Code civil suisse), qui considèrent déjà que la signification au débiteur de la créance est suffisante pour publier le gage.

Au-delà de sa conformité avec l'institution civiliste du gage, la solution retenue ci-haut présente également l'avantage d'être compatible avec les développements les plus récents en droit nord-américain des sûretés réelles. En effet, les lois sur les sûretés mobilières adoptées dans les provinces canadiennes de common law permettent aux particuliers de créer des sûretés portant sur des créances non représentées par des titres négociables,

considered to be intangibles. Such security interests must be published by registration to allow them to be set up against third persons: see, for example, the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, s. 23.

This technique is, of course, different from the pledge as it is envisioned by the *Civil Code of Québec*, which has more in common with the perfection by possession provided for by s. 22 of the *Personal Property Security Act*, a technique which is available for only certain types of collateral, not including intangibles. However, in the last two years a type of security interest in claims has emerged in the United States that has a great deal in common with a pledge of claims as it is found in the civil law countries referred to earlier. Since July 2001, all of the American states have adopted a revised version of Article 9 of the *Uniform Commercial Code* (1999 rev.), which governs real security interests, the earlier version of which had been used as a model for both Canadian legislation on the subject and for the draft produced by the Civil Code Revision Office (see *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 1, *Commentaries*, at p. 347). The new version introduces the concept of publication by control of certain forms of security interests relating to claims that were formerly regarded as general intangibles, for instance claims relating to money held in bank accounts. Section 9-314 provides that a “security interest in . . . deposit accounts . . . may be perfected by control of the collateral under Section 9-104 . . .”, para. (a) of which provides:

(a) A secured party has control of a deposit account if:

- (1) the secured party is the bank with which the deposit account is maintained;
- (2) the debtor, secured party, and bank have agreed in an authenticated record that the bank will comply with instructions originated by the secured party directing disposition of the funds in the account without further consent by the debtor; or

considérées comme des biens immatériels (*intangibles*). Ces sûretés doivent être publiées par enregistrement afin d’être opposables aux tiers : voir par ex. la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 23.

Certes, cette technique diffère du gage tel qu’envisagé par le *Code civil du Québec*, qui se rapproche davantage de l’opposabilité par possession (*perfection by possession*) prévue par l’art. 22 de la *Loi sur les sûretés mobilières*, technique qui n’est disponible que pour certains types de biens grevés (*collateral*) n’incluant pas les biens immatériels. Cependant, les deux dernières années ont vu l’émergence, aux États-Unis, d’un type de sûreté sur des créances qui se rapproche considérablement du gage de créances tel qu’il existe dans les pays de droit civil mentionnés plus haut. Ainsi, depuis juillet 2001, tous les États américains ont adopté une version révisée de l’art. 9 du *Uniform Commercial Code* (rév. 1999), qui régit les sûretés réelles, et dont la version antérieure avait servi de modèle à la fois aux lois canadiennes en la matière et au projet de l’Office de révision du Code civil (voir *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 1, *Commentaires*, p. 349). Cette nouvelle version introduit la notion de publication par contrôle de certaines sûretés portant sur des créances autrefois considérées comme des biens immatériels (*general intangibles*), notamment celles portant sur les sommes détenues dans des comptes bancaires. Ainsi, l’article 9-314 prévoit que la [TRADUCTION] « sûreté grevant [un] compte de dépôts [. . .] peut être opposée par le contrôle du bien donné en garantie au sens de l’article 9-104 . . . ». Cette dernière disposition prévoit à son tour, à son par. (a), que :

[TRADUCTION]

(a) La partie garantie a le contrôle d’un compte de dépôts dans les cas suivants :

- (1) la partie garantie est la banque où se trouve le compte de dépôts;
- (2) le débiteur, la partie garantie et la banque ont convenu dans un document authentiqué que la banque suivra, sans autre consentement du débiteur, les directives de la partie garantie concernant l’aliénation des fonds conservés dans le compte de dépôts;

(3) the secured party becomes the bank's customer with respect to the deposit account. [Emphasis added.]

The three situations listed in para. (a) are clearly equivalent to the concept of "control" or "effective control", in that they describe situations in which the creditor holds the claim in that manner. It is worth noting that subpara. (2) describes a situation that is virtually identical to the one agreed to by the parties in this case.

(3) la partie garantie devient une cliente de la banque relativement au compte de dépôts. [Je souligne.]

Les trois situations énumérées au par. (a) rejoignent de toute évidence le concept de « contrôle » ou de « maîtrise effective », en décrivant des situations où le créancier exerce une telle détention. Il est intéressant de noter que le sous-par. (2) décrit une situation quasi identique à celle convenue entre les parties en l'espèce.

24

Accordingly, adoption of the criterion described above in the case of a pledge of claims not represented by a negotiable instrument as provided by the *Civil Code of Québec* reflects the general development of the law of security interests in claims of that nature, as well as providing Quebecers with a form of access to credit that is generally available elsewhere in the world, and fostering a degree of uniformity in this area, one that is crucial to the conduct of numerous business activities, while remaining faithful to the letter and spirit of the *Civil Code of Québec* and the civil law origins of the concept of pledge. This is consistent with the general approach adopted by the legislature as described by Professor R. A. Macdonald in "Change of Terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Québec* Relating to Prior Claims and Hypothecs" (1992), 23 *R.G.D.* 357, at pp. 358-59:

The various proposals presented during the fifteen year legislative gestation of this part of the Civil Code clearly reveal that the intention of the government was to modernize the law of security on property along the general functionalist lines of Article 9 of the U.C.C., but to retain as an overarching framework the existing civil law approach to the subject.

Par conséquent, l'adoption du critère élaboré ci-haut dans le cas du gage de créances non représentées par un titre négociable prévu par le *Code civil du Québec* reflète l'évolution générale du droit des sûretés portant sur de telles créances, en plus de permettre aux Québécois de bénéficier d'un type d'accès au crédit généralement disponible ailleurs dans le monde et de favoriser une certaine uniformité dans ce domaine essentiel à la poursuite de nombreuses activités commerciales, tout en respectant la lettre et l'esprit du *Code civil du Québec* et les origines civilistes du concept de gage. Cela rejoint l'orientation générale adoptée par le législateur, telle que décrite par le professeur R. A. Macdonald dans « Change of Terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Québec* Relating to Prior Claims and Hypothecs » (1992), 23 *R.G.D.* 357, p. 358-359 :

[TRADUCTION] Les diverses propositions soumises au cours de la période de 15 années qui a précédé la réforme de cette partie du Code civil indiquent clairement que l'intention du gouvernement était de moderniser le droit des sûretés réelles en fonction du modèle général fonctionnaliste de l'article 9 du U.C.C., tout en conservant, comme principe directeur, l'approche actuelle du droit civil en la matière.

25

This modernization is on all fours with one of the objectives of the reform of the law of security: to permit and foster access by individuals and enterprises in Quebec to credit secured by movable security. In *Perron-Malenfant*, *supra*, a unanimous opinion of this Court, I explained that policy as follows (at paras. 50-51):

Cette modernisation coïncide directement avec un des objectifs de la réforme du droit des sûretés, soit de permettre et de favoriser l'accès par les particuliers et les entreprises du Québec au crédit garanti par des sûretés mobilières. Dans l'arrêt *Perron-Malenfant*, précité, une opinion unanime de cette Cour, j'exprimai cette politique comme suit (aux par. 50-51) :

In my view, arts. 2552 and 2554 demonstrate a careful balancing of the relevant considerations. Protection was accorded, but carefully circumscribed, to certain family beneficiaries, and to irrevocable beneficiaries. Underpinning these limits on protection of the family in arts. 2552 and 2554 was the legislature's desire to maximize the financial utility of insurance policies in the hands of their owners, illustrative of another broad policy pursued by the legislature in the revision of the Civil Code, namely the creation of a legal context within which individuals would better be able to use their moveable assets to secure credit.

This policy is evident in the new Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, which contains a general regime of hypothecs on moveable property (arts. 2696-2714 C.C.Q.). [Emphasis added.]

This approach is also consistent with the objectives of protecting debtors and standardizing the various kinds of real security that were available under the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."), by introducing a general set of rules for consensual hypothecs. Although the new scheme indisputably contains provisions that are designed to limit access to certain forms of hypothec, those provisions are not the only manifestation of the legislature's objective of protection, and interpretation of those provisions must not be confused with the analysis of the scope of the provisions relating to the pledge. For example, while art. 2683 C.C.Q. prohibits a natural person who does not operate an enterprise from granting a movable hypothec without delivery, it does not apply in the case of a movable hypothec with delivery granted in accordance with the requirements set out in the Code. The two schemes are markedly different, in particular because of the fact that effective control of the claim by the hypothecary creditor, which is necessary for a pledge, prevents the debtor from making any other use of the claim, for example by granting further hypothecs on it. Moreover, a movable hypothec on claims without delivery, which is published by registration, gives the creditor greater flexibility than a pledge in that it allows him or her to delay the possibility of setting the hypothec up against the debtor and thus avoid having to carry out the applicable formalities until necessary, that is, in the event of default. This flexibility obviously has considerable

À mon avis, les art. 2552 et 2554 témoignent d'un équilibre soigneusement établi entre les considérations pertinentes. La protection est accordée, mais soigneusement limitée, à certains bénéficiaires membres de la famille et aux bénéficiaires à titre irrévocable. Ces limites à la protection de la famille aux art. 2552 et 2554 reposent sur la volonté du législateur de maximiser l'utilité financière des polices d'assurance entre les mains de leurs propriétaires, ce qui illustre une autre politique générale poursuivie par le législateur lors de la révision du Code civil, à savoir la création d'un contexte juridique dans lequel les personnes seront mieux en mesure d'utiliser leurs biens meubles pour obtenir du crédit.

Cette politique ressort clairement du nouveau Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, qui établit un régime général d'hypothèque mobilière (art. 2696 à 2714 C.c.Q.). [Je souligne.]

Cette solution est également conforme aux objectifs de protection du débiteur et d'uniformisation des diverses sûretés réelles disponibles sous le régime du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») par l'introduction d'un régime général des hypothèques consensuelles. En effet, bien qu'il soit incontestable que le nouveau régime comporte des dispositions visant à limiter l'accès à certaines formes d'hypothèque, ces dispositions ne constituent pas la seule manifestation de l'objectif de protection poursuivi par le législateur et leur interprétation ne doit pas être confondue avec l'analyse de la portée des dispositions portant sur le gage. Ainsi, l'art. 2683 C.c.Q., s'il interdit à la personne physique n'exploitant pas une entreprise de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, ne saurait trouver application dans le cas d'une hypothèque mobilière avec dépossession constituée conformément aux conditions prévues au Code. Les deux régimes présentent des différences importantes, notamment en raison du fait que la maîtrise effective de la créance par le créancier hypothécaire, nécessaire au gage, empêche le débiteur hypothécaire de faire un autre usage de la créance, notamment en créant de nouvelles hypothèques sur celle-ci. Par ailleurs, l'hypothèque mobilière de créances sans dépossession, qui est publiée par inscription au registre, fournit au créancier une plus grande flexibilité que le gage en ce qu'elle lui permet de retarder l'opposabilité de l'hypothèque et ainsi d'éviter d'avoir à accomplir les formalités d'opposabilité jusqu'à ce que

practical advantages in the context of operating an undertaking in which the legislature has provided for the use of a movable hypothec without delivery (art. 2683).

27

As well, incorporating pledges of claims into the general scheme of hypothecs provides the debtor with considerably broader protection than under the scheme in the former Code. One of the major criticisms of assignment of claims as security under the C.C.L.C. was that it allowed the creditor to include a clause that permitted it, in the event of default, to appropriate the claim, without the debtor being protected by the provisions that applied to the exercise of hypothecary remedies: see art. 1971, para. 2 C.C.L.C. The situation is completely different in the case of a pledge of a claim under the new Code. Giving in payment clauses are prohibited by art. 1801 C.C.Q. In the event of default, the provisions of the Code governing hypothecary remedies must be adhered to, and so the debtor will have the protection of all of the provisions relating to hypothecs on claims: see P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 239. An example of this is art. 2747 C.C.Q., which prohibits a creditor from reserving the right to keep sums collected over and above the obligation secured by hypothec. Accordingly, the approach I have adopted, far from extending the reach of pledges of claims under the former Code, rather recognizes that they have been incorporated into the general scheme governing hypothecs on claims established by the *Civil Code of Québec*, which contains a number of protections that were formerly not applicable.

(2) *Application to the Facts*

28

A movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim is therefore validly granted and published where (i) the debtor has transferred effective control of the claim to the creditor by giving the creditor the right to collect directly in the event of default, without further authorization by the debtor; (ii) where the claim is evidenced by a non-negotiable title which it is possible to hand over, such title has been handed over to the creditor; and (iii) the

le besoin s'en fasse sentir, c'est-à-dire en cas de défaut. Cette flexibilité présente de toute évidence des avantages pratiques considérables dans le contexte d'exploitation d'une entreprise dans lequel le législateur a prévu l'utilisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession (art. 2683).

Par ailleurs, l'intégration du gage de créances au régime général des hypothèques fournit au débiteur une protection considérablement plus étendue que sous le régime de l'ancien Code. Un des principaux reproches adressés à la cession de créance en garantie prévu par le C.c.B.C. était qu'elle permettait au créancier d'inclure une clause lui permettant, en cas de défaut, de s'approprier la créance sans que le débiteur ne soit protégé par les dispositions applicables à l'exercice des recours hypothécaires : voir art. 1971, al. 2 C.c.B.C. La situation est complètement différente dans le cas du gage portant sur une créance en vertu du nouveau Code. La clause de dation en paiement est interdite par l'art. 1801 C.c.Q. En cas de défaut, les dispositions du Code régissant les recours hypothécaires devront être respectées, de sorte que le débiteur bénéficiera de toutes les dispositions de protection pertinentes à l'hypothèque sur des créances : voir P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 239. On peut penser, par exemple, à l'art. 2747 C.c.Q., qui interdit au créancier de se réserver le droit de conserver les sommes perçues qui excèdent l'obligation garantie par hypothèque. Par conséquent, la solution que je retiens, loin d'élargir la portée du gage sur des créances de l'ancien Code, reconnaît plutôt son intégration au régime général des hypothèques de créances établi par le *Code civil du Québec*, qui comprend plusieurs mesures de protection auparavant inapplicables.

(2) *Application aux faits*

Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été

necessary steps have been taken so that the hypothec may be set up against the debtor of the claim in accordance with art. 1641 C.C.Q.

In this case, the certificates of deposit issued by Desjardins Trust represent the debtor's claims against it. Because those certificates, by their own terms, are not negotiable, it is clear that mere physical delivery of them to the Caisse was not sufficient to create and publish the pledge. However, it is also clear that the parties to the pledge did not stop at mere physical delivery. On the contrary, they expressly agreed that in the event of default, the Caisse could obtain payment from Desjardins Trust without obtaining further consent from the debtors. Clause 7 of the contract of movable hypothec reads as follows:

[TRANSLATION] In the event of a default as provided in the credit contract, the Caisse is irrevocably authorized to seek payment from Desjardins Trust of all or part of the hypothecated amounts in order to remedy such default, up to a maximum of the amount of this hypothec. [Emphasis added.]

In addition, clause 4 of that contract provides that [TRANSLATION] “[t]he Caisse is the only party authorized to collect the claim from Desjardins Trust”.

In each case, this contract was signed by the representatives of the Caisse and Desjardins Trust. The latter therefore acquiesced in it within the meaning of art. 1641, para. 1 C.C.Q. This was all in conformity with the provisions of the certificates issued by Desjardins Trust which, although they were not negotiable or transferrable, expressly provided that they could be given as security, but only to the issuing Caisse. Desjardins Trust would not have permitted the debtors to withdraw the moneys in question without the authorization of the Caisse. The debtors themselves no longer held the certificates — which in any event were not negotiable — and could not have collected the principal and accrued interest before maturity.

Given these circumstances, it is clear that the bankrupts had transferred effective control of their claims against Desjardins Trust to the Caisse,

rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l’art. 1641 C.c.Q.

En l’espèce, les certificats de dépôt émis par la Fiducie représentent les créances des débiteurs envers celle-ci. Ces certificats n’étant, en vertu de leurs dispositions mêmes, pas négociables, il est clair que leur simple tradition matérielle à la Caisse n’était pas suffisante pour constituer et publier le gage. Toutefois, il est également clair que les parties au gage ne se sont pas contentées de cette simple tradition matérielle. Au contraire, elles ont expressément convenu qu’en cas de défaut, la Caisse pourrait obtenir paiement de la Fiducie sans consentement supplémentaire de la part des débiteurs. La clause 7 du contrat d’hypothèque mobilière se lit comme suit :

Advenant un cas de défaut prévu au contrat de crédit, la caisse est autorisée, de façon irrévocable, à demander à Fiducie Desjardins inc. le paiement de la totalité ou d’une partie des sommes hypothéquées de façon à remédier à tel défaut, jusqu’à concurrence du montant de la présente hypothèque. [Je souligne.]

Par ailleurs, selon la clause 4 du même contrat, « [s]eule la caisse est autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins inc. ».

Ce contrat a, dans chaque cas, été signé par les représentants de la Caisse et de la Fiducie. Cette dernière y acquiesçait ainsi au sens de l’art. 1641, al. 1 C.c.Q. Le tout était conforme aux dispositions des certificats émis par la Fiducie qui, bien que non négociables ou transférables, prévoyaient expressément qu’ils pouvaient être donnés en garantie, mais uniquement en faveur de la caisse émettrice. La Fiducie n’aurait pas permis aux débiteurs de retirer les sommes en question sans l’autorisation de la Caisse. Les débiteurs ne détenaient plus les certificats eux-mêmes — qui n’étaient de toute façon pas négociables — et ne pouvaient percevoir le capital et les intérêts accumulés avant échéance.

Dans de telles conditions, il est clair que les faillis avaient cédé à la Caisse la maîtrise effective de leurs créances envers la Fiducie, et que cette entente avait

29

30

31

and that the agreement could be set up against Desjardins Trust. The fact that the claims were held by the Caisse was sufficient, having regard to the clear intention of the parties, to grant and publish a pledge of those claims. Accordingly, the Caisse held a movable hypothec with delivery that it could set up against the trustee.

32 I would therefore allow the appeal with costs throughout.

English version of the reasons of Binnie, LeBel and Deschamps JJ. delivered by

33 DESCHAMPS J. (dissenting) — A primary issue is whether a non-negotiable instrument may be the object of a pledge under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”); a secondary issue concerns the civil effect of a violation of a provision of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“ITA”).

34 During 1993, Berthold Blouin and Chantal Bérubé, who were husband and wife (annuitants), subscribed to a standard retirement savings plan offered by the Caisses populaires Desjardins. They signed a statement establishing the terms of the plan. Those terms provided that the plan complied with the ITA and that contributions would be held by Desjardins Trust Inc. (“Desjardins Trust”) on behalf of the annuitant until the plan matured. The contributions were to be deposited in a retirement savings account at a caisse selected by the annuitant.

35 Each of the annuitants contributed to the plan, and the moneys were deposited at the Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant (“Caisse”). The Caisse issued four deposit certificates in the name of Desjardins Trust, totalling \$10,196.54, which matured during 1998. The deposits could not be withdrawn before maturity, and were neither negotiable nor transferrable. The certificates stated that the deposits could not be given as security other than to the Caisse.

36 During 1997, the annuitants contacted the Caisse seeking repayment of their contributions. Because the deposits had not reached maturity, the Caisse

été rendue opposable à cette dernière. Cette détention des créances par la Caisse était suffisante, étant donné l’intention claire des parties, pour constituer et publier un gage sur celles-ci. Par conséquent, la Caisse disposait d’une hypothèque mobilière avec dépossession opposable au syndic.

J’accueillerais donc le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges Binnie, LeBel et Deschamps ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Une question principale : Un titre non négociable peut-il faire l’objet d’un gage sous le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »)? et une question accessoire : Quel est l’effet civil d’une contravention à une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« LIR »)?

Au cours de l’année 1993, les époux Berthold Blouin et Chantal Bérubé (rentiers) adhèrent au régime d’épargne-retraite conventionnel des caisses populaires Desjardins. Ils signent une déclaration qui fixe les conditions du régime. Il y est prévu que le régime est conforme à la LIR et que les cotisations seront détenues par Fiducie Desjardins inc. (« Fiducie Desjardins ») pour le compte du rentier jusqu’à l’échéance du régime. Les cotisations doivent être déposées dans un compte d’épargne-retraite d’une caisse choisie par le rentier.

Chacun des rentiers cotise au régime et les sommes sont déposées à la Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant (« Caisse »). La Caisse émet, en faveur de Fiducie Desjardins, quatre certificats de dépôt d’un montant total de 10 196,54 \$, échéant tous au cours de l’année 1998. Les dépôts ne sont pas remboursables avant échéance et ne sont ni négociables ni transférables. Les certificats mentionnent que les dépôts ne peuvent être donnés en garantie qu’en faveur de la Caisse.

Au cours de l’année 1997, les rentiers communiquent avec la Caisse en vue de se faire rembourser leurs cotisations. Comme les dépôts ne sont

proposed that it lend them the sum of \$7,390. However, it required security. Each of the annuitants signed a document entitled [TRANSLATION] "Movable hypothec on moneys accumulated in a retirement savings plan". The document contained the usual hypothecary clauses, including the right of the Caisse, in the event of default by the annuitants, to ask Desjardins Trust to remedy the default, up to the amount of the hypothec. The Caisse held the deposit certificates. According to the appellant, the hypothecs were accepted by Desjardins Trust.

On November 19, 1997, the annuitants made an assignment in bankruptcy. The respondent, Métivier et Associés inc., became the trustee. On December 16, 1997, the Caisse submitted proof of claim as a secured creditor, in the amount of \$10,196.54. It also gave the debtors notices of accelerated payment and asked the trustee to confirm that it was authorized to exercise its security. On February 23, 1998, it completed the RRSP withdrawal forms. Desjardins Trust remitted the amount of the deposits to the Caisse, to the value of the balance of the loans after tax was withheld. In 1998, Desjardins Trust first issued the tax statements in respect of the use of the RRSPs as security, and subsequently issued the statements in respect of the extinction of the security.

On September 2, 1998, the trustee in bankruptcy informed the Caisse that it was rejecting its secured claim and was treating the Caisse as an ordinary creditor. The Caisse appealed that decision to the Superior Court. The Superior Court found that the deposit certificates were negotiable instruments that could be hypothecated with delivery by the Caisse's holding of them. The court held that the ITA imposed penalties for the use of the RRSPs as security, but did not prohibit it.

The trustee appealed. The Court of Appeal held that the plan was depositary and not fiduciary in nature, and as such was governed by s. 146(2) ITA. It then stated that because the registration of the plan had not been cancelled, despite the fact that it was used as security, the funds were held not by the Caisse, but by Desjardins Trust. The Court of

pas échus, la Caisse leur propose de leur prêter la somme de 7 390 \$. Elle exige cependant des garanties. Chacun des rentiers signe un document intitulé « Hypothèque mobilière sur des sommes accumulées dans un régime d'épargne-retraite ». Le document comporte les clauses hypothécaires usuelles, y compris le droit de la Caisse, sur défaut des rentiers, de demander à Fiducie Desjardins de remédier au défaut jusqu'à concurrence du montant de l'hypothéqué. La Caisse détient les certificats de dépôt. Les hypothèques, selon l'appelante, ont été acceptées par Fiducie Desjardins.

Le 19 novembre 1997, les rentiers font cession de leurs biens. L'intimée, Métivier et Associés inc., agit comme syndic. Le 16 décembre 1997, la Caisse transmet une preuve de réclamation à titre de créancière garantie pour un montant de 10 196,54 \$. Elle transmet aussi aux débiteurs des avis de déchéance du bénéfice du terme et demande au syndic de lui confirmer qu'elle est autorisée à exercer ses garanties. Le 23 février 1998, elle remplit les formulaires de retrait des REER. Fiducie Desjardins transmet à la Caisse le montant des dépôts jusqu'à concurrence du solde des prêts après avoir effectué les retenues fiscales. En 1998, Fiducie Desjardins émet d'abord les relevés fiscaux découlant de la mise en garantie des REER et, ultérieurement, ceux résultant de l'extinction des garanties.

Le 2 septembre 1998, le syndic informe la Caisse qu'il rejette sa réclamation garantie et qu'il la traite comme une créancière ordinaire. La Caisse fait appel de cette décision devant la Cour supérieure. La Cour supérieure se dit d'avis que les certificats de dépôt sont des titres négociables qui peuvent être hypothéqués avec dépossession par la détention que la Caisse en a. Elle considère que la mise en garantie des REER est sanctionnée par la LIR, mais n'est pas prohibée.

Le syndic se pourvoit. La Cour d'appel estime d'abord que le régime est de type dépositaire et non fiduciaire et est, comme tel, régi par le par. 146(2) LIR. Elle déclare ensuite que puisque l'enregistrement du régime n'a pas été annulé malgré la mise en garantie, les fonds étaient détenus non pas par la Caisse, mais plutôt par Fiducie Desjardins. La Cour

37

38

39

Appeal held that only a negotiable instrument could be the object of a movable hypothec with delivery. In the opinion of the court, however, the deposit certificates were not negotiable instruments. In the alternative, it held that if there could be a movable hypothec on a non-negotiable instrument, it would have to be registered in the Register of Personal and Movable Real Rights in order for it to be set up against third persons, and this had not been done. The Court of Appeal restored the decision of the trustee in bankruptcy.

40 On September 16, 2002, this Court allowed a motion to adduce new evidence in respect of the first ground on which the Court of Appeal based its conclusion. That ground had been raised by the Court of Appeal on its own initiative, and there had been no evidence introduced in respect of it in the lower courts. The evidence consists of a letter in which the Registered Plans Directorate of the Canada Customs and Revenue Agency stated that the retirement savings plan offered by the Caisses populaires Desjardins of which the annuitants were members had been approved as a trustee-type plan, and not a depositary-type plan.

41 In this Court, the appellant challenges the three conclusions of the Court of Appeal. In the appellant's submission, the ITA does not prohibit the use of an RRSP as security, the C.C.Q. authorizes the pledge of non-negotiable instruments and registration in the Register of Personal and Real Rights is not necessary for publication of the pledge. The argument in respect of the ITA may be addressed succinctly to begin.

I. Impact of the ITA on the Hypothec

42 It is settled law that the legislature may assign tax consequences to a juridical act that are different from the consequences that follow under the rules of the civil law. The specific rules of the private law of each province are not binding on Parliament, and, subject to the requirements of public order and its constitutional constraints, it may attribute the tax consequences of its choice to a juridical act: J.-M. Brisson and A. Morel, "Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297, at pp. 304 and 320-21; *Whaling*

d'appel estime que seul un titre négociable peut faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession. Selon elle, cependant, les certificats de dépôt ne sont pas des titres négociables. À titre subsidiaire, elle déclare que, si l'hypothèque mobilière pouvait porter sur un titre non négociable, elle devrait faire l'objet d'une inscription au Registre des droits personnels et réels mobiliers pour être opposable aux tiers, ce qui n'a pas été fait. La Cour d'appel rétablit la décision du syndic.

Le 16 septembre 2002, notre Cour a accueilli une requête en production de preuve nouvelle relativement au premier moyen sur lequel la Cour d'appel a fondé sa conclusion. Ce moyen avait été soulevé d'office par la Cour d'appel et n'avait fait l'objet d'aucune preuve devant les instances inférieures. Il s'agit d'une lettre dans laquelle la Direction des régimes enregistrés de l'Agence des douanes et du revenu du Canada déclare que le régime d'épargne-retraite des caisses populaires Desjardins auquel les rentiers ont adhéré est approuvé comme régime de type fiduciaire et non comme régime dépositaire.

Devant notre Cour, l'appelante conteste les trois conclusions de la Cour d'appel. La LIR ne prohiberait pas la mise en garantie d'un REER, le C.c.Q. autoriserait le gage de titres non négociables et l'inscription au registre des droits réels et personnels ne serait pas nécessaire à la publicité du gage. Le moyen fondé sur la LIR peut être traité succinctement et en premier lieu.

I. L'impact de la LIR sur l'hypothèque

Il est acquis que le législateur peut conférer à un acte juridique des conséquences fiscales qui diffèrent de celles résultant des règles du droit civil. Le législateur fédéral n'est pas astreint aux règles particulières du droit privé de chaque province et, sous réserve de l'ordre public et de ses contraintes constitutionnelles, il peut imputer à un acte juridique les conséquences fiscales de son choix : J.-M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 *R. du B. can.* 297, p. 304 et 320-321; *Whaling (Bankrupt), (Re)* (1998),

(*Bankrupt*), (Re) (1998), 117 O.A.C. 51; *Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550 (C.A.); *Gallucci (Syndic de)*, J.E. 93-617 (Sup. Ct.).

Obviously, the vehicle chosen by the Caisses populaires cannot be characterized as a trust in the civil law sense, because the annuitants were still the owners (or creditors) of the funds invested (art. 1260 C.C.Q.). Parliament may, however, call a plan a trust even if the plan cannot be characterized as such under the rules of Quebec's civil law.

Section 248 ITA provides, for the province of Quebec, that an arrangement may be deemed to be a trust if it meets certain requirements. In this case, the tax authorities characterize the RRSP in which the annuitants have invested as a trust, and there is nothing in the evidence that would allow that characterization to be questioned.

Nonetheless, it is useful to ascertain whether the provisions that are applicable to trust plans operate to prohibit the use of the moneys held in such a plan as security, and what the consequences of using such moneys as security are.

The relevant provisions of the ITA are ss. 104(1) and 146(1), (2), (7), (10), (12) and (13) (see the appended excerpts). It is plain from those provisions that there is no prohibition on using the moneys held in a trust RRSP as security. Section 146(10) sets out the consequence of using the moneys as security. If the trust (in Quebec, the trustee) permits property to be used as security for a loan, the fair market value of the property must be included in computing the income of the annuitant.

In this case, Desjardins Trust issued tax statements based on the use of the moneys held in the RRSP as security, as provided by the ITA in the case of such use. The juridical act by which the moneys were given as security is not a nullity.

The rules of tax law cannot be used to determine the validity of the hypothec that the annuitants

117 O.A.C. 51; *Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550 (C.A.); *Gallucci (Syndic de)*, J.E. 93-617 (C.S.).

Il est évident que le véhicule choisi par les caisses populaires ne saurait être qualifié de fiducie au sens du droit civil parce que les rentiers demeurent propriétaires (ou créanciers) des fonds investis (art. 1260 C.c.Q.). Le législateur fédéral peut cependant donner à un régime le nom de fiducie même si le régime ne peut pas être qualifié ainsi selon les règles du droit civil québécois.

L'article 248 LIR prévoit, pour la province de Québec, qu'un arrangement peut être réputé constituer une fiducie s'il répond à certaines conditions. En l'espèce, le fisc a qualifié le REER dans lequel les rentiers ont investi de régime fiduciaire, et la preuve ne révèle aucun élément qui permette de mettre en doute cette qualification.

Il demeure cependant pertinent de vérifier si les dispositions applicables aux régimes fiduciaires ont pour effet de prohiber la mise en garantie des sommes détenues dans un tel régime et quelles conséquences découlent de la mise en garantie de ces sommes.

Les dispositions pertinentes de la LIR sont les par. 104(1) et 146(1), (2), (7), (10), (12) et (13) (voir le texte en annexe). Il ressort de la lecture de ces dispositions que la mise en garantie des sommes détenues dans un REER fiduciaire n'est pas prohibée. Le paragraphe 146(10) énonce la conséquence d'une telle mise en garantie. Si la fiducie (au Québec, le fiduciaire) permet l'utilisation d'un bien à titre de garantie d'un prêt, la juste valeur marchande du bien doit être incluse dans le calcul du revenu du rentier.

En l'espèce, Fiducie Desjardins a émis les relevés fiscaux découlant de la mise en garantie des sommes détenues dans le REER, conformément à ce que prévoit la LIR dans le cas de cette mise en garantie. L'acte juridique de mise en garantie n'est pas frappé de nullité.

Les règles du droit fiscal ne permettent pas de décider de la validité de l'hypothèque qu'ont voulu

43

44

45

46

47

48

intended to grant. That determination must be based on the civil law.

II. Validity of the Hypothec

49 The annuitants intended to grant the Caisse a movable hypothec with delivery on the moneys that had accumulated in their retirement savings plan. However, because the debtor's property is the common pledge of the creditors (art. 2644 C.C.Q.), it is not sufficient for a debtor to intend to grant that form of preference. The debtor must do so in accordance with the rules of the C.C.Q. In this case, to secure the repayment of the loan, they gave a movable hypothec with delivery. They intended to grant the pledge by handing over the deposit certificates. Were those deposit certificates titles that could validly form the object of a movable hypothec with delivery?

50 The word "title" (*titre*) in art. 2702 C.C.Q. is central to this case. That article reads as follows:

2702. A movable hypothec with delivery is granted by delivery of the property or title to the creditor or, if the property is already in his hands, by his continuing to hold it, with the grantor's consent, to secure his claim.

51 There are two conflicting interpretations, over which the literature is divided. The first is that the word "title" encompasses non-negotiable titles: L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2001), at p. 362. The second recognizes only negotiable instruments as the object of movable hypothecs with delivery: M. Deschamps, "La fiducie pour fins de garantie", in *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, (1997), 133, at pp. 139-44; D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (1995), at p. 112; M. B. Rhéaume, "Le gage des valeurs mobilières par un particulier" (1995), 98 *R. du N.* 90, at p. 96.

52 The word "title" has numerous meanings. In its broad legal sense, it encompasses any writing attesting a juridical act. It includes, for example, the document attesting a lease, or a deposit. Clearly, the legislature did not intend to cover every kind of title. In order to interpret that word, therefore, it is worthwhile to examine the concept of movable hypothec

consentir les rentiers. Cette détermination doit se fonder sur le droit civil.

II. La validité de l'hypothèque

Les rentiers ont voulu consentir à la Caisse une hypothèque mobilière avec dépossession sur les sommes accumulées dans leur régime d'épargne-retraite. Cependant, comme les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers (art. 2644 C.c.Q.), il ne suffit pas qu'un débiteur ait l'intention de consentir cette forme de préférence. Il doit le faire en conformité avec les règles du C.c.Q. Ici, pour garantir le remboursement de l'emprunt, ils ont fourni une hypothèque mobilière avec dépossession. Ils ont voulu constituer le gage par la remise des certificats de dépôt. Ces certificats de dépôt constituent-ils des titres pouvant valablement faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession?

Le mot « titre » à l'art. 2702 C.c.Q. est au cœur du litige. Cet article se lit ainsi :

2702. L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier ou, si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention, du consentement du constituant, afin de garantir sa créance.

Deux interprétations s'affrontent et divisent les auteurs. L'une veut que le mot « titre » englobe les titres non négociables : L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2001), p. 362. L'autre n'admet, comme objet de l'hypothèque mobilière avec dépossession, que les titres négociables : M. Deschamps, « La fiducie pour fins de garantie », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain* (1997), 133, p. 139-144; D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (1995), p. 112; M. B. Rhéaume, « Le gage des valeurs mobilières par un particulier » (1995), 98 *R. du N.* 90, p. 96.

Le mot « titre » a de nombreuses acceptions. Dans son sens juridique large, il englobe tout écrit constatant un acte juridique. Il inclut, par exemple, le document qui constate un bail, ou encore un dépôt. Il est évident que le législateur n'a pas voulu englober tout genre de titre. Pour interpréter ce mot, il est donc utile de cerner le concept de l'hypothèque

with delivery. It will be useful, however, to determine beforehand the nature of, first, the juridical act that the annuitants performed when they invested in their RRSP, and second, the deposit certificates.

A. *The Nature of the RRSP and the Deposit Certificates*

The legal status of an RRSP has been examined by the courts on numerous occasions. Suffice it to mention the decision of this Court in *Poulin v. Serge Morency et Associés Inc.*, [1999] 3 S.C.R. 351, or the decision of the Quebec Court of Appeal in *Cie Trust Royal, supra*. It is not a nominate contract in the C.C.Q. and we must analyze the terms of each RRSP in order to determine its nature.

In the case of the standard Desjardins RRSP, the annuitant invests with Desjardins Trust so that Desjardins Trust holds the funds in accordance with the obligations imposed on it by the ITA. Because the annuitant is the creditor of the moneys invested, that transaction is treated as if it were a deposit in a financial institution, such as a deposit in a bank account. The courts have often characterized that transaction as a loan (*Cie Trust Royal, supra*). Desjardins Trust holds the funds until the plan matures. It also agrees to deposit the funds in a Caisse populaire chosen by the annuitant, in this case the Caisse. In accordance with that agreement, Desjardins Trust in turn lends the funds to the Caisse. Up to that point, the only legal relationship created by the plan is a relationship between creditor and debtor under successive but coordinated agreements for the loan of money. These are rights of claim, and thus personal rights.

The Caisse chooses to issue deposit certificates. That vehicle is not governed by any particular statute, as are, for instance, bills of exchange. This is therefore a contract that must be interpreted using the stipulations that it contains.

The certificates issued in this case provide that Desjardins Trust is the beneficiary on behalf of the annuitants. The Caisse thereby acknowledges that it is indebted to Desjardins Trust, but it also acknowledges that Desjardins Trust is acting on behalf of the annuitants. The certificates contain clauses providing

mobilière avec dépossession. Il convient toutefois de qualifier, d'abord, l'acte juridique que les rentiers ont accompli en investissant dans leur REER et, ensuite, les certificats de dépôt.

A. *La qualification du REER et des certificats de dépôt*

Le statut juridique d'un REER a souvent été étudié par les tribunaux. Qu'il suffise de rappeler l'arrêt de notre Cour *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351, ou celui de la Cour d'appel du Québec *Cie Trust Royal*, précité. Il ne s'agit pas d'un contrat nommé au C.c.Q. et il faut analyser les termes de chaque REER pour en déterminer la nature.

Dans le cas du REER conventionnel Desjardins, le rentier investit auprès de Fiducie Desjardins pour que celle-ci détienne les fonds en conformité avec les obligations que lui impose la LIR. Comme le rentier demeure créancier des sommes investies, cette opération est assimilée à un dépôt dans une institution financière, tel un dépôt dans un compte bancaire. La jurisprudence a souvent qualifié cette opération de prêt (*Cie Trust Royal*, précité). Fiducie Desjardins détient les fonds jusqu'à l'échéance du régime. Elle s'engage aussi à déposer les fonds dans une caisse choisie par le rentier, en l'espèce la Caisse. Suivant cet engagement, Fiducie Desjardins prête à son tour les fonds à la Caisse. Jusqu'à cette étape, les seules relations juridiques établies par le régime sont des relations de créancier à débiteur en vertu de conventions, successives mais coordonnées, de prêts d'argent. Il s'agit de droits de créance, donc de droits personnels.

La Caisse choisit d'émettre des certificats de dépôt. Ce véhicule financier n'est pas régi par une loi particulière, comme le sont notamment les lettres de change. Il s'agit donc d'un contrat qui doit être interprété à l'aide des stipulations qu'il contient.

Les certificats ici émis énoncent que Fiducie Desjardins est bénéficiaire pour le compte des rentiers. La Caisse reconnaît ainsi son endettement envers Fiducie Desjardins, mais elle reconnaît également que cette dernière agit pour le compte des rentiers. Les certificats comportent des clauses

53

54

55

56

that they are neither negotiable nor transferable and that they may be used as security only with the issuing Caisse populaire.

57

The deposit certificates are the written representation of Desjardins Trust's claim against the Caisse, and of the Caisse's acknowledgement of the annuitants' claim against Desjardins Trust in respect of the RRSP. Two rights of claim were set out in the same document. With respect to the relationship between Desjardins Trust and the annuitants, the most precise characterization that can be made of the certificates is that they are *sui generis* titles setting out the claim that the annuitants may assert against Desjardins Trust, which claim is itself implicitly subject to the provisions of the ITA and the terms of the contract between the Caisse and Desjardins Trust.

58

In order to determine whether those *sui generis* titles may be the object of a movable hypothec with delivery within the meaning of the C.C.Q., we need to identify the characteristics of the concept of pledge.

B. *Concept of Pledge*

59

A movable hypothec with delivery, also called "pledge" (art. 2665 C.C.Q.), is the contract by which a debtor hands over a property to his or her creditor as security. Pledge differs from other hypothecs in that it is granted by simply handing over the property charged to the creditor (art. 2702 C.C.Q.). No writing is necessary as it is for a hypothec without delivery (art. 2696 C.C.Q.). This simple method of granting security provides the creditor with all of the powers associated with a hypothec without any further formality or publication (art. 2703 C.C.Q.). The literature is unanimous in recognizing that it is control of the property by the creditor that characterizes a pledge (Payette, *supra*, and Deschamps, *supra*).

60

The creditor obtains that control by the simple handing over of the property. By that operation alone, the security is granted and the holding publishes it. Individuals may use the pledge for their personal property, but, unless otherwise provided, they may not grant a hypothec without delivery (art.

précisant qu'ils ne sont ni négociables ni transférables et que seule la mise en garantie auprès de la caisse émettrice est permise.

Les certificats de dépôt sont la représentation écrite de la créance de Fiducie Desjardins sur la Caisse et de la reconnaissance par la Caisse de la créance des rentiers sur Fiducie Desjardins dans le contexte du REER. Deux droits de créance sont énoncés dans le même document. En ce qui concerne les relations entre Fiducie Desjardins et les rentiers, la qualification la plus précise qu'il est possible d'accoler aux certificats est qu'ils sont des titres de nature particulière énonçant la créance que les rentiers peuvent faire valoir contre Fiducie Desjardins, créance elle-même assujettie implicitement aux dispositions de la LIR et aux conditions du contrat liant la Caisse à Fiducie Desjardins.

Pour déterminer si ces titres de créance de nature particulière peuvent faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession au sens du C.c.Q., il y a lieu de cerner le concept de gage.

B. *Le concept de gage*

L'hypothèque mobilière avec dépossession, aussi appelée « gage » (art. 2665 C.c.Q.), est le contrat par lequel le débiteur remet à son créancier un bien à titre de sûreté. Le gage se distingue des autres hypothèques par le fait qu'il est constitué par la simple remise au créancier du bien grevé (art. 2702 C.c.Q.). Aucun écrit n'est nécessaire comme cela l'est pour l'hypothèque sans dépossession (art. 2696 C.c.Q.). Par ce simple mode de constitution, le créancier devient détenteur et bénéficie de tous les attributs de l'hypothèque sans autre formalité ni publicité (art. 2703 C.c.Q.). Les auteurs s'entendent pour reconnaître que c'est la maîtrise du bien par le créancier qui caractérise le gage (Payette, *op. cit.*, et Deschamps, *loc. cit.*).

Le créancier obtient cette maîtrise par la simple remise du bien. Par cette seule opération, la sûreté est constituée et la détention en assure sa publicité. Les particuliers peuvent l'utiliser pour leurs biens personnels alors qu'ils ne peuvent, sauf exception, recourir à l'hypothèque sans dépossession (art. 2683

2683 C.C.Q.). The method of granting a pledge is elementary and accessible by everyone. Despite its simplicity, there are limits in the concept. The only property that may be the object of a pledge is property which can be controlled by the creditor by simply handing it over. The word "title" in art. 2702 C.C.Q. must therefore be confined within the boundaries of the concept in respect of which it is used.

C. *Pledge of a Title*

In order to be the object of a pledge, the title must be one that complies with the characteristics of that kind of security. There are no special rules for the pledge of titles. Merely handing over the title must be sufficient to grant the pledge (art. 2702 C.C.Q.), to publish it by the holding (art. 2703 C.C.Q.), and to permit the creditor to exercise its rights (art. 2743 C.C.Q.). The legislature did not provide that a pledge with delivery must be accompanied by a writing, stating and publishing the rights and obligations of the parties. However, it did make special rules for hypothecs on claims. In order for hypothec with delivery to be included coherently in the concept of pledge, a hypothec with delivery on a title attesting a claim must both comply with the general rules of pledge and be compatible with the rules that apply to a hypothec on claims.

D. *Characteristics of the Pledge of a Title Attesting to a Claim*

When the C.C.Q. was enacted in 1991, the legislature used a legal fiction when it included titles in the properties that may be given in pledge. As a general rule, a title is merely the attestation and pre-established evidence of a juridical act or a property. It is not the property itself; the property and the documentary medium in which it is expressed do not become one and the same. Accordingly, a title of claim constitutes the representation of the right of one party to claim against another party. It is therefore only when this legal fiction is applied that the fact that the creditor of a pledge may have a claim must be recognized.

As the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4, and the C.C.Q. provide, the legal fiction is consistent

C.c.Q.). Son mode de constitution est élémentaire et accessible à tous. En dépit de sa sobriété, le concept recèle des limites. Seul un bien dont la simple remise permet au créancier d'en obtenir la maîtrise peut faire l'objet d'un gage. Le mot « titre » à l'art. 2702 C.c.Q. doit donc être circonscrit en fonction des limites du concept dans lequel il s'inscrit.

C. *Le gage d'un titre*

Pour pouvoir être objet de gage, le titre doit être de nature à satisfaire aux caractéristiques de cette sûreté. Aucun régime spécial n'est prévu pour le gage de titres. La simple remise du titre doit être suffisante pour constituer le gage (art. 2702 C.c.Q.), pour en assurer sa publicité par la détention (art. 2703 C.c.Q.), et pour permettre au créancier d'exercer ses droits (art. 2743 C.c.Q.). Le législateur n'a pas prévu que le gage avec dépossession doit être accompagné d'un écrit qui énonce et rend public les droits et obligations des parties. Il a cependant prescrit des règles particulières pour les hypothèques sur des créances. Pour être intégrée avec cohérence dans la notion de gage, l'hypothèque avec dépossession d'un titre de créance doit à la fois respecter les règles générales du gage et être compatible avec celles de l'hypothèque sur des créances.

D. *Les caractéristiques du gage d'un titre de créance*

Lors de l'adoption du C.c.Q. en 1991, le législateur a eu recours à une fiction juridique en incluant les titres parmi les biens susceptibles d'être donnés en gage. En effet, un titre n'est, en règle générale, que la constatation et la preuve préconstituée d'un acte juridique ou d'un bien. Il n'est pas le bien lui-même; il n'y a pas de confusion entre le bien et le support documentaire. Ainsi, un titre de créance constitue la représentation du droit d'une partie contre une autre partie. Ce n'est donc qu'en application de cette fiction juridique qu'il faut reconnaître que le créancier gagiste peut détenir une créance.

Comme le prévoient la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4, et le C.c.Q., la fiction

61

62

63

with the rights inherent in possession of a negotiable instrument. There is in fact no doubt that such an instrument may be given in pledge. Since non-negotiable instruments other than titles of claim are not relevant to the issue in this case, I shall restrict my comments to non-negotiable titles of claim such as the deposit certificates held by the appellant.

64 Article 2702 C.C.Q. does not specify the nature of the titles of claim that may be held in pledge. However, some information that can be used in this interpretation may be found in the provisions governing hypothecs on claims.

65 In the section entitled “Movable hypothecs on claims”, the legislature deals with an issue that is not expressly addressed in the articles concerning pledge: whether or not the hypothec may be set up against the debtor of the hypothecated claim. Article 2710 C.C.Q. provides that the holder of the hypothec may not set up his or her right against the debtor of the hypothecated claim as long as it may not be set up in the same way as an assignment of claim:

2710. A movable hypothec on a claim held by his grantor against a third person or on a universality of claims may be granted with or without delivery.

However, in either case the creditor may not set up his hypothec against the debtors of hypothecated claims as long as it may not be set up against them in the same way as an assignment of claim.

66 In the case of a pledge of claims, it is surprising, at first glance, that an additional formality would be required. Article 2703 C.C.Q. already provides that a pledge is published simply by holding the title. That article reads as follows:

2703. A movable hypothec with delivery is published by the creditor's holding the property or title, and remains so only as long as he continues to hold it.

67 We need to analyze this question further, however — first, because art. 2703 C.C.Q. deals with publication and therefore with third persons in general, and second, because art. 2710 C.C.Q. does not

juridique est cohérente avec les droits inhérents à la détention d'un titre négociable. La possibilité de donner en gage un tel titre n'est d'ailleurs pas remise en question. Les titres non négociables autres que les titres de créance ne font pas l'objet du présent débat. Je m'en tiendrai donc aux titres de créance non négociables tels que les certificats de dépôt détenus par l'appelante.

L'article 2702 C.c.Q. ne précise pas la nature des titres de créance susceptibles d'être détenus comme gage. Quelques éléments d'interprétation émergent cependant des dispositions qui régissent l'hypothèque portant sur des créances.

Dans la section des « Dispositions particulières à l'hypothèque mobilière sur des créances », le législateur traite d'une question qui n'est pas mentionnée expressément aux articles concernant le gage, soit celle de l'opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée. L'article 2710 C.c.Q. prévoit que le titulaire de l'hypothèque ne peut faire valoir son droit contre le débiteur de la créance hypothéquée qu'après l'avoir rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance :

2710. L'hypothèque mobilière qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, ou une universauté de créances, peut être constituée avec ou sans dépossession.

Cependant, dans l'un et l'autre cas, le créancier ne peut faire valoir son hypothèque à l'encontre des débiteurs des créances hypothéquées tant qu'elle ne leur est pas rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance.

En ce qui concerne le gage des créances, l'imposition d'une formalité additionnelle semble à première vue surprenante. En effet, l'art. 2703 C.c.Q. prévoit déjà que le gage est publié par la simple détention du titre. Cet article se lit comme suit :

2703. L'hypothèque mobilière avec dépossession est publiée par la détention du bien ou du titre qu'exerce le créancier, et elle ne le demeure que si la détention est continue.

Il y a cependant lieu de pousser l'analyse, d'une part, parce que l'art. 2703 C.c.Q. traite de la publicité, donc des tiers en général et, d'autre part, parce que l'art. 2710 C.c.Q. ne précise pas à quelles

specify the provisions of the section dealing with assignments of claim the creditor should refer to in order to be able to set up his or her hypothec with or without delivery.

Under art. 1641 C.C.Q., there are three ways for a creditor to arrange that the assignment — or hypothec — may be set up against the debtor: by acquiescence, by delivering a copy, extract or other evidence of the assignment, or, where the debtor cannot be found in Québec, by publication of a notice of assignment:

1641. An assignment may be set up against the debtor and the third person as soon as the debtor has acquiesced in it or received a copy or a pertinent extract of the deed of assignment or any other evidence of the assignment which may be set up against the assignor.

Where the debtor cannot be found in Québec, the assignment may be set up upon publication of a notice of assignment in a newspaper distributed in the locality of the last known address of the debtor or, if he carries on an enterprise, in the locality where its principal establishment is situated.

For the purposes of this appeal, I will ignore the exception provided for a debtor who cannot be found in Québec.

Article 1641 C.C.Q. contains the implied requirement that the assignment — or hypothec — be set down in writing (M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), at pp. 649-50). It is the deed of assignment that is brought to the attention of the debtor of the claim. While that formality does not cause a problem for a hypothec without delivery, it cannot be required for a hypothec with delivery without altering its nature: the terms on which it may be set up against the debtor of the claim assigned — which presuppose a writing — are foreign to the simplicity that is inherent in granting a pledge. They must be rejected.

The first method by which a claim may be set up against the debtor under art. 1641 C.C.Q. might make it possible to connect acquiescence to the assignment rather than to the deed of assignment. If those words were interpreted literally, acquiescence could be regarded as a way of making it possible to set the hypothec up against the debtor of the claim.

dispositions de la section traitant des cessions de créance le créancier doit se reporter pour rendre opposable son hypothèque avec ou sans dépossession.

Selon l'art. 1641 C.c.Q., un créancier peut rendre la cession — ou l'hypothèque — opposable au débiteur de la créance de trois façons : par l'acquiescement, par la communication d'une copie, d'un extrait ou d'une autre preuve de la cession ou, si le débiteur ne peut être trouvé au Québec, par la publication d'un avis de la cession :

1641. La cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant.

Lorsque le débiteur ne peut être trouvé au Québec, la cession est opposable dès la publication d'un avis de la cession, dans un journal distribué dans la localité de la dernière adresse connue du débiteur ou, s'il exploite une entreprise, dans la localité où elle a son principal établissement.

J'écarte, pour les besoins du présent pourvoi, le mode d'exception prévu pour le débiteur introuvable au Québec.

L'article 1641 C.c.Q. comporte la condition implicite que la cession — ou l'hypothèque — soit consignée par écrit (M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), p. 649-650). En effet, c'est l'acte de cession qui est porté à la connaissance du débiteur de la créance. Si cette formalité ne cause aucun problème pour l'hypothèque sans dépossession, elle ne peut être exigée pour une hypothèque avec dépossession sans dénaturer cette dernière : les modalités d'opposabilité au débiteur de la créance cédée — qui présupposent un écrit — sont étrangères à la simplicité inhérente à la constitution du gage. Elles doivent être écartées.

Le premier moyen d'opposabilité de l'art. 1641 C.c.Q. pourrait permettre de lier l'acquiescement à la cession plutôt qu'à l'acte de cession. Si ces mots étaient interprétés littéralement, l'acquiescement pourrait être envisagé comme une façon de rendre l'hypothèque opposable au débiteur de la créance.

68

69

70

71 In my opinion, that interpretation cannot be adopted. It is not compatible with the concept of pledge for a hypothec on a title of claim, granted without a writing, to require the acquiescence of the debtor of the claim in order for it to be set up against him or her. There are a number of compelling reasons for this conclusion.

72 First, the general rule is that the debtor's patrimony is subject to the general pledge of the creditors. In order to preserve the order of distribution and balance among the creditors, the pledgee's rights must be clearly circumscribed, once all of the requirements for granting and publishing the pledge have been met. That objective could not be achieved if the pledgee's rights were dependent on the whim of the debtor of the claim. The purely potestative nature of the debtor's acquiescence offends the philosophy inherent in the law of security. Second, accepting that interpretation would amount to agreeing that the legislature has permitted a very limited type of hypothec to be created, and has made the only way in which it could be set up against the debtor or a third person dependent on the occurrence of the aleatory event of acquiescence by the debtor of the hypothecated claim. Article 1641 C.C.Q. shows that acquiescence is not the sole method by which it becomes possible for a claim to be set up against those person; rather, it is an alternative method.

73 A pledge, which is granted simply by handing over the property, cannot depend on the will of the debtor of the claim that is pledged in order for it to be possible to set it up against him or her. In my opinion, art. 1641 C.C.Q. cannot be harmoniously incorporated into the concept of a hypothec with delivery. The rule set out in art. 1641 C.C.Q. for setting the claim up against the debtor is limited to a hypothec without delivery, and applies in full to security of that nature. A hypothec without delivery must be granted in writing (art. 2696) and published by registration (art. 2663), and may be set up against the debtor by acquiescence or by delivery of a copy.

74 By way of contrast, under art. 1647 C.C.Q., which is found in the subsection entitled "Assignment of

Cette interprétation, à mon avis, ne peut être adoptée. Il n'est pas compatible avec le concept de gage qu'une hypothèque sur un titre de créance et constituée sans écrit requière l'acquiescement du débiteur de la créance pour lui être opposable. Plusieurs motifs commandent cette conclusion.

D'abord, l'assujettissement du patrimoine du débiteur au gage général des créanciers est la règle générale. Pour respecter l'ordre de distribution et l'équilibre entre les créanciers, l'étendue des droits du créancier gagiste doit être clairement définie et ce, dès que toutes les conditions nécessaires à sa création et à sa publicité sont remplies. Cet objectif ne serait pas atteint si les droits du créancier gagiste dépendaient du bon vouloir du débiteur de la créance. Le caractère purement potestatif de l'acquiescement du débiteur choque la philosophie inhérente au droit des sûretés. Ensuite, admettre une telle interprétation serait accepter que le législateur a permis la constitution d'un type d'hypothèque très limité dont le seul mode d'opposabilité dépendrait du caractère aléatoire de l'acquiescement du débiteur de la créance hypothéquée. L'article 1641 C.c.Q. fait voir que l'acquiescement est non pas un mode unique d'opposabilité, mais plutôt un mode alternatif.

Le gage, constitué par la simple remise du bien, ne saurait dépendre de la volonté du débiteur de la créance mise en gage pour être opposable à ce dernier. L'article 1641 C.c.Q., à mon avis, ne peut être intégré harmonieusement dans le concept de l'hypothèque avec dépossession. La règle d'opposabilité prévue à l'art. 1641 C.c.Q. est limitée à l'hypothèque sans dépossession et prend, pour cette sûreté, toute sa signification. Cette hypothèque est constituée par écrit (art. 2696), elle est publiée par inscription (art. 2663) et est rendue opposable au débiteur par l'acquiescement ou la délivrance d'une copie.

Par contre, l'art. 1647 C.c.Q., situé à la sous-section intitulée « De la cession d'une créance

claims attested by bearer instrument”, all of the characteristics of a pledge can be reconciled with the provisions concerning assignments of claims, to which we are referred by art. 2710 C.C.Q.:

1647. It is of the essence of a claim attested by a bearer instrument issued by a debtor that it may be assigned by mere delivery, to another bearer, of the instrument attesting it.

Under that article, in the case of an assignment of a bearer instrument, no formality other than delivery need be performed in order to be able to set up the assignment against the debtor of the claim. The mechanism of art. 1647 C.C.Q., established by reference (art. 2710 C.C.Q.), is the same as the one provided in the section on movable hypothec with delivery (arts. 2702 C.C.Q. *et seq.*). In both cases, handing over or delivery is sufficient to give the creditor complete control of the property.

I am deliberately refraining from analyzing the difference in the terminology used in arts. 1647 and 2709 C.C.Q. I use the generic expression “negotiable instrument” because it is not necessary, in this case, to examine the distinctions that may be made between a bearer instrument (*effet au porteur*) within the meaning of the *Bills of Exchange Act*, a bearer instrument (*titre au porteur*) within the meaning of art. 1647 C.C.Q. and an endorsed title as provided in art. 2709 C.C.Q. Suffice it, for the moment, to note that the spirit behind arts. 1647 and 2709 C.C.Q. is the same. When a negotiable instrument is handed over, it gives the creditor control of the property.

Article 2710 C.C.Q. relates to both hypothecs without delivery and hypothecs with delivery. In the case of a pledge, it must be possible to apply that article without a writing being necessary. I therefore conclude that only the provision concerning assignment of a claim attested by a negotiable instrument is compatible with the rules that apply to pledge.

The rules governing the manner in which the pledgee’s rights are exercised provide additional, and equally important, clarification. Under art. 2743 C.C.Q., the holder of a hypothec on a claim may collect the capital without being subject to the rules governing the exercise of hypothecary rights (arts. 2748 *et seq.* C.C.Q.). In the case of a pledge, the

constatée dans un titre au porteur », permet de concilier toutes les caractéristiques du gage avec les dispositions sur les cessions de créances auxquelles nous renvoie l’art. 2710 C.c.Q. :

1647. Il est de l’essence de toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur, qu’elle puisse être cédée par la simple tradition, d’un porteur à un autre, du titre qui la constate.

Selon cet article, dans le cas de la cession d’un titre au porteur, l’accomplissement d’une formalité autre que la remise n’est pas nécessaire pour rendre la cession opposable au débiteur de la créance. Le mécanisme de l’art. 1647 C.c.Q., établi par renvoi (art. 2710 C.c.Q.), est le même que celui prévu dans la section de l’hypothèque mobilière avec dépossession (art. 2702 C.c.Q. et suiv.). Dans les deux cas, la remise ou tradition est suffisante pour conférer au créancier la pleine maîtrise du bien.

Je m’abstiens délibérément d’analyser la différence de terminologie des art. 1647 et 2709 C.c.Q. J’utilise le terme générique « titre négociable » parce qu’il n’est pas nécessaire en l’espèce d’examiner les distinctions qui peuvent être faites entre l’effet au porteur au sens de la *Loi sur les lettres de change*, le titre émis au porteur au sens de l’art. 1647 C.c.Q., et le titre endossé, prévu à l’art. 2709 C.c.Q. Il suffit pour l’instant de constater que le même esprit domine les art. 1647 et 2709 C.c.Q. La remise d’un titre négociable confère au créancier la maîtrise du bien.

L’article 2710 C.c.Q. vise autant l’hypothèque sans dépossession que l’hypothèque avec dépossession. Pour le gage, cet article doit pouvoir s’appliquer sans qu’un écrit soit nécessaire. J’en conclus que seule la disposition portant sur la cession d’une créance constatée dans un titre négociable est compatible avec le régime applicable au gage.

Les règles régissant le mode d’exercice des droits du créancier gagiste apportent un éclairage additionnel tout aussi important. En effet, conformément à l’art. 2743 C.c.Q., le titulaire d’une hypothèque sur une créance peut percevoir le capital sans être assujéti aux règles régissant l’exercice des droits hypothécaires (art. 2748 et suiv. C.c.Q.). Dans le cas du

75

76

77

78

right to collect the capital, interest and income must be capable of being exercised solely by virtue of holding the instrument.

79

When the instrument is not negotiable, the mere fact that it is held by a third person does not tell the debtor of the hypothecated claim what right would enable the third person, in this case the pledgee, to claim payment from him or her. By virtue of the very nature of the non-negotiable instrument of claim, the rights set out in it are the rights that the grantor may exercise against the debtor of the hypothecated claim. The mere holding of a non-negotiable instrument does not permit the pledgee to exercise his or her rights. The fact that, in those circumstances, the pledgee would be unable to exercise his or her rights clearly shows that the instrument must necessarily incorporate the claim.

80

In short, I find that the pledge of a claim can be granted only by handing over a negotiable instrument. An instrument of that nature is the only thing that allows for the rights inherent in the security to be granted and published, that makes it possible for it to be set up against the debtor, and that allows for the exercise of the rights inherent in the security simply by handing over the instrument. That analysis is not dependent on a choice being made between a broad interpretation and a restrictive one. It is based on the actual concept of pledge, and on a global analysis of the provisions enacted by the legislature when the *Civil Code* was reformed.

81

The appellant placed great stress on the legislature's intention of liberalizing or unifying security interests. On this point, it is worth reviewing the former rules, and the criticisms that prompted the reform, to shed some light on that intention.

E. *The Former Rules*

82

Under the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."), there were numerous names given to security interests. Placing a thing in the hands of a creditor was called pledge (art. 1966 C.C.L.C.), but the pledging of movable property was called pawning (art. 1968 C.C.L.C.). The C.C.L.C. also provided that debts (*créances*) could be pledged (art. 1974 C.C.L.C.), but pledging was not the only way

gage, le droit de percevoir le capital, les intérêts et les revenus doit pouvoir être exercé par la seule détention du titre.

Lorsque le titre n'est pas négociable, la seule détention du titre par un tiers n'indique pas au débiteur de la créance hypothéquée le droit qui permettrait au tiers, ici le créancier gagiste, de lui réclamer paiement. De par la nature même du titre de créance non négociable, les droits qui y sont énoncés sont ceux que le constituant peut faire valoir contre le débiteur de la créance hypothéquée. La détention d'un titre non négociable ne permet pas au créancier gagiste d'exercer ses droits. L'impossibilité pour le créancier gagiste, en pareilles circonstances, de faire valoir ses droits démontre clairement que le titre doit nécessairement incorporer la créance.

Bref, je retiens que la constitution du gage d'une créance est limitée à la remise d'un titre négociable. Seul un effet de cette nature permet la constitution, la publicité, l'opposabilité et l'exercice des droits inhérents à la sûreté par la simple remise du titre. Cette analyse ne dépend pas du choix entre une interprétation large ou une interprétation restrictive. Elle est fondée sur le concept même de gage et sur une analyse globale des textes adoptés par le législateur lors de la réforme du *Code civil*.

L'appelante a beaucoup insisté sur l'intention du législateur de libéraliser ou d'unifier les sûretés. À ce propos, une revue du régime antérieur et des critiques à l'origine de la réforme est utile pour mettre en lumière cette intention.

E. *Le régime antérieur*

Les sûretés, sous le régime du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »), étaient désignées de multiples façons. La mise d'une chose entre les mains d'un créancier était appelée nantissement (art. 1966 C.c.B.C.), mais le nantissement d'une chose mobilière prenait le nom de gage (art. 1968 C.c.B.C.). Le C.c.B.C. prévoyait aussi que les créances pouvaient être nanties (art. 1974 C.c.B.C.), mais le

of granting a security interest in a debt. There was another form of security that enabled a creditor to exercise his or her rights more easily: the C.C.L.C. was interpreted as recognizing that a debt could be assigned by way of security.

When the Code was reformed, the legislature did not wish to retain assignments of debts by way of security (L. Payette, "Prior Claims and Hypothecs", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 4 B, 1, p. 27, and *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, s. 134). Instead, they were replaced by hypothecs on claims, incorporating certain provisions that apply to assignments of debts, including the mechanism by which they may be set up against third parties set out in art. 1571 C.C.L.C. The mechanism of putting in possession, as regards the creditor and third parties, is, however, the one specifically provided for pledge.

Under the C.C.L.C., in order for the assignee to have possession available, there had to be signification of the act of sale and delivery of a copy to the debtor. The assignee could also be put in possession by acceptance by the debtor:

1571. The buyer has no possession available against third persons until signification of the act of sale has been made, and a copy of it delivered to the debtor. He may, however, be put in possession by the acceptance of the transfer by the debtor, subject to the special provisions contained in article 2127.

This was a sort of constructive possession, a mechanism that is no longer provided for in the C.C.Q. The only element that was incorporated in art. 1641 C.C.Q. is the possibility of setting up the claim against the debtor and third persons.

Under the C.C.L.C., only transfers in writing were recognized (art. 1570 C.C.L.C.). This excluded assignments by way of security that were not set out in a written deed. Article 1571 C.C.L.C. was not intended to cover cases in which the security was granted by simply handing over a title, nor is art. 1641 C.C.Q., the successor to art. 1571 C.C.L.C., intended to cover security for which no writing is required.

nantissement n'était pas le seul moyen de constituer une garantie sur une créance. Une autre sûreté permettait au créancier de réaliser plus facilement ses droits. Ainsi, le C.c.B.C. était interprété comme reconnaissant qu'une créance pouvait faire l'objet d'une cession en garantie.

Lors de la réforme, le législateur n'a pas voulu retenir la cession de créance en garantie comme sûreté (L. Payette, « Des priorités et des hypothèques », dans *La réforme du Code civil* (1993), vol. 3, 9, p. 54, et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 134). Il l'a plutôt remplacée par l'hypothèque sur des créances en y incorporant certaines dispositions applicables aux cessions de créance, dont le mécanisme d'opposabilité de l'art. 1571 C.c.B.C. Le mécanisme de mise en possession à l'égard du créancier et des tiers demeure propre au gage.

Selon le C.c.B.C., pour que le cessionnaire ait une possession utile, il devait y avoir signification de l'acte et remise d'une copie au débiteur. La mise en possession pouvait aussi être faite par l'acceptation par le débiteur :

1571. L'acheteur n'a pas de possession utile à l'encontre des tiers, tant que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur; il peut cependant être mis en possession par l'acceptation du transport que fait le débiteur : sauf les dispositions contenues en l'article 2127.

Il s'agissait, en quelque sorte, d'une mise en possession présumée (*constructive possession*), mécanisme qui n'est pas retenu au C.c.Q. La seule composante incorporée à l'art. 1641 C.c.Q. est celle de l'opposabilité.

Selon le C.c.B.C., seuls les transports écrits étaient reconnus (art. 1570 C.c.B.C.). Le cas d'une cession en garantie sans écrit était donc exclu. L'article 1571 C.c.B.C. n'était pas conçu pour couvrir le cas où la sûreté était constituée par la simple remise d'un titre. L'article 1641 C.c.Q., successeur de l'art. 1571 C.c.B.C. n'est pas non plus conçu pour une sûreté pour laquelle aucun écrit n'est exigé.

83

84

85

86

87 In short, under the rules in the C.C.L.C., simply handing over deposit certificates would not have been sufficient for it to be possible to set up the pledge against the debtor or third persons. An assignment of claim by way of security would have been permitted, but that form of security is now integrated with hypothecs, and the rules governing hypothecs are the only rules that now prevail.

88 The appellant argues, however, that the spirit of the reform of the law of security calls for a broad interpretation of the categories of titles that may be pledged. It submits that when the Code was reformed, the legislature intended to facilitate access by individuals to credit. The legislature's intention may be found in the commentaries that preceded the reform, and in those made at the time the C.C.Q. was enacted.

F. *The Intention of the Legislature at the Time the Code Was Reformed*

89 It should be noted that the reform of the law of security was initially considered necessary because of the need to modernize some of the mechanisms in commercial matters, which were obviously inadequate. As early as 1956, G. E. Le Dain, then a professor at McGill University, made the following comments in "Security Upon Moveable Property in the Province of Quebec" (1956), 2 *McGill L.J.* 77, at p. 112:

With respect to [whether the provincial law should provide for a security device which would serve the same purpose as the chattel mortgage does in the other provinces] there seems no good reason why the law should be amended to permit lenders in the personal loan field to obtain security upon movable property without transfer of possession. . . .

The commercial borrower presents quite a different case. Here the law could be more helpful than it is. . . . There would not seem to be any reason, either, why lenders other than the banks should not be able to obtain security without transfer of possession on the inventory of manufacturers. . . .

90 As well, it was Professor Cuming's opinion that the urgent need for tools to facilitate access by businesses to credit without transfer of possession was

En somme, sous le régime du C.c.B.C., la simple remise des certificats de dépôt n'aurait pas été suffisante pour rendre le gage opposable au débiteur ou aux tiers. Le recours à la cession de créance en garantie aurait été permis, mais ce mode de sûreté est maintenant intégré à l'hypothèque. Seules les règles régissant cette dernière prévalent.

L'appelante plaide cependant que l'esprit de la réforme du droit des sûretés commande une interprétation large des catégories de titres pouvant être mis en gage. Elle estime que, lors de la réforme, le législateur a voulu favoriser l'accès des particuliers au crédit. L'intention du législateur peut être retracée à travers les commentaires précédant la réforme de même que par la revue de ceux qui ont été émis de façon contemporaine à l'adoption du C.c.Q.

F. *L'intention du législateur lors de la réforme*

Il faut noter que la réforme du droit des sûretés a d'abord été dictée par le besoin de moderniser des mécanismes apparemment inadéquats en matière commerciale. Déjà en 1956, G. E. Le Dain, alors qu'il était professeur à l'Université McGill, faisait les commentaires suivants : « Security Upon Moveable Property in the Province of Quebec » (1956), 2 *McGill L.J.* 77, p. 112 :

[TRADUCTION] Quant à [la question de savoir si la loi provinciale devrait prescrire un mécanisme de sûreté ayant le même objectif qu'une hypothèque mobilière, comme c'est le cas dans les autres provinces], rien ne semble justifier de modifier la loi de manière à permettre aux prêteurs qui consentent des prêts personnels d'obtenir une sûreté réelle mobilière sans transfert de possession . . .

Il en va tout autrement de l'entreprise qui se voit accorder un prêt commercial. Dans ce cas, la loi pourrait être plus utile. [. . .] Rien ne semblerait justifier non plus d'empêcher les prêteurs autres que les banques d'obtenir une sûreté, sans transfert de possession, grevant les stocks des fabricants . . .

De même, selon le professeur Cuming, c'est en grande partie le besoin urgent d'outils facilitant l'accès des entreprises commerciales au crédit sans

a major factor in the reform undertaken in Quebec: R. C. C. Cuming, "Article 9 North of 49°: The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code" (1996), 29 *Loy. L.A. L. Rev.* 971, at p. 973:

The situation in Quebec, while not fundamentally different in result from the rest of Canada, was in greater need of conceptual reform because of . . . the urgent need for security devices to facilitate nonpossessory business asset financing.

Prior to the reform, the law of movable security in Quebec was based not only on privileges, pledge and various mechanisms for retaining an ownership interest, as set out in the C.C.L.C., but also on specific statutes. Thus Quebec law recognized hypothecs and cession and transfer as provided in the *Special Corporate Powers Act*, R.S.Q. 1977, c. P-16, ss. 27 to 32, transfers of property in stock as provided in the *Act respecting the transfer of property in stock*, S.Q. 1982, c. 55, and privileges created by various other statutes.

The reform of the *Civil Code* began with the enactment of the *Act respecting the revision of the Civil Code*, S.Q. 1955, c. 47, nearly 50 years ago. Members of the legal profession in Quebec who specialized in commercial law had long regarded the American and Canadian models as a source of inspiration for Quebec: Y. Caron, "L'article 9 du code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois", in J. S. Ziegel and W. F. Foster, eds., *Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions* (1969), at p. 374. The American model was based on the concept of a single security interest, which applied to any transaction that created a right in a property to guarantee the performance of an obligation. Its scope is very broad. Its rules are set out in s. 9 of the *Uniform Commercial Code* (1999 rev.) ("UCC"), which has been adopted in most American states; the first official version dates from 1951: J. J. White and R. S. Summers, *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code* (2nd ed. 1980), at pp. 1-6; W. A. Schnader, "A Short History of the Preparation and

dépossession qui justifiait la réforme québécoise : R. C. C. Cuming, « Article 9 North of 49° : The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code » (1996), 29 *Loy. L.A. L. Rev.* 971, p. 973 :

[TRADUCTION] Bien qu'elle n'eût pas des conséquences fondamentalement différentes de celles constatées ailleurs au Canada, la situation qui existait au Québec nécessitait davantage une réforme conceptuelle en raison [du] besoin urgent de disposer de mécanismes de sûreté facilitant le financement non possessoire des éléments d'actif d'une entreprise.

Avant la réforme, le droit québécois des sûretés mobilières trouvait sa source non seulement dans les privilèges, le nantissement et dans divers mécanismes de rétention du droit de propriété prévus au C.c.B.C., mais aussi dans des lois particulières. Le droit québécois reconnaissait ainsi l'hypothèque et la cession-transport prévues dans la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. 1977, ch. P-16, art. 27 à 32, la cession de biens en stock prévue à la *Loi sur les cessions de biens en stock*, L.Q. 1982, ch. 55, et des privilèges créés par plusieurs autres lois.

La réforme du *Code civil* a été amorcée par l'adoption de la *Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1955, ch. 47, il y a près de 50 ans. Très tôt, les juristes québécois spécialisés en matière commerciale ont vu dans les modèles américain et canadien une source d'inspiration pour le Québec : Y. Caron, « L'article 9 du code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois », dans J. S. Ziegel et W. F. Foster, dir., *Aspects of Comparative Commercial Law : Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions* (1969), p. 374. Le modèle américain est fondé sur le concept d'une sûreté unique, le *security interest* applicable à toute transaction créant un droit sur un bien pour garantir l'exécution d'une obligation. Sa portée est très vaste. Ses règles sont énoncées à l'art. 9 du *Uniform Commercial Code* (rév. 1999) (« UCC »), adopté dans la plupart des États américains; le premier texte officiel remonte à 1951 : J. J. White et R. S. Summers, *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code* (2^e éd. 1980), p. 1-6; W. A. Schnader, « A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform

91

92

Enactment of the Uniform Commercial Code” (1967), 22 *U. Miami L. Rev.* 1, at p. 8. In Canada, all of the common law provinces now have personal property security legislation based on the same concept. Given the context, which was a North American one, and the somewhat ill-assorted arrangements described earlier, a set of rules based on a single security interest may have been attractive to the legal profession in Quebec.

93

When the first reform proposal was introduced in Quebec, in 1977, the drafters chose to preserve the fundamental principle of equality among creditors; however, like their Canadian and American neighbours, they were motivated by a concern for harmony and uniformity. They brought together most security interests under the rubric of “hypothec”. There was no restriction placed on individuals with respect to movable hypothecs (Civil Code Revision Office, *Report on the Quebec Civil Code* (1978), vol. I, *Draft Civil Code*, arts. 290 *et seq.*). The wording of that initial proposal for reform prompted comments and cautionary observations: R. A. Macdonald, “Modernization of Personal Property Security Law: A Quebec Perspective” (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 182.

94

More than ten years went by before a bill was introduced in the National Assembly. It preserved the principle of equality among creditors. Although hypothec now encompassed most security interests, a little room was made for a few other forms of prior claim (arts. 2650 to 2659 C.C.Q.). The first version of the bill (Bill 125, *Journal des débats*, 1st Sess., 34th Leg., December 18, 1990, No. 97, at pp. 6568-69) preserved the right of individuals to hypothecate their movable property with or without delivery. However, when the bill was examined by the Subcommittee on Institutions, pressure was brought to bear by consumer groups. The result was that hypothecs without delivery were limited, unless otherwise provided, to commercial property. The comments made at that time provide a clear picture of the concerns felt by those opposed to liberalizing consumer hypothecs (Bill 125, *Journal des débats*, 1st Sess., 34th Leg., December 12, 1991, No. 35, at p. SCI-1412):

Commercial Code » (1967), 22 *U. Miami L. Rev.* 1, p. 8. Au Canada, toutes les provinces de common law disposent maintenant d’une loi sur les sûretés mobilières fondée sur le même concept. Compte tenu du contexte nord américain et de l’assortiment un peu hétéroclite décrit plus haut, un régime fondé sur une sûreté unique pouvait être attrayant pour les juristes québécois.

Au Québec, lors du dépôt du premier projet de réforme, en 1977, les rédacteurs ont choisi de maintenir le principe fondamental de l’égalité des créanciers, mais, à l’instar des voisins canadiens et américains, ils étaient animés par un souci d’harmonie et d’uniformité. Ils ont regroupé la plupart des sûretés sous le vocable « hypothèque ». Aucune restriction ne visait les particuliers en ce qui a trait à l’hypothèque mobilière (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I, *Projet de Code civil*, art. 290 *et suiv.*). Le texte de ce premier projet de réforme n’a pas manqué de susciter des commentaires et des mises en garde : R. A. Macdonald, « Modernization of Personal Property Security Law : A Quebec Perspective » (1985), 10 *Rev. can. dr. comm.* 182.

Plus de dix ans s’écoulaient avant qu’un projet de loi soit présenté à l’Assemblée nationale. Le principe de l’égalité des créanciers est alors maintenu. Bien que l’hypothèque englobe maintenant la plupart des sûretés, une petite place est faite à quelques priorités (art. 2650 à 2659 C.c.Q.). Dans sa première version, le projet (P.L. 125, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 18 décembre 1990, n^o 97, p. 6568-6569) maintient le droit des particuliers d’hypothéquer leurs biens mobiliers avec ou sans dépossession. Lors de l’étude du projet par la sous-commission des institutions, des pressions sont cependant faites par des groupes de consommateurs. L’hypothèque sans dépossession est alors limitée, sauf exception, aux biens commerciaux. Les commentaires faits à cette occasion illustrent bien la préoccupation des opposants à la libéralisation de l’hypothèque pour les consommateurs (P.L. 125, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 34^e lég., 12 décembre 1991, n^o 35, p. SCI-1412) :

[TRANSLATION] Mr. Chairperson, obviously I am in favour of the sub-amendment because we have never hidden the fact that we were against movable hypothecs for natural persons and we were in perfect agreement with movable hypothecs for businesses. I would remind the committee that this opposition to movable hypothecs for natural persons stems mainly from the fact that, in our view, the Civil Code should reflect the needs, the problems that exist in society, and that we are certainly not persuaded that there is any problem with credit. We believe the opposite to be true, that in Quebec society at present, people are over-indebted and thus have no problem going and getting credit, which is what movable hypothecs for natural persons would allow them to do. So in our view, there has been no demand for movable hypothecs made by any representative groups. This is not a crying need in our society at present. . . . [Emphasis added.]

Those comments came in response to a presentation by the then Minister of Justice, Gil Rémillard, in response to a request by the Opposition representative (*Journal des débats, supra*, at p. SCI-1407):

[TRANSLATION] Ms. Harel: I would still like to be certain that there is no grey area. We agree that when we say there is a movable hypothec without delivery, we are not defining what forms the basis of it, we are not in fact saying that there is a hypothec for consumers, we are saying that it is an open question. And this is in a statute that we are saying that. Is that how we understand it?

Mr. Rémillard: What we are saying, as regards the consumer aspect, it may be in a statute, we will establish the terms by which it operates. Is that it?

Ms. Harel: We will establish the terms by which movable hypothecs without delivery operate.

Mr. Rémillard: That's right.

A voice: For individuals.

Mr. Rémillard: For individuals.

The effect of the amendment was to substantially limit individuals' access to hypothecs. For individuals' personal credit, apart from the exception set out in art. 2683 C.C.Q., they are limited to hypothecs with delivery. That form of hypothec is governed by its own rules. The fact that the amendment was made right at the end of the process, nearly a year after the legislative examination of the bill began,

M. le Président, c'est bien évident que je suis pour le sous-amendement parce que nous n'avons jamais caché que nous étions contre le fait d'une hypothèque mobilière pour personne physique et que nous étions parfaitement en accord avec une hypothèque mobilière pour les entreprises. J'aimerais rappeler à la commission que cette opposition à une hypothèque mobilière pour personne physique provient surtout du fait que, selon nous, le Code civil doit refléter les besoins, les problèmes vécus dans la société et que nous sommes loin d'être convaincus qu'il y a un problème en matière de crédit. Nous pensons le contraire, que dans la société québécoise, présentement, les personnes sont surendettées et n'ont donc aucun problème à aller chercher du crédit, ce que l'hypothèque mobilière pour personne physique viendrait leur accorder. Donc, il n'y a pas eu, quant à nous, de la part de groupes représentatifs, de demande pour une hypothèque mobilière. Ce n'est pas un besoin criant de notre société actuellement. . . . [Je souligne.]

Ces commentaires suivaient une mise au point faite par le ministre de la Justice de l'époque, monsieur Gil Rémillard, à la suite d'une demande de la représentante de l'opposition (*Journal des débats, op. cit.*, p. SCI-1407) :

Mme Harel : Je veux quand même bien être certaine qu'il n'y a pas de zone grise. On s'entend bien que, quand on dit qu'il y a une hypothèque mobilière sans dépossession, on ne définit pas sur quelle assiette elle repose, on ne dit pas que, pour autant, il y a une hypothèque pour les consommateurs, on dit que c'est ouvert. Et c'est dans une loi qu'on le dira. C'est ça qu'on comprend?

M. Rémillard : Nous, on dit, en ce qui regarde l'aspect consommation, que ce sera dans une loi qu'on établira des modalités. C'est ça?

Mme Harel : On établira les modalités de l'hypothèque mobilière sans dépossession.

M. Rémillard : C'est ça.

Une voix : Pour les particuliers.

M. Rémillard : Pour les particuliers.

L'amendement a pour effet de restreindre considérablement l'accès des particuliers à l'hypothèque. Pour leur crédit personnel, mise à part l'exception contenue à l'art. 2683 C.c.Q., ils sont limités à l'hypothèque avec dépossession. Cette dernière obéit à ses règles propres. Le fait que cet amendement soit apporté à la toute fin du processus, soit près d'un an après le début des travaux parlementaires et six

and six days before final adoption by the National Assembly, provides a better understanding of why certain hypothecs are better understood in the context of hypothecs without delivery, that is, attested in writing and subject to the requirement of registration. That is the case for hypothecs of a share in a partnership (art. 2211 C.C.Q.) and on the cash value of a life insurance policy (art. 2461 C.C.Q.). As well, art. 2461, para. 2 C.C.Q. even deals with more than one assignment, a case that is incompatible with pledge, but completely consistent with hypothecs without delivery. The *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II, in relation to art. 2461 C.C.Q. make it clear that pledge, as provided in the C.C.L.C., has been replaced by the new provisions concerning hypothecs. He therefore ruled out any possibility of referring to the former law.

96 As Professor R. A. Macdonald noted, “The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec” (1991), 19 *Can. Bus. L.J.* 239, at p. 262, footnote 41, the 1866 legislature had made social policy choices when it created the rules governing security interests. It is apparent that when the Code was reformed in 1991 it modernized the mechanisms for obtaining credit. However, it also made important social policy choices. I would quote Professor Macdonald again (at p. 290):

While some of these choices may be contested by those who have a commitment to unchecked hedonism, they impose no transaction or administration costs on the general scheme of consensual security, and show how substantive public policy choices can be built directly into an internally efficient and modernized secured transactions regime. [Emphasis added.]

97 The rule set out in art. 2683 C.C.Q. expresses a clear legislative policy choice. Neither the comments made in the literature prior to the reform nor the provisions ultimately enacted seem to support the assertion that the scope of movable hypothecs with delivery should be broadened.

98 The comments made by the Minister of Justice, Serge Ménard, in 1998, when the regulations concerning hypothecs without delivery were made, reflect adherence to that philosophy. At that time, the Minister, who was attempting to allay the fears of consumer protection organizations, expressed the

jours avant l’adoption finale par l’Assemblée nationale, permet de mieux comprendre pourquoi certaines hypothèques se conçoivent mieux dans le contexte de l’hypothèque sans dépossession, donc avec le support d’un écrit et soumis à l’exigence de l’inscription. Il en va ainsi de l’hypothèque d’une part sociale (art. 2211 C.c.Q.) et celle sur la valeur de rachat d’une police d’assurance-vie (art. 2461 C.c.Q.). D’ailleurs l’art. 2461, al. 2 C.c.Q. traite même de la pluralité de cessions, cas incompatible avec le gage mais tout à fait bien intégré à l’hypothèque sans dépossession. Les *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, en relation avec l’art. 2461 C.c.Q. précisent bien que le gage, tel que prévu au C.c.B.C., est remplacé par les nouvelles dispositions concernant l’hypothèque. Il écarte donc toute référence au droit antérieur.

Comme le note le professeur R. A. Macdonald, « The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec » (1991), 19 *Rev. can. dr. comm.* 239, p. 262, note 41, le législateur de 1866 avait fait des choix de politique sociale en édifiant le régime des sûretés. Lors de la réforme de 1991, il est évident qu’il a modernisé les mécanismes d’obtention du crédit. Il a cependant aussi fait des choix importants de politique sociale. Je cite à nouveau le professeur Macdonald (à la p. 290) :

[TRADUCTION] Bien qu’ils puissent être contestés par les partisans de l’hédonisme débridé, certains de ces choix n’entraînent aucun coût d’opération ou de gestion pour le régime général des sûretés consensuelles, et montrent comment d’importants choix de politique d’intérêt public peuvent être intégrés directement dans un régime de sûretés modernisé et intrinsèquement efficace. [Je souligne.]

La règle de l’art. 2683 C.c.Q. traduit un choix de politique législative clair. Ni les commentaires des auteurs, émis avant la réforme, ni les dispositions finalement adoptées ne semblent soutenir l’affirmation voulant que la portée de l’hypothèque mobilière avec dépossession doive être élargie.

Les commentaires du ministre de la Justice, monsieur Serge Ménard, faits en 1998 lors de l’adoption des dispositions réglementaires concernant l’hypothèque sans dépossession, reflètent le maintien de cette philosophie. À l’époque, le ministre, tentant d’apaiser les craintes d’organismes de protection des

opinion that it would be premature for the government to include RRSPs in the property that may be hypothecated: *Index du Journal des débats — Participants*, 35th Leg., 2nd Sess., *Commission permanente des institutions*, March 19, 1998, Issue No. 110, at pp. 1-17.

Given this background, I cannot conclude that the legislature intended to make access to hypothecs, with or without delivery, more readily available to consumers. It is clear that access to credit was indirectly facilitated by modernizing the institutions, but it was not facilitated directly by expanding the concept of pledge.

The appellant cites *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375, in support of a broad interpretation of the word "title". That case involved the vesting of rights under a life insurance policy in the trustee in bankruptcy. The Court examined the reform of insurance law in Quebec, which was part of the general revision of the *Civil Code*. Gonthier J., who wrote the unanimous opinion of the Court, reaffirmed that the objective at that time was to protect the consumer (at para. 44):

These [themes] include consumer protection, the protection of the family unit, and the modernization of real security mechanisms over moveable property, giving a broader segment of society access to collateralized credit.

That case did not examine the law of security interests. While expanding access to credit might have been intended in 1978, when the first proposal for reform was debated, no such assertion can be made in respect of the requirements for granting hypothecs that were adopted in 1991. I further note that the document referred to in that judgment (Civil Code Revision Office, *supra*, at p. xxxi) was published in 1978, at the time of the first bill, and not when the *Civil Code* was enacted, that is, after it was amended in committee.

I noted at the beginning of my analysis that one legal author has argued that a non-negotiable instrument could be pledged. His arguments did not serve as a basis for the Superior Court's judgment, which found that the certificates were negotiable

consommateurs, jugeait prématuré que le gouvernement englobe les REER dans les biens susceptibles d'être hypothéqués : *Index du Journal des débats — Participants*, 35^e lég., 2^e sess., *Commission permanente des institutions*, 19 mars 1998, cahier n^o 110, p. 1-17.

Dans ce contexte, je ne puis conclure que le législateur ait voulu rendre plus facile pour les consommateurs l'accès à l'hypothèque, avec ou sans dépossession. Il est clair que l'accès au crédit est facilité indirectement par la modernisation des institutions, mais il ne l'est pas, de façon directe, par l'élargissement du concept de gage.

L'appelante invoque l'arrêt *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375, à l'appui d'une interprétation large du mot « titre ». Cette affaire concernait la dévolution, à un syndic, des droits découlant d'une police d'assurance-vie. La Cour y a étudié la réforme du droit des assurances au Québec, laquelle s'inscrivait dans le cadre général de celle du *Code civil*. Le juge Gonthier, exprimant une opinion unanime de la Cour, y réaffirme l'objectif de protection du consommateur alors poursuivi (au par. 44) :

Ces thèmes sont notamment la protection des consommateurs, la protection de la cellule familiale et la modernisation des mécanismes de sûreté réelle mobilière donnant accès au crédit garanti à un segment plus large de la société.

Cette affaire ne comporte pas d'étude du droit des sûretés. Si un élargissement de l'accès au crédit pouvait être prévu en 1978 lors du débat du premier projet de réforme, une telle affirmation ne peut être faite pour les conditions de constitution de l'hypothèque retenues en 1991. Je note d'ailleurs que le document auquel le texte de l'arrêt se reporte (Office de la révision du Code civil, *op. cit.*, p. xxxiii) a été publié en 1978 lors du premier projet et non lors de l'adoption du *Code civil*, c'est-à-dire après l'amendement fait en commission parlementaire.

J'ai mentionné, au début de mon analyse, qu'un auteur soutient qu'un titre non négociable pourrait être mis en gage. Ses arguments n'ont pas servi de fondement au jugement de la Cour supérieure qui a conclu que les certificats étaient des titres

99

100

101

102

instruments. Nor did they persuade the Court of Appeal judges.

103 Gonthier J., whose opinion I have read, acknowledges (at paras. 1, 14 and 15) that mere handing over of a non-negotiable instrument is not sufficient to grant a pledge. He recognizes it, however, when, as in this case, the hypothec is attested by a deed that is brought to the attention of the debtor of the claim or is accepted.

104 The conceptual difficulty that makes that approach unacceptable is that the C.C.Q. does not require a writing. The solution adopted adds the requirement of a writing to the method of granting a pledge provided in the C.C.Q. If that approach were taken, a pledge of a non-negotiable instrument would have to be attested by a writing, when art. 2696 C.C.Q. contains that requirement only for a hypothec without delivery.

105 In fact, the legal basis of the analysis presented by Gonthier J. corresponds to an assignment of claim under the C.C.L.C. By that analysis, there is constructive delivery, and it may even take place where there is no instrument (para. 16) when the assignment is accepted or where a copy of the deed of assignment is given to the debtor. That is the solution adopted by the C.C.L.C., and in French law. It is not what the Quebec legislature adopted in 1991. Article 2702 C.C.Q. may present a problem in terms of the interpretation of the word "title", but it is clear that a title must actually be handed over in order for the pledge to be granted. Handing over is a concrete act and not a virtual transaction. Any solution that omits the requirement for a title is therefore, quite simply, contrary to the fundamental concept adopted by the C.C.Q.

106 It would have been surprising, moreover, for the legislature to have wished to allow to co-exist the hypothec without delivery, incorporated in a writing and subject to registration, and the hypothec with delivery, also incorporated in a writing but not subject to registration. This result seems to me to be contrary to the logic behind the establishment of the register of real and personal rights. Exclusion of registration makes sense only for cases where registration adds nothing to publicity and the protection of

négociables. Ils n'avaient pas non plus convaincu les juges de la Cour d'appel.

Le juge Gonthier, dont j'ai lu l'opinion, reconnaît (aux par. 1, 14 et 15) que la simple remise d'un titre non négociable ne serait pas suffisante pour constituer un gage. Il l'admet cependant lorsque l'hypothèque, comme en l'espèce, est constatée dans un acte porté à la connaissance du débiteur de la créance ou qu'elle est acceptée.

La difficulté conceptuelle qui rend cette approche inacceptable est que le C.c.Q. n'exige pas d'écrit. La solution retenue ajoute l'exigence de l'écrit au mode de constitution du gage prévu au C.c.Q. Selon cette approche, le gage d'un titre non négociable doit être constaté dans un écrit, alors que l'art. 2696 C.c.Q. ne l'exige que pour l'hypothèque sans dépossession.

En fait, le fondement juridique de l'analyse du juge Gonthier correspond à la cession de créance sous le C.c.B.C. Selon cette analyse, la remise est présumée (*constructive delivery*) et peut même avoir lieu sans titre (par. 16) lorsque la cession est acceptée ou lorsqu'une copie de l'acte de cession est remise au débiteur. C'est la solution du C.c.B.C. et c'est celle du droit français. Ce n'est pas ce que le législateur québécois a retenu en 1991. L'article 2702 C.c.Q. pose peut-être un problème d'interprétation du mot « titre », mais il est clair qu'un titre doit réellement être remis pour que le gage soit constitué. La remise est un geste concret et non une opération virtuelle. Toute solution qui omet l'exigence du titre est donc tout simplement contraire au concept fondamental retenu par le C.c.Q.

D'ailleurs, il eut été étonnant que le législateur ait voulu laisser cohabiter l'hypothèque sans dépossession, constatée dans un écrit et assujettie à l'inscription, et l'hypothèque avec dépossession, elle aussi constatée dans un écrit, mais non assujettie à l'inscription. Ce résultat me paraîtrait contraire à la logique découlant de l'instauration du registre des droits réels et personnels. L'exclusion de l'inscription n'a de sens que pour les cas où l'inscription n'ajoute rien à la publicité et à la

third persons (see, on the logic of the consequences of registration for the common law provinces, the article by Professor C. Walsh “Registration, Constructive Notice, and the Rule in *Dearle v. Hall* — Judicial Reform in Nova Scotia: *Martin v. Shubenacadie*” (1997), 12 *B.F.L.R.* 129, at pp. 135-51).

Contrary to the interpretation of my analysis offered by Gonthier J., I do not claim that the “existence” of the writing is inconsistent with the concept of pledge. Rather, it is the requirement for a writing that is inconsistent. In fact, the conclusions he draws in this case are based on an analysis of the rights that derive from the deed of hypothec granted to the Caisse, and not on an analysis of the rights that would result from merely handing over the certificates.

From a theoretical perspective, it is even more impossible for me to accept the approach taken by Gonthier J. in that it confuses the granting (art. 2702 C.C.Q.) of a pledge with whether or not it may be set up against the debtor of the claim (art. 2710 C.C.Q.). If we were to take the approach he proposes (at para. 15), handing over would not be complete until the formality in art. 1641 C.C.Q. had been performed. This is contrary to art. 2702 C.C.Q., which provides that granting of the pledge is complete by delivery (*remise*) alone. According to arts. 2710 and 1641 C.C.Q., the hypothec may be set up against the debtor once it has been granted. If that interpretation is applied to a hypothec without delivery, the difficulty that is inherent in the confusion of these steps is even more apparent. For a hypothec of that nature, the creditor may wish to grant the hypothec and delay the point at which it may be set up against the debtor. The two steps may neither be reversed nor confused.

In addition, the grammatical analysis of art. 2709 C.C.Q. conducted by my colleague does not stand up to scrutiny. In order to reflect more clearly the rule provided for in the article, the elements of the sentence may be moved to read: “Where the title is negotiable by endorsement and delivery, its remittance to the creditor takes place by endorsement and delivery, or where the title is negotiable by delivery

protection des tiers (voir, sur la logique des conséquences de l’inscription au registre pour les provinces de common law, l’article de la professeure C. Walsh, « Registration, Constructive Notice, and the Rule in *Dearle v. Hall* — Judicial Reform in Nova Scotia : *Martin v. Shubenacadie* » (1997), 12 *B.F.L.R.* 129, p. 135-151).

107
 Contrairement à l’interprétation que le juge Gonthier fait de mon analyse, je ne prétends pas que la « présence » de l’écrit est incompatible avec la notion de gage. C’est plutôt l’exigence de l’écrit qui l’est. D’ailleurs, les conclusions qu’il tire dans le présent cas se fondent sur l’analyse des droits qui découlent de l’acte d’hypothèque consenti à la Caisse et non sur l’analyse des droits qui résulteraient de la simple remise des certificats.

108
 Sur le plan théorique, je peux d’autant moins accepter l’approche du juge Gonthier qu’elle confond la constitution (art. 2702 C.c.Q.) du gage avec son opposabilité au débiteur de la créance (art. 2710 C.c.Q.). Suivant l’approche proposée (par. 15), la remise ne serait complète qu’une fois accomplie la formalité de l’art. 1641 C.c.Q. Ceci est contraire à l’art. 2702 C.c.Q. selon lequel la constitution du gage est complète par la seule remise. Suivant les art. 2710 et 1641 C.c.Q., l’opposabilité intervient après que l’hypothèque a été constituée. Si cette interprétation est appliquée au cas de l’hypothèque sans dépossession, la difficulté inhérente à la confusion des étapes ressort clairement. Pour une telle hypothèque, le créancier peut vouloir constituer l’hypothèque et en retarder l’opposabilité. Les deux étapes ne peuvent être ni inversées ni confondues.

109
 De plus, l’analyse grammaticale que mon collègue fait de l’art. 2709 C.c.Q. ne résiste pas à l’examen. Pour refléter plus clairement la règle prévue à cet article, les membres de la phrase peuvent être déplacés pour se lire : « Si le titre est négociable par endorsement et délivrance, la remise au créancier a lieu par l’endorsement et la délivrance, ou si le titre est négociable par délivrance seulement, la remise

alone, its remittance takes place by delivery alone". When that article is interpreted within the overall context of the provisions concerning pledge, it can be relied on only to exclude non-negotiable titles. In fact, it would have been surprising if the legislature had specified the method of negotiation in a clear case, the case of a negotiable title, and then in a problematic case, the case of a non-negotiable title, had made no provision for the method of negotiation.

110 Moreover, while he refers to art. 1971, para. 2 C.C.L.C., which deals with pledge, Gonthier J. writes that one of the criticisms of assignment of claims as security under the C.C.L.C. was that it allowed the creditor to include a giving in payment clause, a situation that is completely different under the C.C.Q. (para. 27). Regardless of what reasons might have motivated the changes in respect of pledge, a creditor may, under art. 2743 C.C.Q., collect the capital without having to comply with the general provisions governing the exercise of hypothecary rights (arts. 2748 *et seq.* C.C.Q.). A hypothec on claims, with or without delivery, is separate, in this regard, from the general rules governing security interests.

111 Gonthier J. finds support for his analysis in the French, German, Swiss and Canadian rules in this matter. However, all those rules require a writing as a prerequisite for granting a pledge of an instrument like the one that concerns us here: see, in particular, P. Simler and P. Delebecque, *Droit civil: Les sûretés — La publicité foncière* (2nd ed. 1995), No. 537, at pp. 440-41, and art. 900 of the Swiss Civil Code: [TRANSLATION] "Claims which are not incorporated in an instrument or result only from a recognition of debt are pledged in writing and in addition, in the latter case, by handing over the instrument."

112 I myself therefore conclude that, in Quebec, there has been a separate legislative policy choice. Unlike all of the systems that do require a writing, the C.C.Q. does not contain such a requirement.

113 It is worth noting that the statutory rules in the common law provinces, which were said to have influenced the reform of the law of security interests, would not acknowledge that a pledge may be

a lieu par la délivrance seulement ». Interprété dans l'ensemble des dispositions du gage, cet article ne peut être invoqué que pour exclure les titres non négociables. En fait, il eut été surprenant que le législateur précise le mode de négociation dans un cas clair, celui du titre négociable, alors que pour un cas problématique, le titre non négociable, le mode n'aurait pas été prévu.

Au surplus, tout en renvoyant à l'art. 1971, al. 2 C.c.B.C. qui traite du gage, le juge Gonthier écrit que l'un des reproches adressés à la cession de créance sous le C.c.B.C. était qu'elle permettait au créancier d'inclure une clause de dation en paiement, situation qui serait complètement différente sous le C.c.Q. (par. 27). Quoi qu'il en soit des motifs qui ont pu amener les modifications au gage, le créancier peut, en vertu de l'art. 2743 C.c.Q., percevoir le capital sans devoir se plier aux dispositions générales régissant l'exercice des droits hypothécaires (art. 2748 *et suiv.* C.c.Q.). L'hypothèque des créances, avec ou sans dépossession, est, en cela, distincte du régime général des sûretés.

Le juge Gonthier se dit conforté par une comparaison avec les régimes français, allemand, suisse et canadien. Ces régimes exigent cependant un écrit comme condition de constitution du gage d'un titre comme celui qui nous occupe : voir particulièrement, P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil: Les sûretés — La publicité foncière* (2^e éd. 1995), n^o 537, p. 440-441, et art. 900 du *Code civil suisse* : « L'engagement des créances qui ne sont pas constatées par un titre ou ne résultent que d'une reconnaissance de dette, a lieu par écrit et en outre, dans le dernier cas, par la remise du titre. »

J'y vois donc, pour ma part, pour le Québec, un choix distinct de politique législative. Contrairement à tous les régimes qui exigent un écrit, le C.c.Q. ne comporte pas cette exigence.

Il n'est pas sans intérêt de souligner que les régimes juridiques des provinces de common law, dont on a dit qu'ils avaient influencé la réforme du droit des sûretés, ne reconnaîtraient pas qu'un gage peut

granted by handing over documents such as the deposit certificates in issue here. Those certificates cannot be characterized as “instruments” within the meaning of those statutes: see, for example, ss. 1 and 2 of the Ontario *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10.

Rather, a comparison with the 1999 amendment to the UCC militates in favour of the interpretation I am suggesting. The version of the UCC that provided the model for the legal professionals who were involved in the reform would not have recognized the transaction that concerns us as a pledge. Bank accounts now fall under the UCC as the result of the recent amendment, which also added a new method of perfection, “control”: J. J. White and R. S. Summers, *Uniform Commercial Code* (4th ed. 2000), at pp. 80 and 98. First, the C.C.Q. has not been amended: we still have only handing over. Second, when the question was put to the National Assembly, that approach was rejected.

Given this background, I cannot bring myself to agree that in 1991, the legislature intended to extend hypothecs on claims to situations in which a pledge could not have been granted, under the C.C.L.C., simply by handing over the title. The legislature has made an effort to modernize and bring uniformity to security interests, but it has not sought to widen the cases in which mere handing over was sufficient to grant a pledge.

No matter how attractive the approach proposed by Gonthier J. may be, I cannot bring myself to agree with it. In my opinion, that would mean adding to the enactment and substituting for it an idea of what it should be, when a clear choice was made by the legislature in 1991. In my view this would be judge-made law.

III. Conclusion

While, as a general rule, the civil law calls for a careful analysis of the wording, it also requires a clear understanding of its fundamental concepts and the relationships among its institutions. The parameters of the security interest that pledge constitutes cannot be completely grasped from a literal analysis

être constitué par la remise de documents tels les certificats de dépôt en cause. En effet, ces certificats ne peuvent être qualifiés d’« effet » au sens de ces lois : voir, par exemple, les art. 1 et 2 de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.10.

La comparaison avec la modification apportée au UCC en 1999 milite plutôt en faveur de l’interprétation que je suggère. La version du UCC, dont se sont inspirés les juristes qui ont participé à la réforme, n’aurait pas reconnu comme gage la transaction qui nous occupe. C’est par suite de la modification récente que les comptes de banque sont couverts par le UCC. C’est par cette même modification qu’un nouveau mode de perfection a été ajouté, le « control » : J. J. White et R. S. Summers, *Uniform Commercial Code* (4^e éd. 2000), p. 80 et 98. D’une part, le C.c.Q. n’a pas été modifié : nous ne connaissons toujours que la remise. D’autre part, lorsque la question a été soumise à l’Assemblée nationale, cette approche a été refusée.

Dans ce contexte, je ne peux me résoudre à accepter que le législateur de 1991 ait voulu étendre l’hypothèque des créances à des situations où un gage n’aurait pas pu être constitué, sous le C.c.B.C., par la simple remise du titre. Le législateur a fait un effort de modernisation et d’uniformisation des sûretés mais n’a pas cherché à élargir les cas où la simple remise était constitutive du gage.

Malgré l’attrait que l’approche proposée par le juge Gonthier présente, je ne puis me résoudre à l’accepter. Ce serait, pour moi, ajouter au texte et y substituer une vision de ce que le texte devrait être alors qu’un choix clair a été fait par le législateur en 1991. Ce serait, pour moi, récrire le Code.

III. Conclusion

Si, en règle générale, le droit civil commande une analyse attentive des textes, il exige aussi une compréhension claire de ses concepts fondamentaux et des relations entre ses institutions. Une analyse littérale des dispositions sur le gage ne permet pas de cerner complètement les contours de cette

114

115

116

117

of the provisions governing it. Nor can the problem submitted by the parties be solved by that kind of analysis. We must therefore look to the objective of delivery, which is to give the creditor control of the property. We must also, in a case in which the pledge is of a claim, harmonize the provisions governing pledge with those concerning hypothecs on claims.

118 Given this background, delivery cannot be accomplished by handing over documents such as the deposit certificates in issue here. Apart from the difficulties inherent in the tax constraints, the Caisse does not really have control of the security interest simply by holding the deposit certificates. The certificates set out the rights of Desjardins Trust and of the annuitants, but the Caisse does not, merely by holding them, acquire any right that would allow it to collect the capital at maturity without performing any formality.

119 The word “title” in art. 2702 C.C.Q. cannot be interpreted out of context. The concept of pledge cannot apply to a document when possession of that document does not, in itself, confer any right. In addition, the legislative history shows that the pledge of a claim must give the pledgee possession such that it is able to collect the claim. The Caisse therefore does not hold a valid hypothec, given that it does not hold a title that gives it that right.

120 The *Civil Code of Quebec* does not define a negotiable instrument, as the *Bills of Exchange Act* does. It does not prohibit the parties from expressly agreeing that an instrument will be negotiable. In this case, they did not do so. The Caisse can therefore not set up a validly granted security interest against the trustee.

121 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

104. (1) In this Act, a reference to a trust or estate (in this subdivision referred to as a “trust”) shall be read as a reference to the trustee or the executor, administrator,

sûreté. De plus, une telle analyse ne permet pas non plus de résoudre le problème soulevé par les parties. Il faut donc s’en remettre à l’objectif de la dépossession qui est de conférer au créancier la maîtrise du bien. Il faut aussi, dans le cas où le gage porte sur une créance, concilier les dispositions régissant le gage avec celles de l’hypothèque sur des créances.

Dans ce contexte, la dépossession ne peut être réalisée par la remise de documents comme les certificats de dépôt ici en cause. Abstraction faite des difficultés inhérentes aux contraintes fiscales, la Caisse ne maîtrise pas véritablement la sûreté par la seule détention des certificats de dépôt. Les certificats énoncent les droits de Fiducie Desjardins et ceux des rentiers, mais leur détention ne confère à la Caisse aucun droit qui lui permettrait de percevoir sans formalité le capital à l’échéance.

Le mot « titre », à l’art. 2702 C.c.Q., ne peut être interprété hors contexte. Le concept de gage ne peut s’appliquer à un document dont la possession ne confère en soi aucun droit. De plus, l’historique législatif démontre que le gage d’une créance doit conférer au gagiste une possession lui permettant de percevoir la créance. La Caisse ne détient donc pas une hypothèque valide étant donné qu’elle ne détient pas un titre lui conférant ce droit.

Le *Code civil du Québec* ne définit pas ce qu’est un titre négociable, comme le fait la *Loi sur les lettres de change*. Il n’interdit pas aux parties de convenir expressément qu’un titre sera négociable. Dans le présent cas, elles ne l’ont pas fait. La Caisse n’est donc pas en mesure d’opposer au syndic une sûreté valablement constituée.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

104. (1) Dans la présente loi, fiducie ou succession, (appelées « fiducie » à la présente sous-section), s’entend également du fiduciaire ou de l’exécuteur testamentaire,

heir or other legal representative having ownership or control of the trust property.

146. (1) In this section,

“retirement savings plan” means

(a) a contract between an individual and a person licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to carry on in Canada an annuities business, under which, in consideration of payment by the individual or the individual’s spouse of any periodic or other amount as consideration under the contract, a retirement income commencing at maturity is to be provided for the individual, or

(b) an arrangement under which payment is made by an individual or the individual’s spouse

(i) in trust to a corporation licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to carry on in Canada the business of offering to the public its services as trustee, of any periodic or other amount as a contribution under the trust;

(ii) to a corporation approved by the Governor in Council for the purposes of this section that is licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to issue investment contracts providing for the payment to or to the credit of the holder thereof of a fixed or determinable amount at maturity, of any periodic or other amount as a contribution under such a contract between the individual and that corporation, or

(iii) as a deposit with a branch or office, in Canada, of

(A) a person who is, or is eligible to become, a member of the Canadian Payments Association, or

(B) a credit union that is a shareholder or member of a body corporate referred to as a “central” for the purposes of the *Canadian Payments Association Act*,

. . .

to be used, invested or otherwise applied by that corporation or that depository, as the case may be, for the purpose

de l’administrateur successoral, de l’héritier ou de tous autres représentants légaux ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie.

146. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« régime d’épargne-retraite »

a) Contrat conclu entre un particulier et une personne titulaire d’une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada un commerce de rentes aux termes duquel, contre le paiement par le particulier ou son conjoint d’une somme périodique ou autre au titre du contrat, un revenu de retraite est prévu pour le particulier à compter de l’échéance;

b) arrangement selon lequel un particulier ou son conjoint verse, selon le cas :

(i) en fiducie à une société titulaire d’une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir ses services au public en tant que fiduciaire, un montant périodique ou autre, à titre d’apport en vertu de la fiducie,

(ii) à une société agréée par le gouverneur en conseil pour l’application du présent article et titulaire d’une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à établir des contrats de placement prévoyant le paiement au détenteur d’un tel contrat, ou l’inscription au crédit de son compte, d’une somme fixe ou susceptible de l’être, à l’échéance, une somme périodique ou autre versée à titre de contribution aux termes d’un tel contrat entre le particulier et cette société,

(iii) un montant à titre de dépôt auprès d’une succursale ou d’un bureau au Canada :

(A) soit d’une personne qui est membre de l’Association canadienne des paiements ou qui est admissible à le devenir,

(B) soit d’une caisse de crédit qui est actionnaire ou membre d’une personne morale désignée sous le nom de « centrale » pour l’application de la *Loi sur l’Association canadienne des paiements*,

. . .

devant être utilisé, placé ou autrement employé par cette société ou ce dépositaire, selon le cas, en vue d’assurer

of providing for the individual, commencing at maturity, a retirement income;

au particulier, commençant à l'échéance, un revenu de retraite.

(2) The Minister shall not accept for registration for the purposes of this Act any retirement savings plan unless, in the Minister's opinion, it complies with the following conditions:

(2) Le ministre n'accepte pas aux fins d'enregistrement pour l'application de la présente loi un régime d'épargne-retraite, à moins que, à son avis, il ne réponde aux conditions suivantes :

(a) the plan does not provide for the payment of any benefit before maturity except

a) le régime ne prévoit, avant son échéance, le versement d'aucune autre prestation qu'un versement au rentier ou un remboursement de primes;

(i) a refund of premiums, and

(ii) a payment to the annuitant;

b) il ne prévoit, après son échéance, le versement d'aucune prestation, sauf :

(b) the plan does not provide for the payment of any benefit after maturity except

(i) by way of retirement income to the annuitant,

(i) au rentier sous forme de revenu de retraite,

(ii) to the annuitant in full or partial commutation of retirement income under the plan, and

(ii) au rentier en conversion totale ou partielle du revenu de retraite prévu au régime,

(iii) in respect of a commutation referred to in paragraph (c.2);

(iii) dans le cadre d'une conversion visée à l'alinéa c.2);

(b.1) the plan does not provide for a payment to the annuitant of a retirement income except by way of equal annual or more frequent periodic payments until such time as there is a payment in full or partial commutation of the retirement income and, where that commutation is partial, equal annual or more frequent periodic payments thereafter;

b.1) il ne prévoit le versement au rentier d'un revenu de retraite que sous forme de versements égaux à effectuer périodiquement à intervalles ne dépassant pas un an jusqu'à ce qu'il y ait un versement découlant d'une conversion totale ou partielle du revenu de retraite et, par la suite, en cas de conversion partielle, sous forme de versements égaux à effectuer périodiquement à intervalles ne dépassant pas un an;

(b.2) the plan does not provide for periodic payments in a year under an annuity after the death of the first annuitant, the total of which exceeds the total of the payments under the annuity in a year before that death;

b.2) il ne prévoit pas le versement d'une rente à effectuer périodiquement au cours d'une année après le décès du premier rentier dont le total dépasse le total des montants à verser au cours d'une année avant le décès;

(b.3) the plan does not provide for the payment of any premium after maturity;

b.3) il ne prévoit le versement d'aucune prime après échéance;

(b.4) the plan does not provide for maturity after the end of the year in which the annuitant attains 69 years of age;

b.4) il ne prévoit pas d'échéance postérieure à la fin de l'année au cours de laquelle le rentier atteint 69 ans;

(c) the plan provides that retirement income under the plan may not be assigned in whole or in part;

c) il prévoit qu'aucun revenu de retraite prévu par le régime ne peut être cédé en totalité ou en partie;

(c.1) notwithstanding paragraph (a), the plan permits the payment of an amount to a taxpayer where the amount is paid to reduce the amount of tax otherwise payable under Part X.1 by the taxpayer;

c.1) malgré l'alinéa a), il permet de verser un montant à un contribuable en vue de réduire l'impôt payable par ailleurs par celui-ci en vertu de la partie X.1;

(c.2) the plan requires the commutation of each annuity payable thereunder that would otherwise become payable to a person other than an annuitant under the plan;

(c.3) the plan, where it involves a depository, includes provisions stipulating that

(i) the depository has no right of offset as regards the property held under the plan in connection with any debt or obligation owing to the depository, and

(ii) the property held under the plan cannot be pledged, assigned or in any way alienated as security for a loan or for any purpose other than that of providing for the annuitant, commencing at maturity, a retirement income;

(c.4) the plan requires that no advantage, other than

(i) a benefit,

(i.1) an amount described in paragraph (a) or (c) of the definition "benefit" in subsection (1),

(ii) the payment or allocation of any amount to the plan by the issuer,

(iii) an advantage from life insurance in effect on December 31, 1981, or

(iv) an advantage derived from the provision of administrative or investment services in respect of the plan,

that is conditional in any way on the existence of the plan may be extended to the annuitant or to a person with whom the annuitant was not dealing at arm's length; and

(d) the plan in all other respects complies with regulations of the Governor in Council made on the recommendation of the Minister of Finance.

. . .

(7) Where in a taxation year a loan, for which a trust governed by a registered retirement savings plan has used or permitted to be used trust property as security, ceases to be extant, and the fair market value of the property so used was included by virtue of subsection (10) in computing the income of the taxpayer who is the annuitant under the plan, there may be deducted, in computing the income of the taxpayer for the taxation year, an amount equal to the amount, if any, remaining when

c.2) le régime exige la conversion de chaque rente payable en vertu de ce régime qui deviendrait autrement payable à une personne autre qu'un rentier en vertu du régime;

c.3) le régime, lorsqu'un dépositaire est en cause, comprend des dispositions portant que :

(i) le dépositaire n'a pas le droit d'éteindre une dette ou obligation envers lui par compensation à l'aide des biens détenus en vertu du régime,

(ii) les biens détenus en vertu du régime ne peuvent être donnés en gage, cédés ou autrement aliénés, à titre de garantie d'un prêt ou à toute autre fin que d'assurer au particulier commençant à l'échéance, un revenu de retraite;

c.4) le régime exige qu'aucun avantage, à l'exception :

(i) d'une prestation,

(i.1) d'une somme visée à l'alinéa a) ou c) de la définition de « prestation » au paragraphe (1),

(ii) du paiement ou de l'attribution d'un montant au régime par l'émetteur,

(iii) d'un avantage découlant d'une assurance-vie en vigueur au 31 décembre 1981,

(iv) d'un avantage découlant de la prestation de services sur le plan de l'administration ou des placements à l'égard du régime,

qui dépend, de quelque façon, de l'existence du régime, ne puisse être accordé au rentier ou à une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance;

d) le régime est conforme, à tous autres égards, aux dispositions réglementaires prises par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre des Finances.

. . .

(7) Lorsque, au cours d'une année d'imposition, un prêt pour lequel une fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite a utilisé ou a permis que soient utilisés des biens de la fiducie comme garantie cesse d'exister, et que la juste valeur marchande des biens ainsi utilisés a été incluse, en vertu du paragraphe (10), dans le calcul du revenu du contribuable qui est le rentier en vertu du régime, peut être déduite, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition, la somme qui resterait après que :

(a) the net loss (exclusive of payments by the trust as or on account of interest) sustained by the trust in consequence of its using the property, or permitting it to be used, as security for the loan and not as a result of a change in the fair market value of the property

is deducted from

(b) the amount so included in computing the income of the taxpayer in consequence of the trust's using the property, or permitting it to be used, as security for the loan.

. . .

(10) Where at any time in a taxation year a trust governed by a registered retirement savings plan

(a) acquires a non-qualified investment, or

(b) uses or permits to be used any property of the trust as security for a loan,

the fair market value of

(c) the non-qualified investment at the time it was acquired by the trust, or

(d) the property used as security at the time it commenced to be so used,

as the case may be, shall be included in computing the income for the year of the taxpayer who is the annuitant under the plan at that time.

. . .

(12) Where, on any day after a retirement savings plan has been accepted by the Minister for registration for the purposes of this Act, the plan is revised or amended or a new plan is substituted for it, and the plan as revised or amended or the new plan, as the case may be (in this subsection referred to as the "amended plan"), does not comply with the requirements of this section for its acceptance by the Minister for registration for the purposes of this Act, subject to subsection (13.1), the following rules apply:

(a) the amended plan shall be deemed, for the purposes of this Act, not to be a registered retirement savings plan; and

(b) the taxpayer who was the annuitant under the plan before it became an amended plan shall, in computing the taxpayer's income for the taxation year that includes that day, include as income received at that

a) la perte nette (à l'exclusion des paiements faits par la fiducie au titre des intérêts) subie par la fiducie par suite du fait qu'elle a utilisé ou a permis que soient utilisés ces biens comme garantie du prêt et non par suite du changement de la juste valeur marchande des biens,

serait déduite :

b) du montant ainsi inclus dans le calcul du revenu du contribuable par suite du fait que la fiducie a utilisé ou a permis que soient utilisés les biens comme garantie du prêt.

. . .

(10) Lorsque, à un moment donné d'une année d'imposition, une fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite :

a) acquiert un placement non admissible;

b) utilise à titre de garantie d'un prêt un bien quelconque de la fiducie ou en permet l'utilisation,

la juste valeur marchande :

c) du placement non admissible au moment de son acquisition par la fiducie;

d) du bien utilisé à titre de garantie, au moment où il a commencé à être ainsi utilisé,

selon le cas, doit être incluse dans le calcul du revenu, pour l'année, du contribuable qui est le rentier en vertu du régime à ce moment.

. . .

(12) Lorsque, à une date postérieure à l'acceptation aux fins d'enregistrement par le ministre d'un régime d'épargne-retraite pour l'application de la présente loi, le régime est révisé ou modifié ou un nouveau régime lui est substitué — l'un et l'autre étant appelés « régime modifié » au présent paragraphe — et que le régime modifié ne répond pas aux conditions d'enregistrement prévues au présent article, les règles suivantes s'appliquent sous réserve du paragraphe (13.1) :

a) le régime modifié est réputé, pour l'application de la présente loi, ne pas être un régime enregistré d'épargne-retraite;

b) le contribuable qui était rentier du régime avant que celui-ci ne devienne un régime modifié doit ajouter comme revenu reçu à ce moment une somme égale à la juste valeur marchande de tous les biens du régime

time an amount equal to the fair market value of all the property of the plan immediately before that time.

(13) For the purposes of subsection (12), an arrangement under which a right or obligation under a retirement savings plan is released or extinguished either wholly or in part and either in exchange or substitution for any right or obligation, or otherwise (other than an arrangement the sole object and legal effect of which is to revise or amend the plan) or under which payment of any amount by way of loan or otherwise is made on the security of a right under a retirement savings plan, shall be deemed to be a new plan substituted for that retirement savings plan.

Appeal allowed with costs, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Solicitors for the respondent: Brisset des Nos, Gravel, Sainte-Foy.

immédiatement avant ce moment, dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition qui comprend ce moment.

(13) Pour l'application du paragraphe (12), un accord prévoyant la renonciation à un droit ou à une obligation découlant d'un régime d'épargne-retraite, ou leur extinction, en totalité ou en partie, soit en échange ou en remplacement de tout autre droit ou obligation, soit autrement (autre qu'un accord dont l'unique objet et les seuls effets juridiques sont de réviser ou de modifier ce régime), ou selon lequel le paiement d'une somme sous forme de prêt ou autrement est effectué sur garantie consistant en un droit prévu par un régime d'épargne-retraite, est réputé être un nouveau régime substitué à ce régime d'épargne-retraite.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Procureurs de l'intimée : Brisset des Nos, Gravel, Sainte-Foy.

Dr. Russel Fleming *Appellant*

v.

Professor Scott Starson a.k.a. Scott Jeffery Schutzman *Respondent*

and

Schizophrenia Society of Canada, Centre for Addiction and Mental Health, Mental Health Legal Committee and Mental Health Legal Advocacy Coalition *Interveners*

INDEXED AS: STARSON v. SWAYZE

Neutral citation: 2003 SCC 32.

File No.: 28799.

2003: January 15; 2003: June 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Physicians and surgeons — Medical treatment — Consent — Ontario Consent and Capacity Board — Patient refusing consent to proposed medical treatment for bipolar disorder — Physicians finding patient not capable of making treatment decision — Board's confirmation of incapacity overturned on judicial review — Whether reviewing judge properly applied reasonableness standard of review to Board's finding of incapacity — Whether reviewing judge correctly found that Board misapplied statutory test for capacity — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A.

Since 1985 the respondent has frequently been admitted to mental institutions in the United States and Canada and has most often been diagnosed as having a bipolar disorder. His recent admission to hospital arose after he was found not criminally responsible for making death threats and the Ontario Review Board ordered his detention for 12 months. The respondent's physicians proposed treatment for his bipolar disorder that included

Dr Russel Fleming *Appellant*

c.

Professeur Scott Starson, alias Scott Jeffery Schutzman *Intimé*

et

Société canadienne de schizophrénie, Centre de toxicomanie et de santé mentale, Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : STARSON c. SWAYZE

Référence neutre : 2003 CSC 32.

N^o du greffe : 28799.

2003 : 15 janvier; 2003 : 6 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Médecins et chirurgiens — Traitement médical — Consentement — Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario — Refus du patient de consentir au traitement médical proposé pour soigner ses troubles bipolaires — Patient jugé incapable par les médecins de prendre la décision concernant le traitement — Infirmité au terme d'une procédure de révision judiciaire de la décision de la Commission concluant à l'incapacité du patient — La juge siégeant en révision a-t-elle appliqué adéquatement la norme de la décision raisonnable à la conclusion d'incapacité prononcée par la Commission? — La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la loi? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A.

Depuis 1985, l'intimé a souvent été hospitalisé dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada et, la plupart du temps, on a conclu qu'il souffrait de troubles bipolaires. Sa plus récente admission à l'hôpital est survenue après qu'il a été déclaré non responsable criminellement d'avoir proféré des menaces de mort et la Commission ontarienne d'examen a ordonné sa détention pendant une période de 12 mois. Les médecins

neuroleptic medication, mood stabilizers, anti-anxiety medication and anti-parkinsonian medication. The respondent refused to consent to this medication and the attending physician found him not capable of deciding whether to reject or accept the proposed medical treatment. The Ontario *Health Care Consent Act, 1996* permits a person to be treated without consent on grounds of lack of capacity, defined as a lack of the ability "to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment . . . and . . . to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision". The respondent applied to the Ontario Consent and Capacity Board for a review of the physician's decision and the Board's confirmation of incapacity was subsequently overturned on judicial review at the Superior Court of Justice. The Court of Appeal upheld the findings of the reviewing judge.

Held (McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: The *Health Care Consent Act, 1996*, presumes a person is capable to decide to accept or reject medical treatment; therefore, patients with mental disorders are presumptively entitled to make their own treatment decisions. The presumption of capacity can be displaced only by evidence that a patient lacks the requisite elements of capacity provided by the Act. Capacity involves two criteria: first, a person must be able to understand the information that is relevant to making a treatment decision and second, a person must be able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of the decision or lack of one. The legislative mandate of the Consent and Capacity Board is to adjudicate solely upon a patient's capacity and the Board's conception of the patient's best interests is irrelevant to that determination. The question under review, namely the Board's determination of capacity, is a question of mixed fact and law: the Board must apply the evidence before it to the statutory test for capacity. In the absence of any error of law, this question is relatively fact-intensive. Applying the pragmatic and functional approach to this question, it is clear that reasonableness is the appropriate standard of review.

de l'intimé ont proposé de traiter ses troubles bipolaires au moyen, notamment, de médicaments neuroleptiques, de psychorégulateurs, de médicaments anxiolytiques et de médicaments antiparkinsoniens. L'intimé a refusé de prendre cette médication et le médecin traitant a conclu que ce dernier était incapable de décider s'il devait accepter ou rejeter le traitement médical proposé. Conformément à la loi ontarienne intitulée *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, une personne peut être traitée sans son consentement, au motif qu'elle n'a pas la capacité de donner ce consentement, la capacité étant définie comme étant l'aptitude « à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement [. . .] et [. . .] à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision ». L'intimé a demandé à la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario de réviser cette décision. La confirmation par la Commission de la conclusion d'incapacité a subséquemment été infirmée au terme d'une procédure de révision judiciaire en Cour supérieure de justice. La Cour d'appel a confirmé les conclusions de la juge siégeant en révision.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps : Suivant la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, une personne est présumée capable de décider d'accepter ou de refuser un traitement médical. Par conséquent, les patients souffrant de troubles mentaux sont présumés avoir le droit de décider eux-mêmes s'ils veulent suivre un traitement. La présomption de capacité ne peut être réfutée que par la preuve que le patient ne satisfait pas aux critères établis par la Loi pour établir sa capacité. La détermination de la capacité exige l'application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant un traitement. Deuxièmement, cette personne doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Le mandat confié par la Loi à la Commission du consentement et de la capacité consiste uniquement à décider de la capacité du patient. L'opinion de la Commission sur les mesures qui sont dans l'intérêt du patient n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. La question en litige, à savoir la détermination par la Commission de la capacité d'un patient est une question mixte de droit et de fait : la Commission doit appliquer le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité, et ce au regard de la preuve qui lui est présentée. En l'absence d'erreur de droit, il s'agit d'une question dont la réponse tient principalement aux faits. Si on applique la méthode pragmatique et fonctionnelle à cette question, il est clair que la norme de contrôle appropriée est la décision raisonnable.

In this case, the reviewing judge applied the proper standard of review and correctly held that the Board's finding was unreasonable. The Board's determination of incapacity turned on two findings: that the respondent was in "almost total" denial of a mental disorder, and that he failed to appreciate the consequences of his decision. A careful review of the evidence demonstrates that there is no basis for either of these findings. Although the patient did not conceive of the condition as an illness, he was quite aware that his brain did not function normally. There was also no evidence that the proposed medication was likely to ameliorate the respondent's condition. Moreover, the respondent appreciated the intended effects of the medication. The Board's conclusion that treatment would improve his chances at future review board hearings is entirely speculative. There was no basis for the Consent and Capacity Board to find that a possible benefit of treatment would be the resumption of the respondent's work as a physicist. Lastly, the respondent was never asked at the hearing whether he understood the possibility that his condition could worsen without treatment. Consequently, there is no support for the Board's ultimate finding of incapacity.

In addition, the Board misapplied the statutory test for capacity. The interpretation of this legal standard is a question of law. No deference is owed to the Board on this issue and a correctness standard of review is to be applied. Although the Board found the respondent failed to appreciate the risks and benefits of treatment, it neglected to address whether the reasons for that failure demonstrated an inability to appreciate those risks and benefits. Furthermore, the Board's reasons indicate that it strayed from its legislative mandate, which was to adjudicate solely upon the patient's capacity. The wisdom of the respondent's treatment decision is irrelevant to that determination. The Board improperly allowed its own conception of the respondent's best interests to influence its finding of incapacity.

Per McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. (dissenting): The Consent and Capacity Board properly applied the law and nothing in its reasons suggests that it strayed from the question of the respondent's capacity to make medical decisions on his own behalf. The Board's preliminary expression of sympathy for the respondent's

En l'espèce, le juge siégeant en révision a appliqué la norme de contrôle appropriée et a à juste titre décidé que la conclusion de la Commission était déraisonnable. La constatation d'incapacité faite par la Commission reposait sur deux conclusions : le fait que le patient niait « presque totalement » l'existence des troubles mentaux et son inaptitude à évaluer les conséquences de sa décision. Il ressort d'un examen attentif de la preuve que ni l'une ni l'autre de ces conclusions n'est fondée. Le patient ne percevait pas son état comme une maladie, mais il était néanmoins parfaitement conscient que son cerveau ne fonctionnait pas normalement. Il n'y avait également aucun élément de preuve indiquant que la médication proposée améliorerait vraisemblablement l'état de l'intimé. En outre, ce dernier comprenait les effets escomptés de la médication. La conclusion de la Commission selon laquelle le traitement améliorerait les chances de succès de l'intimé à l'occasion de futures auditions de sa cause par une commission d'examen relève entièrement de la conjecture. Rien ne permettait à la Commission du consentement et de la capacité de conclure que l'un des effets bénéfiques possibles du traitement serait la reprise par l'intimé de son travail de physicien. Enfin, à aucun moment au cours de l'audience on n'a demandé à celui-ci s'il était conscient de la possibilité que son état se détériore en l'absence de traitement. Par conséquent, rien ne justifiait la Commission de conclure comme elle l'a fait à l'incapacité.

De plus, la Commission a mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la Loi. L'interprétation de cette norme légale est une question de droit. Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur cette question et la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Bien que la Commission ait jugé que l'intimé ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques du traitement, elle a omis de se demander si cette incompréhension démontrait l'incapacité de celui-ci d'évaluer ces risques et ces effets bénéfiques. En outre, il ressort des motifs de la Commission qu'elle s'est éloignée du mandat que lui confie la Loi, à savoir décider uniquement de la capacité du patient. La sagesse de la décision de l'intimé concernant le traitement n'est pas pertinente pour trancher la question de la capacité. La Commission a laissé sa propre conception de l'intérêt de l'intimé influencer indûment la conclusion d'incapacité qu'elle a tirée.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel (dissidents) : La Commission du consentement et de la capacité a bien appliqué les règles de droit pertinentes et rien dans ses motifs de décision ne tend à indiquer qu'elle s'est éloignée de la question dont elle était saisie — à savoir la capacité de l'intimé de prendre

actual situation was merely an expression of concern and does not show that the Board focussed on the respondent's best interests rather than on his capacity.

The issue in this case is not whether the Board's conclusion was the best conclusion on the evidence, but rather whether it is among the range of conclusions that the Board could reasonably have reached. Only if the Board's conclusion is unreasonable having regard to the whole of the evidence can it be set aside. Here, the Board's conclusion that the respondent lacked capacity to make treatment decisions was firmly anchored in the evidence and cannot be characterized as unreasonable. The Board's finding that the respondent's denial of his illness was "almost total" is amply supported in the evidence. While the Board never suggested that the respondent denied all his difficulties and symptoms, it did suggest, entirely accurately, that the respondent did not see his symptoms and difficulties as an illness or a problem relevant to the proposals for treatment. The Board was entitled to conclude from the evidence that the respondent was in denial about his mental illness generally, and not just about the specific diagnosis. This denial was compounded by the respondent's inability, because of his delusional state to understand the information relevant to making a treatment decision, as required by the Act. There was also ample evidence to support the Board's finding that the respondent was unable to appreciate the foreseeable consequences of treatment and refusing treatment because he lacked the ability to appreciate (1) the possible benefits of the proposed medication; (2) the fact that absent medication it is unlikely he will ever return to his previous level of functioning and his condition may continue to deteriorate; and (3) the relationship between lack of treatment and future dispositions by the Review Board. Given the evidence and the Board's application of the correct legal tests, there is no basis upon which a court of judicial review can set aside the Board's decision.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; **referred to:** *T. (I.) v. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485; *U.E.S., Local 298 v. Bibault*, [1988] 2 S.C.R.

lui-même des décisions d'ordre médical le concernant. La sympathie exprimée par la Commission à l'égard de la situation de l'intimé était uniquement un témoignage de sollicitude et n'indique pas que la Commission s'est attachée à l'intérêt de l'intimé plutôt qu'à la capacité de celui-ci.

Il ne s'agit pas en l'espèce de décider si la conclusion de la Commission était la meilleure eu égard à la preuve, mais plutôt de savoir si elle fait partie de celles qu'elle pouvait raisonnablement tirer. Ce n'est que si la conclusion de la Commission est déraisonnable, à la lumière de l'ensemble de la preuve, qu'elle peut être annulée. Dans la présente affaire, la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé n'avait pas la capacité de prendre des décisions en matière de traitement a de solides assises dans la preuve et ne saurait être qualifiée de déraisonnable. La conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé niait « presque totalement » sa maladie est amplement étayée par la preuve. Bien que la Commission n'ait jamais laissé entendre que l'intimé niait tous ses problèmes et ses symptômes, elle a effectivement dit, à raison, qu'il ne considérait pas ses symptômes et ses difficultés comme une maladie ou un problème pertinent à l'égard des traitements qu'on lui proposait. La Commission était justifiée de conclure, à la lumière de cette preuve, que l'intimé niait sa maladie mentale en général, et non seulement le diagnostic particulier. Ce déni était exacerbé par l'incapacité de l'intimé, en raison de son état délirant, de comprendre, comme le requiert la Loi, les renseignements pertinents à l'égard du traitement. De plus, il y avait au dossier amplement de preuve appuyant la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé était incapable d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l'acceptation ou du refus du traitement du fait qu'il n'était pas apte à évaluer (1) les effets bénéfiques possibles de la médication, (2) le fait que, sans cette médication, il est peu probable qu'il fonctionne à nouveau comme autrefois et qu'il est possible que son état continue à se détériorer, et (3) le lien entre l'absence de traitement et les décisions futures de la Commission d'examen. Vu cette preuve et l'application par la Commission du consentement et de la capacité des critères juridiques appropriés, je ne vois aucune raison justifiant une cour siégeant en révision d'annuler la décision de cette dernière.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; **arrêts mentionnés :** *T. (I.) c. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485; *U.E.S., local 298*

1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.

By McLachlin C.J. (dissenting)

R. v. Owen, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; *Khan v. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, s. 672.54 [ad. 1991, c. 43, s. 4].

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 1, 4(1), (2), 10(1)(b), 21, 70(2), 71(3), 73(2), 75, 80(1) [am. 2000, c. 9, s. 48], (9), (10).

Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7, s. 20(1) to (5).

Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 15(1).

Authors Cited

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2001.

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Macklin, Ruth. "Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients" (1982), 31 *Emory L.J.* 345.

Roth, Loren H., Alan Meisel and Charles W. Lidz. "Tests of Competency to Consent to Treatment" (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279.

Weisstub, David N. *Enquiry on Mental Competency: Final Report*. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1990.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 201 D.L.R. (4th) 123, 146 O.A.C. 121, 33 Admin. L.R. (3d) 315, [2001] O.J. No. 2283 (QL), dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court of Justice (1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211, [1999] O.J. No. 4483 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. dissenting.

c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

R. c. Owen, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; *Khan c. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, Partie XX.1, art. 672.54 [aj. 1991, ch. 43, art. 4].

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 1, 4(1), (2), 10(1)(b), 21, 70(2), 71(3), 73(2), 75, 80(1) [mod. 2000, ch. 9, art. 48], (9), (10).

Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7, art. 20(1) à (5).

Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 15(1).

Doctrine citée

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2001.

Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.

Macklin, Ruth. « Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients » (1982), 31 *Emory L.J.* 345.

Roth Loren H., Alan Meisel and Charles W. Lidz. « Tests of Competency to Consent to Treatment » (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279.

Weisstub, David N. *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final*. Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 201 D.L.R. (4th) 123, 146 O.A.C. 121, 33 Admin. L.R. (3d) 315, [2001] O.J. No. 2283 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre une décision de la Cour supérieure de justice (1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211, [1999] O.J. No. 4483 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et LeBel sont dissidents.

Leslie McIntosh and Diana Schell, for the appellant.

Anita Szigeti, as *amicus curiae*.

Daphne G. Jarvis and Barbara J. Walker-Renshaw, for the intervener the Schizophrenia Society of Canada.

Written submissions only by *Janice E. Blackburn and James P. Thomson*, for the intervener the Centre for Addiction and Mental Health.

Marshall A. Swadron and Aaron A. Dhir, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier and LeBel JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

I. Introduction

The issue in this case is whether the Ontario Consent and Capacity Board acted unreasonably in finding that Scott Jeffery Schutzman (who prefers to be called “Professor Starson” or simply “Starson”) is incapable by reason of mental illness of consenting to treatment under the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“HCCA”). I agree with Major J. that the test for capacity requires more than mere intellectual ability, and I agree on the standard of review applicable to the Board’s decision. However, I do not agree that the Board’s conclusion that Professor Starson lacked capacity to decide what treatment he should receive was unreasonable. Unlike my colleague Major J., I conclude that the Board applied the law correctly and that there was ample evidence before the Board to support a finding of incapacity. I would therefore allow the appeal.

Leslie McIntosh et Diana Schell, pour l’appelant.

Anita Szigeti, en qualité d’*amicus curiae*.

Daphne G. Jarvis et Barbara J. Walker-Renshaw, pour l’intervenante la Société canadienne de schizophrénie.

Argumentation écrite seulement par *Janice E. Blackburn et James P. Thomson*, pour l’intervenant le Centre de toxicomanie et de santé mentale.

Marshall A. Swadron et Aaron A. Dhir, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier et LeBel rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

I. Introduction

Il s’agit en l’espèce de décider si la Commission du consentement et de la capacité de l’Ontario (« Commission ») a agi de façon déraisonnable en concluant que Scott Jeffery Schutzman (qui préfère se faire appeler « professeur Starson » ou simplement « Starson ») est, pour cause de maladie mentale, incapable suivant à la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« LCSS ») de consentir à un traitement. Je souscris à l’opinion du juge Major selon laquelle le critère de détermination de la capacité requiert davantage qu’une simple aptitude intellectuelle, ainsi qu’avec son opinion sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission. Toutefois, je n’estime pas que la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable de décider du traitement qu’il devait recevoir était déraisonnable. Contrairement au juge Major, je conclus que la Commission a bien appliqué les règles de droit pertinentes et qu’elle disposait d’amplement d’éléments de preuve lui permettant de conclure à l’incapacité. Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi.

2

Professor Starson is an exceptionally intelligent man who in earlier years did remarkable work in physics and still counts leading physicists among his friends. He suffers from long-standing mental illness. He has been in and out of mental hospitals in the United States and Canada, since at least 1985. His illness has led to erratic behaviour; his tendency to utter death threats against acquaintances and strangers has repeatedly brought him into conflict with the criminal law and is the reason for his current detention. Professor Starson entertains delusions of varying severity. He talks about plans to run the “Starson Corporation” from inside his current inpatient unit; insists that he is “leading on the edge of efforts to build a starship”; claims to be a world-class skier and arm-wrestler; and has asserted that he is the greatest scientist in the world and communicates with extra-terrestrials. While Professor Starson would not agree, his illness appears to have progressed and his condition has deteriorated.

3

Professor Starson has received medication for his mental illness in the past. It successfully reduced his delusions. But it had side effects that Professor Starson did not like. The most serious of these was Professor Starson’s complaint that the medication dulled his mind and diminished his creativity. As a consequence of his past experiences with medication, Professor Starson has set his mind against all further treatment by medication. He categorically asserts that “no benefits exist for medication”, and refuses all treatment except psychoanalysis.

4

Professor Starson’s doctors have told him that new medications are available which promise much better results, with reduced negative side effects. They have also explained to him that without medication, his condition is likely to continue to

Le professeur Starson est un homme doté d’une intelligence exceptionnelle, qui a réalisé dans le passé des travaux remarquables dans le domaine de la physique et qui compte toujours des physiciens de renom parmi ses amis. Il souffre depuis longtemps de maladie mentale. Depuis 1985 au moins, il a dû être hospitalisé à de nombreuses reprises dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada. Sa maladie a occasionné chez lui des comportements étranges. La tendance qu’il a à préférer des menaces de mort contre des connaissances et des étrangers lui a souvent occasionné des problèmes avec la justice criminelle et c’est la raison pour laquelle il est présentement détenu. Le professeur Starson souffre de délires dont la gravité varie. Il parle de ses projets de diriger la [TRADUCTION] « Société Starson » à partir de l’unité d’observation dans laquelle il est hospitalisé; il affirme être [TRADUCTION] « à la fine pointe d’efforts déployés pour construire un vaisseau spatial »; il dit être un skieur et un adepte du tir au poignet (ou bras de fer) de calibre international; il prétend qu’il est le plus grand savant au monde et qu’il communique avec les extraterrestres. Le professeur Starson ne serait sans doute pas d’accord avec ce qui suit, mais sa maladie semble s’être aggravée et son état s’est détérioré.

Dans le passé, le professeur Starson a pris, à l’égard de sa maladie mentale, des médicaments qui ont permis de diminuer ses délires. Toutefois, ces médicaments produisaient des effets secondaires que le professeur Starson trouvait désagréables. Le plus grave de ces effets, de reprocher le professeur Starson, était qu’ils ralentissaient son esprit et diminuaient sa créativité. En raison de ses expériences antérieures avec des médicaments, le professeur Starson est décidé à refuser tout traitement fondé sur des médicaments. Il affirme catégoriquement que [TRADUCTION] « les médicaments ne lui procurent aucun effet bénéfique », et il refuse tout traitement à l’exception de la psychanalyse.

Les médecins du professeur Starson lui ont dit qu’il existait de nouveaux médicaments susceptibles de donner de bien meilleurs résultats, tout en produisant moins d’effets secondaires néfastes. Ils lui ont également expliqué que s’il ne prend pas de

deteriorate. Professor Starson, however, continues to refuse treatment by medication. Professor Starson's doctors have concluded that in his present condition, he does not understand the benefits of treatment with the new medications, nor does he appreciate that without treatment his condition will probably continue to deteriorate. Faced with this conclusion, which would open the door to imposed medication, Professor Starson applied to the Consent and Capacity Board for a determination that he is capable under the *HCCA* and can therefore refuse treatment. The Board found that Professor Starson is not capable. On appeal, Molloy J. set aside the Board's decision as unreasonable. The Ontario Court of Appeal confirmed her decision.

II. Standard of Review

I agree with my colleague Major J. that the Board's interpretation of the law is reviewable on a standard of correctness. On the application of the law to the facts; I agree that the Board's decision is subject to review for reasonableness. The legislature assigned to the Board the task of hearing the witnesses and assessing evidence. Absent demonstrated unreasonableness, there is no basis for judicial interference with findings of fact or the inferences drawn from the facts. This means that the Board's conclusion must be upheld provided it was among the range of conclusions that could reasonably have been reached on the law and evidence. As Binnie J. states in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33 (released concurrently), at para. 33: "If the Board's decision is such that it could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the applicable law, the court should in general decline to intervene." The fact that the reviewing court would have come to a different conclusion does not suffice to set aside the Board's conclusion.

médicaments, son état continuera vraisemblablement à se détériorer. Toutefois, le professeur Starson refuse toujours d'être traité avec des médicaments. Ses médecins ont conclu que, dans son état actuel, celui-ci ne comprend pas les effets bénéfiques d'un traitement utilisant les nouveaux médicaments, ni que, sans traitement, son état continuera vraisemblablement à se détériorer. Vu cette conclusion des médecins, qui pourrait avoir comme conséquence qu'on lui impose la médication proposée, le professeur Starson a demandé à la Commission de décider s'il est capable au sens de la *LCSS* et s'il peut, en conséquence, refuser le traitement proposé. La Commission a jugé le professeur Starson incapable. En appel, la juge Molloy a annulé la décision de la Commission, pour le motif qu'elle était déraisonnable. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de la juge Molloy.

II. La norme de contrôle applicable

À l'instar de mon collègue le juge Major, j'estime que l'interprétation du droit applicable par la Commission doit être contrôlée au moyen de la norme de la décision correcte. En ce qui concerne l'application du droit aux faits, je suis d'accord pour affirmer que la décision de la Commission doit être contrôlée au moyen de la norme de la décision raisonnable. Le législateur a confié à la Commission la tâche d'entendre les témoins et d'apprécier la preuve. Lorsque le caractère déraisonnable de la décision ne peut être démontré, les tribunaux judiciaires ne sont pas justifiés de modifier les conclusions de fait ou les inférences tirées des faits. En conséquence, la conclusion de la Commission doit être confirmée si elle fait partie de celles que la Commission pouvait raisonnablement tirer eu égard au droit et à la preuve. Comme le précise le juge Binnie, au par. 33 de l'arrêt *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33 (rendu en même temps que la présente décision) : « En règle générale, la cour devrait s'abstenir d'intervenir si la décision de la Commission est telle que les membres de la Commission ayant une bonne connaissance des faits et une perception juste du droit applicable pourraient raisonnablement se trouver en désaccord ». Le fait que la cour saisie de la demande de révision n'aurait pas conclu de la même façon que la Commission ne suffit pas pour justifier l'annulation de la conclusion de celle-ci.

III. The Legal Definition of Capacity

6

The *HCCA* confronts the difficult problem of when a mentally ill person may refuse treatment. The problem is difficult because it sets in opposition fundamental values which we hold dear. The first is the value of autonomy — the ability of each person to control his or her body and consequently, to decide what medical treatment he or she will receive. The second value is effective medical treatment — that people who are ill should receive treatment and that illness itself should not deprive an individual of the ability to live a full and complete life. A third value — societal protection — comes into play in some cases of mental illness. Where the mentally ill person poses a threat of injury to other people or to him- or herself, it may be justified to impose hospitalization on the basis that this is necessary in the interests of public safety: see s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which permits courts and Boards to impose hospitalization on an accused person found not criminally responsible on account of mental disorder, and ss. 20(1) to 20(5) of the *Ontario Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7, which permit the involuntary hospitalization of mentally ill persons under certain circumstances. Professor Starson was under a twelve-month hospital detention order pursuant to these *Criminal Code* provisions at the time of the application, having been found not criminally responsible for making death threats. However, the application with which we are concerned did not rely on public safety, so this value does not affect this appeal.

7

Ordinarily at law, the value of autonomy prevails over the value of effective medical treatment. No matter how ill a person, no matter how likely deterioration or death, it is for that person and that person alone to decide whether to accept a proposed medical treatment. However, where the individual is incompetent, or lacks the capacity, to make the decision, the law may override his or her wishes and

III. La définition légale de la capacité

La *LCSS* traite de l'épineux problème des circonstances dans lesquelles une personne atteinte d'une maladie mentale peut refuser un traitement. Le problème est épineux parce que s'opposent alors des valeurs fondamentales qui nous sont chères. La première de ces valeurs est l'autonomie — la faculté qu'a chacun de nous de prendre des décisions concernant son corps et, par conséquent, de décider du traitement médical qu'il recevra. La deuxième de ces valeurs est la possibilité de recevoir un traitement médical efficace — à savoir le fait que les personnes malades devraient être soignées et que la maladie elle-même ne devrait pas empêcher une personne de jouir pleinement de la vie. Une troisième valeur — la protection de la société — entre en jeu dans certains cas de maladie mentale. Lorsqu'une personne atteinte d'une telle maladie constitue une menace pour sa propre sécurité ou celle d'autrui, il peut être justifié de lui imposer l'hospitalisation, au motif que cette mesure est nécessaire pour assurer la sécurité du public : voir l'art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui habilite les tribunaux et les commissions d'examen à ordonner l'hospitalisation des contrevenants jugés non responsables criminellement pour cause de maladie mentale, et les par. 20(1) à (5) de la loi ontarienne intitulée *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7, qui autorisent, dans certaines circonstances, l'internement forcé de personnes atteintes de maladie mentale. Au moment de la demande, le professeur Starson était sous le coup d'une cure obligatoire de 12 mois ordonnée en vertu des dispositions du *Code criminel*, ayant été déclaré non responsable criminellement d'avoir proféré des menaces de mort. Cependant, comme la demande qui nous intéresse n'est pas fondée sur la protection de la sécurité du public, cette troisième valeur n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

En droit, la valeur fondée sur l'autonomie l'emporte généralement sur celle fondée sur la possibilité de recevoir un traitement médical efficace. Peu importe la gravité de la maladie dont souffre une personne, peu importe la probabilité que cette personne décède ou que sa santé se détériore, c'est à elle — et à elle seule — qu'il appartient de décider si elle accepte ou non le traitement médical qu'on lui

order hospitalization. For example, young children generally lack capacity to make medical decisions because of their age; thus their parents or guardians, not they, decide what medical treatment they should receive. Where mental illness deprives a person of the ability to make a decision about medical treatment, the law may permit that person's wishes to be overridden. This result flows from s. 4(1) of the *HCCA*.

There is no easy answer to the question of when a mentally ill person should be held incapable of making decisions concerning his or her medical treatment. Different societies have drawn different lines at different times. The applicable law in Ontario permits a mentally ill person to be hospitalized without consent on grounds of public safety (*Criminal Code* and *Mental Health Act*) and lack of capacity (s. 4(1) of the *HCCA*), defined as a lack of the ability "to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment . . . and . . . to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision". Moreover, as discussed in greater detail below, the definition of capacity offered in the *HCCA* is broad; incapacity is not confined to lack of rational ability to understand, but extends to lack of ability to "appreciate" or judge.

The Ontario legislature's decision to permit a mentally ill person's decision to refuse treatment to be overridden where public safety is not threatened reflects the value of promoting effective medical treatment of people suffering from mental illness. The *HCCA*'s definition of capacity offers a way out of the dilemma that is created when treatment for an illness is dependent on consent, which in turn is not forthcoming because of the illness. The way out of the dilemma lies in recognizing that the

propose. Toutefois, lorsque l'intéressé est incapable de prendre la décision, il arrive que le droit permette qu'on écarte sa volonté et qu'on ordonne son hospitalisation. Par exemple, les jeunes enfants sont généralement incapables, du fait de leur âge, de prendre des décisions d'ordre médical. Par conséquent, ce sont les parents ou tuteurs de l'enfant concerné, et non pas ce dernier, qui décident du traitement médical qu'il devrait recevoir. Lorsqu'une maladie mentale prive une personne de la capacité de prendre une décision concernant un traitement médical, il arrive que le droit permette que les désirs exprimés par cette personne soient écartés. Le paragraphe 4(1) de la *LCSS* permet d'obtenir ce résultat.

Il n'est pas facile de déterminer dans quelles circonstances une personne souffrant d'une maladie mentale doit être déclarée incapable de prendre des décisions concernant un traitement médical. Les critères varient, selon les sociétés et selon les époques. Conformément au droit applicable en Ontario, une personne atteinte de maladie mentale peut être hospitalisée sans son consentement pour des raisons de sécurité du public (*Code criminel* et *Loi sur la santé mentale*) et pour cause d'absence de capacité (*LCSS*, par. 4(1)), disposition qui définit la capacité comme étant l'aptitude « à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement [. . .] et [. . .] à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision ». De plus, comme on le verra de manière plus approfondie plus loin, la définition de capacité dans la *LCSS* est large; l'incapacité ne se limite pas à l'absence de capacité rationnelle de comprendre, mais s'entend également de l'absence de la capacité d'« évaluer » ou de juger.

La décision du législateur ontarien de permettre que la décision prise par une personne souffrant de maladie mentale soit écartée lorsque la sécurité du public n'est pas menacée témoigne de l'importance accordée à la possibilité pour les personnes atteintes de maladie mentale de recevoir un traitement médical efficace. La définition de capacité dans la *LCSS* offre une façon de sortir de l'impasse qui surgit lorsque l'administration d'un traitement pour une maladie requiert le consentement du patient, mais que ce

focus should be not only on consent but on capacity to consent. The policy of the law is that where a person, due to mental illness, lacks the capacity to make a sound and considered decision on treatment, the person should not for that reason be denied access to medical treatment that can improve functioning and alleviate suffering. Rather, that person's incapacity should be recognized and someone else appointed to make the decision for him or her.

consentement n'est pas facile à obtenir en raison de la maladie. La solution à cette impasse consiste à reconnaître qu'il faut s'attacher non seulement au consentement mais aussi à la capacité de donner ce consentement. L'idée maîtresse du droit applicable est que, dans le cas où, en raison d'une maladie mentale, une personne est incapable de prendre une décision judicieuse et réfléchie concernant un traitement, cette personne ne devrait pas se voir priver, pour ce motif, d'un traitement médical qui peut l'aider à mieux fonctionner en plus d'alléger ses souffrances. Au contraire, il faudrait reconnaître que cette personne est incapable et désigner quelqu'un pour décider à sa place.

10 At the same time, the *HCCA* preserves the value of individual autonomy. Mental illness is not conflated with incapacity. Mental illness without more does not remove capacity and autonomy. Only where it can be shown that a person is unable to understand relevant factors and appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision can treatment be imposed.

Par ailleurs, la *LCSS* protège la valeur que constitue l'autonomie individuelle. La maladie mentale n'est pas assimilée à l'incapacité. L'existence d'une maladie mentale n'écarte pas à elle seule la capacité et l'autonomie. Un traitement ne peut être imposé à une personne que si l'on peut démontrer que cette dernière n'est pas apte à comprendre les facteurs pertinents à l'égard du traitement et à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision concernant ce traitement.

11 The *HCCA* represents a careful and balanced response to the problem of accommodating the individual autonomy of the mentally ill person and the aim of securing effective treatment for mentally ill people. It says that when a mentally ill person lacks the capacity to sufficiently understand and appreciate his or her situation, authorized treatment may be imposed. This response is doubtless influenced by increased appreciation of the suffering and loss occasioned by non-violent mental illness, and the ever-expanding treatment options available as our understanding of mental illness increases. Whatever the explanation, the fact is that the legislature has chosen a test based on a nuanced conception of incapacity that includes both the ability to understand and appreciate, to be applied by the specialized Board. The courts must respect this choice.

La *LCSS* apporte une solution prudente et équilibrée au problème que pose la conciliation de l'autonomie individuelle des personnes malades et de l'objectif consistant à garantir un traitement efficace aux personnes atteintes de maladie mentale. Aux termes de la Loi, lorsqu'une personne atteinte d'une maladie mentale n'a pas la capacité pour comprendre et évaluer de façon suffisante sa situation, un traitement autorisé peut lui être imposé. Cette solution est sans doute influencée par une meilleure compréhension de la souffrance et du sentiment d'aliénation que provoquent les maladies mentales non violentes et par le choix de plus en plus varié de traitements disponibles, au fur et à mesure qu'augmentent nos connaissances sur les maladies mentales. Peu importe l'explication, le fait est que le législateur a choisi un critère reposant sur une conception nuancée de l'incapacité, qui inclut à la fois la capacité de comprendre et celle d'évaluer, et que c'est ce critère que l'organisme spécialisé doit appliquer. Les tribunaux judiciaires doivent respecter ce choix.

Against this background, I come to the test for incapacity. Section 4(1) of the *HCCA* provides:

4. (1) A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be, and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

I would summarize the four important points as follows:

1. The person is presumed to be competent and the standard of proof for a finding of incapacity is a balance of probabilities.

2. The test relates to the capacity or ability to understand and appreciate, not actual understanding and appreciation.

3. The first component of the test for capacity is that the person be “able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment” at issue.

4. The second component of the test is that the person be “able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”.

The second point, that the test relates to a person’s capacity or ability to understand and appreciate, is reflected by the use of the word “able” in relation to “understand” and “appreciate”. It means that a person cannot be found to lack capacity on the basis of lack of information about his or her illness or the fact that he or she holds contrary views to a prescribed diagnosis: see Professor D. N. Weisstub, *Enquiry on Mental Competency: Final Report* (1990), at p. 249.

While the difference between ability to understand and appreciate and actual understanding or appreciation is easily stated, it may be less easy to apply in practice. Capacity is an abstract concept. The primary means of ascertaining capacity or

C’est sur cette toile de fond que j’aborde l’examen du critère de détermination de la capacité. Le paragraphe 4(1) de la *LCSS* est ainsi rédigé :

4. (1) Toute personne est capable à l’égard d’un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d’un service d’aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement, l’admission ou le service d’aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision.

Je résumerais comme suit les quatre points importants :

1. La personne est présumée compétente et la norme de preuve applicable pour conclure à l’incapacité est la prépondérance des probabilités.

2. Le critère porte sur la capacité ou l’aptitude à comprendre et à évaluer, et non sur le résultat de ces opérations.

3. Le premier volet du critère de détermination de la capacité requiert que la personne soit « apte à comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement » en cause.

4. Le deuxième volet du critère requiert que la personne soit « apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision ».

Le second point, à savoir que le critère porte sur la capacité ou l’aptitude à comprendre et à évaluer, ressort de l’utilisation du mot « apte » avec les verbes « comprendre » et « évaluer ». Cela signifie qu’une personne ne saurait être jugée incapable parce qu’elle manque d’information sur sa maladie ou parce qu’elle n’est pas d’accord avec le diagnostic : voir le professeur D. N. Weisstub, *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final* (1990), p. 281.

Bien que la différence entre l’aptitude à comprendre et à évaluer et le résultat de ces opérations soit facile à formuler, elle est peut-être moins facile à appliquer dans les faits. La capacité est un concept abstrait. Le principal moyen de déterminer la

12

13

14

15

ability, in any context, is to look at what an individual in fact says and does. It follows that it is not an error for the Board to inquire into the actual understanding or appreciation of the person in question. At the same time, the fact that the person's actual conclusion does not agree with that of other people, for example medical experts, does not in itself demonstrate lack of understanding or capacity. In this connection, Professor Weisstub, *supra*, App. V, at pp. 421-22 states:

The test clearly refers to the ability of the patient, although there is a strong feeling that the distinction between actual understanding and the ability to understand one's situation is merely a theoretical point. While it may generally be true that actual understanding is an appropriate guide of the ability to understand, the distinction could still be important, for example, for patients who would be able to understand their situation if sedated somewhat less, or, of course, for those who have not received complete information about their situation.

16

The first component of the test for capacity is that the person be "able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment" at issue. The person must be capable of intellectually processing the information as it applies to his or her treatment, including its potential benefits and drawbacks. Two types of information would seem to be relevant: first, information about the proposed treatment; and second, information as to how that treatment may affect the patient's particular situation. Information relevant to the treatment decision includes the person's symptoms and how the proposed treatment may affect those symptoms. The patient must be able to acknowledge his or her symptoms in order to be able to understand the information relevant to a treatment decision. Agreement with a medical professional's diagnosis *per se*, or with the "label" used to characterize the set of symptoms, is not, however, required.

17

The second component of the test is that the person be "able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of

capacité ou l'aptitude d'une personne, et ce dans quelque contexte que soit, consiste à examiner ses propos et ses gestes. En conséquence, la Commission ne commet pas d'erreur en se demandant ce que la personne comprend ou quel est le résultat de son évaluation. Par ailleurs, le fait que l'intéressé ne tire pas la même conclusion que d'autres, par exemple les médecins, ne prouve pas en soi l'absence de compréhension ou de capacité. À cet égard, le professeur Weisstub, *op. cit.*, ann. V, p. 476, dit ceci :

Ce critère est manifestement défini en fonction de l'aptitude du malade, même si la distinction entre la compréhension effective de sa propre situation et l'aptitude à comprendre cette situation demeure sans doute théorique. En principe, il est peut-être vrai que la compréhension effective est un bon indice de l'aptitude à comprendre. Cependant, la distinction pourrait demeurer importante dans le cas des malades qui seraient en mesure de mieux comprendre leur situation si on leur administrait moins de sédatifs ou, bien sûr, dans le cas de ceux qui n'ont pas été entièrement informés de leur situation.

Le premier volet du critère de détermination de la capacité requiert que la personne soit « apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement » en cause. La personne doit être capable d'analyser l'information pertinente à l'égard de son traitement, y compris les effets bénéfiques et néfastes potentiels du traitement. Deux sortes de données semblent pertinentes : premièrement, l'information concernant le traitement proposé; deuxièmement, l'information concernant les répercussions possibles du traitement sur la situation du patient en question. Parmi les renseignements pertinents à l'égard de cette décision, mentionnons les symptômes que montre la personne et l'effet qu'aurait le traitement proposé sur ceux-ci. Le patient doit être capable d'admettre les symptômes qu'il présente pour être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la décision concernant le traitement. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il soit d'accord avec le diagnostic du professionnel de la santé ou avec l'« étiquette » utilisée pour qualifier l'ensemble des symptômes.

Le deuxième volet du critère requiert que la personne soit « apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de

decision”. The appreciation test has been characterized as more stringent than a mere understanding test, since it includes both a cognitive and an affective component: R. Macklin, “Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients” (1982), 31 *Emory L.J.* 345. To be capable, a patient must be able not only to understand the relevant information, but also to “appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”: s. 4(1) of the *HCCA*. “An understanding criterion focuses on a patient’s ability to acquire information, while appreciation focuses on the patient’s ability to evaluate information”: Berg et al., *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd ed. 2001), at p. 102. Appreciation seizes upon the ability of the person who is able to understand the facts (the first component) to weigh or judge and thus evaluate the foreseeable consequences of accepting or refusing treatment (the second component). Arbour J.A. (as she then was) described this distinction as follows in *Khan v. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303 (C.A.), at p. 314 (citing a Review Board’s comment): “there are situations where a person may understand in an intellectual sense the subject-matter in respect of which consent is requested and further understand the nature of the illness for which treatment is proposed and understand the treatment proposed, but his or her ability to appreciate the same as it relates to themselves may be impaired by the mental disorder”.

Commentators have identified three “common clinical indicators” of a person’s ability to appreciate the consequences of accepting or declining treatment: “whether the person is able to acknowledge the fact that the condition for which treatment is recommended may affect him or her; whether the person is able to assess how the proposed treatment and alternatives, including no treatment, could affect his or her life or quality of life; [whether] the person’s choice is not substantially based on a delusional belief”: B. F. Hoffman, *The Law of Consent*

l’absence de décision ». On a dit du critère relatif à l’évaluation qu’il est plus exigeant qu’un simple critère de compréhension, parce qu’il comporte à la fois un aspect cognitif et un aspect émotif : voir R. Macklin, « Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients » (1982), 31 *Emory L.J.* 345. Pour être considéré capable, un patient doit être non seulement apte à comprendre les renseignements pertinents mais aussi apte à « évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou de l’absence de décision » : *LCSS*, par. 4(1). [TRADUCTION] « Le critère relatif à la compréhension met l’accent sur l’aptitude du patient à assimiler des renseignements alors que le critère relatif à l’évaluation s’attache à son aptitude à évaluer cette information » : Berg et autres, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2^e éd. 2001), p. 102. L’évaluation fait appel à la capacité d’une personne — par ailleurs apte à comprendre les faits (le premier volet) — de soupeser ou juger de l’information et, par conséquent, d’évaluer les conséquences prévisibles de l’acceptation ou du refus du traitement (le deuxième volet). La juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) a décrit cette distinction de la manière suivante dans *Khan c. St. Thomas Psychiatric Hospital* (1992), 7 O.R. (3d) 303 (C.A.), p. 314 (citant un commentaire de la Commission d’examen) : [TRADUCTION] « il y a des situations où une personne peut comprendre, sur le plan intellectuel, le sujet pour lequel un consentement est exigé et comprendre également la nature de la maladie à l’égard de laquelle le traitement est proposé ainsi que le traitement lui-même, mais où sa capacité d’évaluer le traitement par rapport à sa situation particulière peut être réduite par des troubles mentaux ».

Les auteurs qui ont écrit sur le sujet ont dégagé trois [TRADUCTION] « indicateurs cliniques communs » de l’aptitude d’une personne à évaluer les conséquences de l’acceptation ou du refus du traitement : [TRADUCTION] « La personne est-elle capable d’admettre qu’elle peut être affectée par l’état à l’égard duquel le traitement est recommandé? La personne est-elle apte à évaluer en quoi le traitement proposé et les solutions de rechange, y compris l’absence de traitement, peuvent affecter sa vie ou sa qualité de vie? Le choix de la personne repose-t-il

to *Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at p. 18. These indicators provide a useful framework for identifying what “ability to appreciate” means in concrete terms.

19 Like understanding, appreciation does not require agreement with a particular conclusion, professional or otherwise. A patient may look at the pros and cons of treatment and arrive at a different conclusion than the medical experts. Nor does it amount to a “best interests” standard. A patient who is capable has the right to refuse treatment, even if that treatment is, from a medical perspective, in his or her best interest. It is crucial to guard against interpreting disagreement with a particular diagnosis or proposed treatment plan as itself evidence of incapacity. But just as it is important to protect patients’ capable wishes to refuse treatment, so is it important to ensure that patients who are not capable of making treatment decisions receive appropriate treatment.

IV. Application to the Facts

20 The Consent and Capacity Board, composed in this case of a psychiatrist, a lawyer and a community member, heard from Professor Starson, two of his physicians and his solicitor. It also read letters written by Professor Starson’s friends and acquaintances affirming their belief in his mental capacity. Based on this evidence, the Board found: (1) “[C]lear and cogent evidence was presented that the patient is suffering from a chronic mental disorder, likely a bipolar disorder with psychotic features” (TO-98/1320, January 24, 1999, at p.15); (2) Professor Starson’s denial that he has any type of mental illness “is almost total” (p. 16); (3) without acknowledgment that he has some type of mental disorder and that his behaviour is being affected by that disorder, Professor Starson “cannot understand the information provided to him . . . because he cannot relate it to his particular disorder” (p. 17); (4) Professor Starson “cannot understand the potential benefits

essentiellement sur des illusions? » : voir B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 18. Ces indicateurs constituent un cadre utile pour déterminer ce que signifie concrètement l’expression « apt[itude] à évaluer ».

Tout comme à l’étape de la compréhension, il n’est pas nécessaire, à l’étape de l’évaluation, que le patient donne son assentiment à une conclusion particulière, professionnelle ou autre. Le patient peut considérer les arguments favorables et les arguments défavorables au traitement et arriver à une conclusion différente de celle des experts médicaux. Le critère relatif à l’évaluation n’équivaut pas non plus à une norme fondée sur « l’intérêt » du patient. Un patient capable a le droit de refuser un traitement, même si, d’un point de vue médical, ce traitement est dans son intérêt. Il est très important de ne pas interpréter un désaccord au sujet d’un diagnostic donné ou du traitement proposé comme constituant en soi une preuve d’incapacité. Cependant, autant il importe de respecter le désir qu’a exprimé un patient, pendant qu’il était capable, de refuser un traitement, autant il importe de veiller à ce que les patients qui sont incapables de prendre une décision concernant un traitement reçoivent un traitement approprié.

IV. L’application aux faits

Le comité de la Commission de révision du consentement et de la capacité — qui était composé en l’espèce d’un psychiatre, d’un avocat et d’un membre de la collectivité — a entendu le professeur Starson ainsi que deux de ses médecins et son avocate. Le comité a également pris acte de lettres écrites par des amis et des connaissances du professeur Starson, dans lesquelles ces personnes ont confirmé leur foi dans ses capacités mentales. À la lumière de cette preuve, le comité a tiré les conclusions suivantes : (1) [TRADUCTION] « [O]n a présenté des éléments de preuve clairs et décisifs démontrant que le patient souffre de troubles mentaux chroniques, vraisemblablement des troubles bipolaires comportant des caractéristiques psychotiques » (TO-98/1320, 24 janvier 1999, p. 15); (2) le professeur Starson nie [TRADUCTION] « presque totalement » souffrir de quelque maladie mentale que ce soit (p. 16); (3) s’il n’admet pas qu’il souffre de

of the medication” proposed (p. 17), and “seems unable to appreciate that efforts will be made to reduce the incidence of past side effects by using more benign medications” (p. 18); (5) “[w]ithout some treatment, it is unlikely [Professor Starson] will ever return to his previous level of functioning” (p. 17); to the contrary, “the literature is clear that an untreated Bipolar Disorder is likely to result in further deterioration over time” (p. 17).

From all this, the Board concluded that, despite Professor Starson’s high level of cognitive functioning, his manic and delusional symptoms prevent him from being able to understand the relevant information and to appreciate the nature of his condition and the reasonably foreseeable consequences of refusing the proposed course of treatment.

The first question is whether the Board applied the proper legal test. Here the Board was required to be correct. In my view, it was. First, the Board’s reasons make it clear that it was considering Professor Starson’s capacity, not the wisdom of his decision to refuse treatment. The Board referred to Professor Starson’s actual understanding and acknowledgement. But this was in relation to the ultimate question of whether he was able to understand his illness and the benefits and disadvantages of medication. The Board reasoned that the absence of understanding and acknowledgement of his condition rendered Professor Starson unable to understand the factors relevant to making a decision about treatment and unable to appreciate the consequences of lack of treatment. This was not an error, as Molloy J. suggested ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211 (Ont. S.C.J.) at para. 74). Rather, it followed the accepted approach to ascertaining ability: see Hoffman, *supra*,

certain troubles mentaux et que son comportement est affecté par ces troubles, le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre les renseignements qui lui sont donnés [. . .] parce qu’il ne peut établir de lien entre ces renseignements et les troubles particuliers dont il souffre » (p. 17); (4) le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre les effets bénéfiques potentiels de la médication » proposée (p. 17) et il [TRADUCTION] « semble incapable de saisir que des efforts seront faits afin de réduire la fréquence des effets secondaires qui se sont produits dans le passé, par l’utilisation de médicaments moins forts » (p. 18); (5) [TRADUCTION] « en l’absence de traitement, il est peu probable que le [professeur Starson] fonctionne à nouveau comme auparavant » (p. 17); au contraire, [TRADUCTION] « il ressort clairement de la littérature que des troubles bipolaires non traités entraînent vraisemblablement une détérioration additionnelle de l’état avec le temps » (p. 17).

La Commission a conclu de tout ceci que, malgré le degré élevé de fonctionnement cognitif du professeur Starson, ses symptômes de manie et de délire l’empêchent de comprendre les renseignements pertinents et d’évaluer la nature de son état et les conséquences prévisibles du refus de consentir au traitement proposé.

La première question consiste à déterminer si la Commission a appliqué le bon critère légal. Sur ce point, la décision de la Commission se devait d’être exacte. À mon avis, elle a pris la bonne décision. Premièrement, il ressort clairement des motifs de la Commission qu’elle a tenu compte de la capacité du professeur Starson et non pas de la sagesse de la décision de celui-ci de refuser le traitement. La Commission a effectivement parlé de ce que le professeur Starson comprenait et admettait, mais c’était en rapport avec la question qu’elle devait trancher en bout de ligne, soit celle de savoir s’il était apte à comprendre sa maladie ainsi que les effets bénéfiques et les effets néfastes de la médication. La Commission a estimé que le fait que le professeur ne comprenait pas son état et ne l’admettait pas le rendait incapable de comprendre les facteurs pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement et incapable d’évaluer les conséquences de l’absence

21

22

at p. 18. As for the Board's preliminary expression of sympathy for Professor Starson's actual situation, this should be taken for what it is — an expression of concern. It does not show that the Board focussed on the wisdom of refusing treatment rather than on Professor Starson's capacity.

23 The remaining question is whether the Board's conclusion that Professor Starson lacked capacity under s. 4(1) of the *HCCA* was unreasonable. The issue here is not whether the Board's conclusion was the best conclusion on the evidence. It is rather whether it is among the range of conclusions that the Board could reasonably have reached. Only if the Board's conclusion is unreasonable, having regard to the whole of the evidence, can it be set aside.

24 It is said that the Board acted unreasonably: (1) in concluding that Professor Starson's denial of his illness was "almost total" and (2) in concluding that Professor Starson lacked the ability to appreciate the consequences of refusing treatment. These errors are said to render the Board's ultimate conclusion of incapacity unreasonable. In fact, the Board's conclusions on these matters find ample support in the evidence.

A. *Professor Starson's Denial of his Illness*

25 I turn first to the Board's conclusion that Professor Starson's denial of his illness was "almost total". Before addressing the question of what the Board found in this respect and whether the record supported it, it should be pointed out that a conclusion of denial or lack of acknowledgement of one's condition is one of the three "common clinical indicators" of inability to appreciate the consequences of accepting or declining treatment under s. 4(1) of the *HCCA*: Hoffman, *supra*. The Board properly

de traitement. Contrairement à ce qu'a laissé entendre la juge Molloy ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211 (C.S.J. Ont.), par. 74), cette conclusion ne constituait pas une erreur, mais découlait plutôt de l'application de la méthode reconnue en matière de détermination de la capacité : voir Hoffman, *op. cit.*, p. 18. Quant à la sympathie exprimée par la Commission au début de ses motifs à l'égard de la situation du professeur Starson, elle doit être interprétée pour ce qu'elle est — un témoignage de sollicitude. Elle n'indique pas que la Commission s'est attachée à la sagesse du refus du traitement plutôt qu'à la capacité du professeur Starson.

La seule question qui reste à trancher consiste à décider si la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson n'avait pas la capacité requise au sens du par. 4(1) de la *LCSS* était déraisonnable. Il ne s'agit pas de décider si cette conclusion était la meilleure eu égard à la preuve, mais plutôt de savoir si elle fait partie des conclusions que la Commission pouvait raisonnablement tirer. Ce n'est que si la conclusion de la Commission est déraisonnable, eu égard à l'ensemble de la preuve, qu'elle peut être annulée.

On prétend que la Commission a agi déraisonnablement en concluant (1) que le professeur Starson niait « presque totalement » sa maladie et (2) qu'il était incapable d'évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement. On affirme que ces erreurs rendent déraisonnable la conclusion d'incapacité prononcée en bout de ligne par la Commission. En fait, les conclusions de la Commission sur ces questions sont amplement étayées par la preuve.

A. *La négation par le professeur Starson de l'existence de sa maladie*

Je vais d'abord examiner la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson nie « presque totalement » sa maladie. Toutefois, avant de voir quelles ont été les constatations de la Commission à cet égard et si elles étaient appuyées par le dossier, je dois souligner que la négation par une personne de son état ou son refus de l'admettre est un des trois « indicateurs cliniques communs » de l'inaptitude à évaluer les conséquences de l'acceptation ou du refus du traitement, pour

recognized this and grounded its conclusions on Professor Starson's incapacity in large part on his inability to acknowledge the condition for which treatment was recommended.

With respect, Molloy J., whose conclusions were endorsed by the Court of Appeal and by my colleague Major J., seems to have misunderstood the Board's assertion that Professor Starson's denial of his illness was "almost total". Molloy J. took this to mean that he did not accept that he had any mental problems of any sort. Interpreting the phrase in this manner, Molloy J. concluded that since the evidence shows some awareness of mental abnormality, the Board erred.

The evidence of Professor Starson's physicians, and in particular Dr. Swayze, was that Professor Starson was in denial of his disorder. But this evidence was not intended to convey that Professor Starson denied all aspects of his mental illness. The Board acknowledged that Professor Starson was aware of the fact that his mind functioned differently. Professor Starson acknowledged in the Board hearing that he had "exhibited the symptoms of these labels that you give". He realized that he had mental problems and had difficulty dealing with others, and indeed was prepared to accept psychotherapy to address these problems. What the Board found was that he denied suffering from a mental disorder: "Despite overwhelming evidence to the contrary he continues to deny that he has a mental disorder". It reached this conclusion in the following context, at pp. 16-17:

The patient's denial is almost total. He did concede when questioned by Dr. Swayze, that he might have had some difficulties, but these have not led to any threats towards others. This was contrary to the evidence presented and his acknowledgment to Dr. Swayze when questioned,

l'application du par. 4(1) de la LCSS : Hoffman, *op. cit.* La Commission a bien tenu compte de ce facteur et elle a dans une large mesure fondé ses constatations concernant l'incapacité du professeur Starson sur le fait qu'il était incapable d'admettre l'état à l'égard duquel le traitement était recommandé.

En toute déférence, la juge Molloy — dont les conclusions ont été adoptées par la Cour d'appel et par mon collègue le juge Major — semble avoir mal compris l'affirmation de la Commission selon laquelle le professeur Starson niait « presque totalement » sa maladie. La juge Molloy a considéré que la Commission voulait dire que le professeur Starson n'admettait pas souffrir de quelque problème de santé mentale que ce soit. Interprétant ces mots de cette façon, la juge Molloy a conclu que la Commission avait commis une erreur, étant donné que la preuve démontre une certaine conscience chez le professeur Starson de l'anormalité de son état mental.

Les médecins du professeur Starson, en particulier le Dr Swayze, ont témoigné que le professeur Starson niait l'existence de ses troubles mentaux. Cependant, ces témoignages ne visaient pas à indiquer que le professeur Starson niait tous les aspects de sa maladie mentale. La Commission a reconnu que le professeur Starson était conscient du fait que son cerveau fonctionnait différemment. À l'audience de la Commission, le professeur Starson a admis ceci : [TRADUCTION] « j'ai [. . .] présenté les symptômes correspondant aux étiquettes que vous utilisez ». Il réalisait parfaitement qu'il souffrait de troubles mentaux et qu'il avait de la difficulté à s'entendre avec les autres, et il était d'ailleurs disposé à suivre des traitements de psychothérapie pour soigner ces problèmes. La conclusion qu'a tirée la Commission est qu'il niait souffrir de troubles mentaux : [TRADUCTION] « Malgré l'abondante preuve à l'effet contraire, il continue de nier qu'il souffre de troubles mentaux ». La Commission a tiré cette conclusion dans le contexte suivant (aux p. 16-17) :

[TRADUCTION] Le patient nie presque totalement sa maladie. Lorsqu'il a été interrogé par le Dr Swayze, il a effectivement admis qu'il avait pu éprouver certaines difficultés, mais que celles-ci ne l'avaient pas amené à menacer autrui. Cette affirmation contredisait la preuve

26

27

was in contradiction to total denial in the past to both Dr. Swayze and Dr. Posner of the presence of any disorder. Thus, even the small concession to Dr. Swayze of some past difficulties when he was questioned did not seem to be a significant acknowledgement of the existence of the illness.

Accepting that a patient “should not simply be deemed incapable because he or she does not agree with the diagnosis,” the Board correctly responded that “the issue is more complex” and what is required is “that the patient understand that he or she has a mental disorder of some type, if the evidence establishes the presence of a disorder” (p. 16). It was only then and in this sense, that the Board stated that “[t]he patient’s denial is almost total,” expressly adding in the same sentence that Professor Starson “did concede . . . that he might have had some difficulties, but [that] these have not led to any threats towards others” (p. 16).

28 The Board’s appraisal, including its conclusion of “almost total” denial of a mental disorder, is fully supported by the record. The Board never suggested that Professor Starson denied all his difficulties and symptoms; indeed, it expressly acknowledged this. The Board did suggest, entirely accurately, that Professor Starson did not see his symptoms and difficulties as an illness or a problem relevant to the proposals for treatment.

29 I cite only a few excerpts from the record to show that evidence existed upon which the Board could reasonably have concluded Professor Starson was in denial about his mental disorder. His doctors testified that:

Dr. Swayze:

- His understanding was that indeed, he did not and has not suffered from any psychiatric disorder, particularly not from a mood or psychotic disorder.

présentée, et son aveu au Dr Swayze lorsque interrogé par celui-ci, était en contradiction avec le déni total de l’existence d’un quelconque trouble qu’il avait exprimé antérieurement en présence du Dr Swayze et du Dr Posner. Par conséquent, même la mince concession faite au Dr Swayze admettant certaines difficultés dans le passé ne semblait pas constituer un aveu tangible de l’existence de sa maladie.

Reconnaissant qu’un patient [TRADUCTION] « ne devrait pas tout bonnement être présumé incapable parce qu’il n’accepte pas le diagnostic », la Commission a à juste titre répondu que [TRADUCTION] « la question est plus complexe » et que ce qui est requis c’est [TRADUCTION] « que le patient comprenne qu’il souffre de troubles mentaux donnés, si la preuve démontre la présence de tels troubles » (p. 16). C’est uniquement à ce moment-là et en ce sens-là que la Commission a déclaré que [TRADUCTION] « [l]e patient nie presque totalement » sa maladie, ajoutant expressément, dans la même phrase, que le professeur Starson « a effectivement admis [. . .] qu’il avait pu éprouver certaines difficultés, mais que celles-ci ne l’avaient pas amené à menacer autrui » (p. 16).

L’appréciation de la Commission, y compris sa conclusion que le patient nie « presque totalement » sa maladie est pleinement étayée par le dossier. La Commission n’a jamais affirmé que le professeur Starson niait tous ses problèmes et ses symptômes; de fait, elle a expressément reconnu qu’il les admettait. Elle a toutefois dit, à raison, que le professeur Starson ne considérait pas ses symptômes et ses difficultés comme une maladie ou un problème pertinent à l’égard des traitements qu’on proposait.

Je ne vais citer que certains extraits du dossier pour démontrer qu’il existait des éléments de preuve qui auraient permis à la Commission de conclure raisonnablement que le professeur Starson niait ses troubles mentaux. Ses médecins ont affirmé ce qui suit :

Dr Swayze :

- De fait, selon sa vision des choses, il ne souffre pas ni n’a jamais souffert de quelque trouble psychotique que ce soit, particulièrement de troubles de l’humeur ou de troubles psychiatriques.

- Professor Starson claims that “[h]e has no disorder”.

Dr. Posner:

- He does not understand “that he has a mental illness”.
- He did “not understand in any way, shape or form that he had a mental illness . . .”.
- He has exhibited a “complete lack of understanding of him having his own mental illness”.

Professor Starson refused to answer directly whether he was mentally ill or not. However, his evidence at other points supports denial of mental illness: “I did have mental problems 13 years ago that were difficult, almost impossible for me to handle. What I differ on is that the cause of these problems was not a mental illness”. His medical charts indicated that, when asked about his opinion as to whether he suffered from a disorder, he responded “I have no opinions. You are a religion. I have the perfect scientific mind. Only you people say I have an illness”.

The Board was amply entitled to conclude from this evidence that Professor Starson was in denial about his mental illness generally, and not just about the specific diagnosis.

This denial was compounded by Professor Starson’s refusal to acknowledge any benefits of medication whatsoever, even in the abstract. Although I base my opinion that the Board’s conclusion was reasonable primarily on Professor Starson’s clear lack of appreciation of the foreseeable consequences of refusing treatment, he also appears to have lacked the ability to understand the information relevant to making a treatment decision, as required by the *HCCA*. Like a cancer patient advised to undergo chemotherapy or a diabetic advised to inject insulin, a mentally ill patient advised to take antipsychotic medication must be

- Le professeur Starson affirme qu’[TRADUCTION] « [i]l ne souffre d’aucun trouble ».

Dr Posner :

- Il ne comprend pas [TRADUCTION] « qu’il souffre d’une maladie mentale ».
- Il [TRADUCTION] « ne comprenait aucunement qu’il souffrait d’une maladie mentale . . . ».
- Il démontre une [TRADUCTION] « [a]bsence totale de conscience de sa propre maladie mentale ».

Le professeur Starson a refusé de répondre directement à la question de savoir s’il souffre ou non de troubles mentaux. Toutefois, le témoignage qu’il a rendu à d’autres moments étaye la prétention selon laquelle il nie souffrir de maladie mentale. [TRADUCTION] « J’ai souffert il y a 13 ans de problèmes mentaux qu’il m’était difficile, voire presque impossible de gérer. Mon désaccord tient à ce que pour moi la cause de ces problèmes n’était pas une maladie mentale ». Les notes médicales le concernant indiquent que, lorsqu’on lui a demandé son opinion relativement à la question de savoir s’il souffrait de troubles, il a répondu : [TRADUCTION] « [J]e n’ai pas d’opinions. Vous êtes une religion. Je possède l’esprit scientifique parfait. Vous êtes les seuls à dire que je souffre d’une maladie ».

La Commission était amplement justifiée de conclure, à la lumière de cette preuve, que le professeur Starson niait sa maladie mentale en général, et non seulement le diagnostic particulier.

Ce déni était exacerbé par le refus du professeur Starson de reconnaître quelque effet bénéfique que ce soit à la médication, même dans l’abstrait. Bien que je fonde mon opinion selon laquelle la conclusion de la Commission était raisonnable principalement sur l’absence manifeste de compréhension par le professeur Starson des conséquences prévisibles du refus de consentir au traitement, il semble également qu’il n’avait pas, comme l’exige la *LCSS*, la capacité de comprendre les renseignements pertinents à l’égard de la prise d’une décision concernant le traitement. À l’instar des patients atteints du cancer à qui l’on conseille de suivre des traitements

30

31

32

able to understand its benefits and drawbacks in order to be deemed capable of making a treatment decision. This, in turn, requires a willingness to consider, whether or not he or she chooses to follow, the scientific evidence regarding its effectiveness. The record suggests that Professor Starson not only refused to do this, but was in fact unable to because of his delusional state.

33

By way of example, I cite the following passages from the record:

Dr. Swayze:

We then attempted to review, or I attempted to review the risks and benefits of those medications and was, once again, quickly interrupted: All chemicals are rejected with the understanding by myself that that inferred that there were no medications which were amenable or appropriate for a bipolar disorder or psychotic episode and that there was no consideration, that those would be appropriate under any circumstances.

I've attempted to focus on the issue of the benefit of those medications. "None exist." Then canvass the area of risk involved in rejecting medications and was told, in no uncertain terms, that once again the medications were chemicals. They should be rejected and that there was no risk of rejecting them, as they would, in fact, inflict injury upon any person foolish enough to accept them. [Emphasis added.]

Dr. Posner:

I wanted to try to appeal to his formerly objective side by explaining to him that two patients [he said he knew who died from taking Haldol] does not make a fact. Two patients are two observations. You know, in science, when we're trying to gather data in psychiatry, when we're trying to gather data on the effects and the mal-effects of neuroleptic medications or anything, we look at population data, we look at collections of many different reports of adverse side effects. And yes, you could find any medication at all that had two deaths associated

de chimiothérapie ou des diabétiques à qui l'on conseille de s'injecter de l'insuline, le patient souffrant d'une maladie mentale à qui l'on conseille de prendre des antipsychotiques doit être capable de comprendre les effets bénéfiques et les inconvénients de ces médicaments afin d'être présumé capable de prendre une décision concernant un traitement. Corollairement, cela requiert du patient qu'il soit disposé à tenir compte — qu'il accepte ou non en définitive de suivre le traitement — de la preuve scientifique concernant l'efficacité de celui-ci. Il ressort du dossier que le professeur Starson a non seulement refusé de faire cela, mais que, dans les faits, il était incapable de le faire en raison de son délire.

À titre d'exemple, je cite les passages suivants du dossier :

Dr Swayze :

[TRADUCTION] Nous avons ensuite tenté d'examiner, ou plutôt j'ai tenté d'examiner les risques et les effets bénéfiques de ces médicaments et, une fois de plus, j'ai été rapidement interrompu : toutes les substances chimiques ont été rejetées et, selon ce que j'ai compris, aucun médicament n'était approprié pour traiter les troubles bipolaires ou psychotiques et il n'était aucunement question que ces médicaments puissent être appropriés dans quelque circonstance que ce soit.

J'ai tenté de mettre l'accent sur les effets bénéfiques de ces médicaments. « Il n'en existe aucun. » Puis j'ai examiné la question du risque que comporte le refus de prendre des médicaments et je me suis fait dire une fois de plus, en termes non équivoques, que les médicaments étaient des substances chimiques. Ils doivent être rejetés et il n'y a aucun risque à les rejeter, car, en fait, ils seraient dommageables à quiconque serait assez stupide pour les prendre. [Je souligne.]

Dr Posner :

[TRADUCTION] Je voulais tenter de faire appel à son esprit objectif d'antan en lui expliquant que l'exemple de deux patients [qui, a-t-il affirmé, seraient décédés parce qu'ils avaient pris de l'Haldol] ne permet pas d'en tirer une règle. Deux patients constituent deux observations. Vous savez, en science, lorsque nous tentons de recueillir des données en psychiatrie, lorsque nous tentons de recueillir des données sur les effets et les effets néfastes des médicaments neuroleptiques ou quoi que ce soit d'autre, nous examinons des données sur des

with — although one might argue, so close to home — he might have overemphasized those in his own mind.

But he shocked me to pieces on that one, metaphorically, that is and [he] explained that Haldol was a toxic agent. It killed people. We killed people, he went on, with Haldol. This was part of the religion or — the religion of psychiatry's way of . . . And he didn't really go on after that. We sort of finished things up.

But it convinced me that not only did he not understand in any way, shape or form that he had a mental illness, but that it was impossible at this point to explore with him benefits of medications obviously because that would be tied to an understanding of the need to take them, or a treatment go. But also to explore in any way side effects, negative adverse effects. [Emphasis added.]

The Board could reasonably have concluded from the evidence before it that Professor Starson, despite his high intelligence in the area of physics, was unable to understand the information relevant to a treatment decision involving his mental health.

B. Professor Starson's Inability to Appreciate the Consequences of Refusing Treatment

Nor did the Board err in its conclusion that Professor Starson lacked the ability to appreciate the reasonably foreseeable consequences of accepting or refusing treatment. Here again, Molloy J.'s analysis, with respect, seems to misread the Board's conclusion as asserting that the proposed medications promised a cure and Professor Starson's resumption of scientific work, and then to argue that the record does not support this. My colleague Major J. likewise emphasizes at para. 98 that it was unclear whether the proposed treatment would "facilitate a 'normal functioning level'".

populations, nous étudions des collections de nombreux rapports différents sur les effets secondaires indésirables. Et, effectivement, il est possible de trouver un médicament auquel on peut rattacher deux décès — bien qu'on puisse peut-être dire, vu qu'il est tellement concerné — qu'il a pu exagérer l'importance des décès dans son cas.

Mais il m'a fait tomber à la renverse, au figuré s'entend, lorsqu'[il] a expliqué que l'Haldol était un agent toxique. Que ce médicament tuait des gens. Il a poursuivi en affirmant qu'on tuait des gens avec l'Haldol. Cela faisait partie de la religion ou — de la religion que constitue la façon dont la psychiatrie [. . .] Puis, il a pratiquement cessé de parler après cela. Nous avons en quelque sorte mis fin à notre discussion.

Mais cela m'a convaincu que non seulement il ne comprenait aucunement qu'il souffrait d'une maladie mentale, mais également qu'il était impossible à ce moment-là de discuter avec lui des effets bénéfiques des médicaments de toute évidence parce que cela requerrait qu'il comprenne qu'il avait besoin de les prendre, ou qu'il donne le feu vert au traitement. Mais, également, de discuter des effets secondaires indésirables quels qu'ils soient. [Je souligne.]

La Commission pouvait raisonnablement conclure, eu égard à la preuve dont elle disposait, que malgré ses grandes connaissances dans le domaine de la physique le professeur Starson était incapable de comprendre les renseignements pertinents à l'égard d'une décision concernant un traitement relatif à sa santé mentale.

B. L'incapacité du professeur Starson d'évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement

La Commission n'a pas non plus fait erreur en concluant que le professeur Starson était incapable d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l'acceptation ou du refus du traitement. Ici encore, j'estime en toute déférence que, dans son analyse, la juge Molloy semble, d'une part, avoir mal interprété la conclusion de la Commission et considéré qu'elle signifiait que la médication proposée promettait la guérison du professeur Starson et la reprise de ses travaux scientifiques, puis, d'autre part, avoir avancé que ces affirmations ne sont pas étayées par le dossier. Dans la même veine, mon collègue le juge Major souligne qu'il était incertain que le traitement proposé « favoriserait un "fonctionnement normal" » (par. 98).

34

35

36

This, with respect, misses the point. The issue is not the efficacy of the proposed treatment or what would be in the patient's best interests, but the capacity of Professor Starson to make decisions about treatment under s. 4(1) of the *HCCA* — whether Professor Starson is able “to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision”. As a practical matter, capacity hearings will arise when doctors believe that treatment would improve a patient's functioning. However, the issue in the hearing is not the merits of medication or other treatment, but the patient's ability to understand and appreciate the benefits and drawbacks of treatment or lack thereof.

37

There was ample evidence in the record to support the Board's conclusion that Professor Starson was unable to appreciate the reasonably foreseeable consequences of accepting or refusing treatment. I cite some of the evidence below:

Dr. Swayze:

[He] does not understand the ramifications on himself, does not appreciate that there are treatment options which are legitimate, nor does he appreciate the risks of rejecting those.

Dr. Posner:

- I feel he is not capable to make consent — to make treatment decisions on his own behalf in any way, shape or form. Professor Starson cannot even be engaged in a discussion of a mental illness as it pertains to him. He can't be engaged in the use of medications as they pertain to him.
- [A]ll of the above virtually rules out discussing the consequences or appreciating the consequences of not taking medications.
- ... Professor Starson, despite the fact that he may be able to reiterate and he's got a good memory, I don't have any doubt, CPS-like side effects, I don't believe that he has any appreciation whatsoever of what those side effects could mean in terms of

En toute déférence, là n'est pas la question. Il ne s'agit pas de se prononcer sur l'efficacité du traitement proposé ou sur ce qui est dans l'intérêt du patient, mais plutôt sur la capacité du professeur Starson de prendre des décisions concernant le traitement au regard du par. 4(1) de la *LCSS* — c'est-à-dire se demander si le professeur Starson est apte « à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision ». En pratique, on tient une audience relative à la capacité d'un patient lorsque les médecins croient qu'un traitement améliorerait le fonctionnement de ce dernier. Toutefois, l'audience ne porte pas sur le bien-fondé de la médication ou de tout autre traitement proposé, mais sur la capacité du patient de comprendre et d'évaluer les effets bénéfiques et les désavantages du traitement ou de l'absence de traitement.

Il y avait amplement de preuve au dossier pour appuyer la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles de l'acceptation ou du refus du traitement. Je cite ci-dessous certains extraits des témoignages :

Dr Swayze :

[TRADUCTION] [II] ne comprend pas les répercussions sur sa personne, il ne saisit pas qu'il existe des traitements qui sont légitimes, il ne comprend pas les risques du rejet de ces solutions.

Dr Posner :

[TRADUCTION]

- J'estime qu'il n'est pas capable de donner son consentement — de prendre lui-même, de quelque façon que ce soit, des décisions en matière de traitement. On ne peut même pas discuter avec le professeur Starson d'une maladie mentale le concernant. On ne peut aborder avec lui l'utilisation de médicaments relativement à son état.
- [T]out ce qui précède exclut virtuellement toute discussion ou évaluation des conséquences de l'absence de médication.
- le professeur Starson, malgré le fait qu'il soit capable de réciter — et il est doté d'une bonne mémoire je n'ai aucun doute à cet égard — des effets secondaires comme ceux mentionnés dans des documents tel le CPS, je ne crois pas qu'il comprenne de

him. And I don't think he has the ability to engage in a discussion of any sort that would allow him to become more knowledgeable in that area. I mean, at least argue on a rational basis. No, I don't think he could do that.

So I don't think he meets any of the sort of criteria for capability of making treatment decisions and I don't think he's — I don't even think he's close on any of them.

- ... I can say that none of that intelligence [in physics] bears any — has any role in his understanding — has not contributed to his understanding of mental illness. In fact, in an indirect way, all that intelligence may be reinforcing his delusional system. He may be using it to perpetuate things. Maybe at a faster or more impressive rate than the average delusional patient.

One of the things about delusions is that when you develop these kinds of illnesses, you can't effectively evaluate what happens on around you, so you begin to construct your own reality. Sometimes you borrow it from the Bible, from science fiction, from whatever source. Sometimes, especially if you're smart enough, if you've got enough raw intelligence, you build it yourself, perhaps on a skeleton of something else. And I think that's where the intelligence has gone. I don't think it's certainly gone into understanding that he has a mental illness. [Emphasis added.]

These medical conclusions were well-founded in more particular evidence. The Board concluded that on the evidence before it, Professor Starson was not able to appreciate the consequences of deciding to refuse treatment because of his lack of ability to appreciate three things: (1) the possible benefits of the medication; (2) the fact that absent medication it is unlikely he will ever return to his previous level of functioning and his condition may continue to deteriorate; and (3) the relationship between lack of treatment and future dispositions by the Ontario Review Board (under the *Criminal Code*, Part XX.1). I will discuss each of these conclusions in turn, showing how the evidence supported them.

quelque façon que ce soit les conséquences de ces effets secondaires en ce qui le concerne. Et je ne crois pas qu'il soit capable d'avoir une quelconque discussion qui lui permettrait d'en apprendre sur ce sujet. Je veux dire, à tout le moins, discuter d'une manière rationnelle. Non, je ne crois pas qu'il puisse faire cela.

Par conséquent, je ne crois pas qu'il satisfasse à l'un ou l'autre des critères relatifs à la capacité de prendre des décisions en matière de traitement et je ne pense pas — je ne crois même pas qu'il soit près d'y satisfaire.

- ... je peux affirmer qu'aucune de ses connaissances [en physique] ne joue un quelconque — n'a un quelconque rôle dans sa compréhension — ne contribue à sa compréhension de la maladie mentale. En fait, de manière indirecte, toutes ces connaissances renforcent peut-être son délire. Il est possible qu'il les utilise pour perpétuer des choses. Peut-être à un rythme plus rapide ou plus impressionnant que le patient moyen souffrant de délire.

Un des aspects du délire est que, lorsque quelqu'un est atteint de ce genre de maladie, cette personne ne peut évaluer d'une manière efficace ce qui se passe autour d'elle, alors elle commence à bâtir sa propre réalité. Parfois elle l'emprunte à la Bible, à la science-fiction, à une autre source. Parfois, surtout s'il s'agit d'une personne suffisamment intelligente, possédant assez d'intelligence brute, elle bâtit sa propre réalité, peut-être sur les bases de quelque chose d'autre. Et je crois que c'est à cela que s'est attachée l'intelligence ici. Je ne crois pas qu'il l'ait vraiment appliquée à comprendre qu'il souffre d'une maladie mentale. [Je souligne.]

Ces conclusions d'ordre médical étaient solidement étayées par des éléments de preuve plus précis. La Commission a conclu que, eu égard à la preuve dont elle disposait, le professeur Starson n'était pas apte à évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement, et ce parce qu'il était incapable d'évaluer trois choses : (1) les effets bénéfiques possibles de la médication; (2) le fait que, sans cette médication, il est peu probable qu'il fonctionne à nouveau comme autrefois, et que son état pourrait continuer à se détériorer; (3) le lien entre l'absence de traitement et les décisions futures de la Commission ontarienne d'examen (prononcées en vertu de la partie XX.1 du *Code criminel*). Je vais examiner, tour à tour, chacune de ces conclusions et démontrer en quoi elles étaient appuyées par la preuve.

39

The first finding is that Professor Starson lacked the ability to appreciate “the possible benefits” of treatment. The Board correctly framed the issue not in terms of whether Professor Starson accepts that a particular treatment will benefit him (as Molloy J. suggests) but whether he is able to appreciate “the possible benefits” of treatment. The Board’s reasons for concluding that Professor Starson lacked this ability go back to his inability to understand and acknowledge his condition. One cannot appreciate the benefits of treatment unless one understands and appreciates the need for treatment. As a result of this inability Professor Starson simply cannot, to use the Board’s phrase, “relate [the treatment] to his particular disorder” (p. 17). There are two aspects here: the ability to appreciate and the possible benefits of treatment. I have already reviewed the evidence on lack of ability to appreciate treatment matters. On the second aspect, Molloy J. correctly points out that the record does not indicate promises by Professor Starson’s doctors of a total return to normal functioning. There was evidence before the Board showing a reasonable prospect of improvement with the proposed treatment, with fewer negative side effects. The fact that doctors did not guarantee a cure did not make unreasonable the Board’s conclusion that Professor Starson was incapable of appreciating the reasonably foreseeable consequences of treatment. There was ample evidence that the newer medications might yield positive benefits with fewer negative side effects. The following are unchallenged references to the evidence, as reproduced by the Board:

- Doctor Swayze emphasized that there is a window of opportunity at last to treat the patient. (p. 6)
- [I]t was [Dr. Swayze’s] proposal to treat the patient with newer neuroleptic (antipsychotic) medication

Selon la première de ces conclusions, le professeur Starson était incapable d’évaluer les « effets bénéfiques possibles » du traitement. La Commission a bien posé la question et s’est non pas demandé si le professeur Starson reconnaît qu’un traitement donné lui sera bénéfique (comme le suggère la juge Molloy), mais plutôt s’il est apte à évaluer les « effets bénéfiques possibles » du fait de recevoir des traitements. La raison étayant la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson n’avait pas cette capacité est son inaptitude à comprendre et à admettre son état. Une personne ne peut évaluer les effets bénéfiques d’un traitement à moins de comprendre et d’évaluer le besoin d’être traitée. En raison de cette incapacité, le professeur Starson n’est tout simplement pas en mesure, pour reprendre les propos de la Commission, [TRADUCTION] d’« établir de lien [entre le traitement] et les troubles particuliers dont il souffre » (p. 17). Deux aspects interviennent ici : l’aptitude à évaluer et les effets bénéfiques possibles du traitement. J’ai examiné plus tôt la preuve concernant la capacité d’apprécier les questions relatives au traitement. Quant au deuxième aspect, la juge Molloy souligne à juste titre que le dossier ne fait état d’aucune promesse par les médecins du professeur Starson qu’il recommencerait à fonctionner tout à fait normalement. La Commission disposait d’éléments de preuve indiquant que le traitement proposé offrait une possibilité raisonnable d’amélioration et comportait moins d’effets secondaires néfastes. Le fait que les médecins n’aient pas garanti la guérison ne rendait pas déraisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d’évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles du traitement. Il y avait amplement de preuves que les nouveaux médicaments pourraient entraîner des effets bénéfiques concrets tout en produisant moins d’effets secondaires néfastes. Voici certaines références de la Commission à la preuve qui n’ont pas été contestées :

[TRADUCTION]

- Le Dr Swayze a souligné qu’il existe enfin une occasion propice pour traiter le patient. (p. 6)
- [I] [le Dr Swayze] se proposait de traiter le patient avec de nouveaux médicaments neuroleptiques

which would produce less side effects than in the past. (p. 7)

- When it was suggested that the patient was concerned that the medication would slow down his brain, [Dr. Swayze] responded it was not his intention to blunt the patient's thinking beyond what was required to stabilize his condition. (pp. 7-8)
- [O]ther than when Haldol (an older neuroleptic medication) had been administered there had never been an adequate trial of any other medication. (p. 9)
- [Dr. Swayze] did not believe that the medications would not help because there were volumes of evidence in the literature o[n] the efficacy of treatment. (p. 8)

I conclude that the record amply supports the Board's conclusion that Professor Starson was incapable of appreciating the foreseeable benefits of treatment by more modern medication.

Secondly, the Board concluded that Professor Starson was unable to appreciate the likelihood that without treatment his mental condition would worsen.

My colleague Major J., accepts that there was evidence before the Board from Dr. Posner supporting this conclusion although he characterizes it as "scant" (para. 105). He also argues that the fact that Professor Starson was not questioned on this at the hearing precluded the Board from concluding that he did not appreciate the risks of non-treatment (para. 105). With respect, I cannot agree on either count.

Characterizing the evidence as "scant" does not detract from the fact that the evidence was before the Board and provided its inferences were reasonable, the Board was entitled to rely on it. In fact, a review of the record shows that both doctors who testified shared the view that without treatment, Professor Starson's condition was likely to deteriorate, and that there was no contrary evidence. I reproduce only some of the evidence.

(antipsychotiques) qui produiraient moins d'effets secondaires que ceux utilisés dans le passé. (p. 7)

- Lorsqu'on a suggéré que le patient craignait que la médication ralentisse le fonctionnement de son cerveau, le [Dr Swayze] a répondu qu'il n'avait pas l'intention d'émousser l'esprit du patient au-delà ce qui était nécessaire pour stabiliser son état. (p. 7-8)
- [S]i l'on excepte la fois où l'Haldol (un vieux médicament neuroleptique) a été administré, aucun autre médicament n'avait fait l'objet d'essais adéquats. (p. 9)
- [Le Dr Swayze] ne croyait pas que les médicaments ne seraient pas bénéfiques, parce qu'il existe une abondante preuve dans la littérature quant à l'efficacité du traitement. (p. 8)

Je conclus que le dossier étaye amplement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d'évaluer les effets bénéfiques prévisibles découlant d'un traitement à base de médicaments plus modernes.

Deuxièmement, la Commission a estimé que le professeur Starson était incapable de saisir que son état mental se détériorerait vraisemblablement en l'absence de traitement.

Mon collègue le juge Major admet que la Commission disposait d'éléments de preuve émanant du Dr Posner et étayant cette conclusion, preuve qu'il a toutefois qualifiée de « maigre » (par. 105). Il affirme également que le fait que le professeur Starson n'ait pas été interrogé sur cette question à l'audience empêchait la Commission de conclure qu'il n'évaluait pas les risques de l'absence de traitement (par. 105). En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue sur ces deux points.

Le fait de qualifier la preuve de « maigre » ne change rien au fait que la Commission disposait de cette preuve et que, pourvu que ses inférences soient raisonnables, elle avait le droit de se fonder sur celle-ci. En fait, l'examen du dossier révèle, d'une part, que les deux médecins qui ont témoigné étaient d'avis que, en l'absence de traitement, l'état du professeur Starson se détériorerait vraisemblablement, et, d'autre part, qu'il n'y avait aucune preuve à l'effet contraire. Je vais me contenter de reproduire quelques extraits des témoignages.

40

41

42

43

Dr. Swayze:

- I could only characterize [this as] . . . essentially an unremitting disorder.
- My worry is that this [condition] will remain unremitting, that there will be fluctuating degrees, however his baseline will not return, i.e. prior degree of functioning and stability that likely has not been there since the early '80s.
- [T]his charting is ominous. It would suggest to me a chronic, unremitting course which likely would be a future for Professor Starson, should he not receive treatment.

Dr. Posner:

- . . . I don't agree that the disorder has been a steady psychotic state. In fact, it's been a progressive psychotic state and there are a lot of very good pieces of evidence to support that.
- What [this threat to a hospital worker] means to me is that the illness has taken on another dimension. If provocation of . . . that objectively small or innocent of a degree could have evoked that kind of explosion, that concerns me, because ten or fifteen years ago, I don't believe it would have.
- [T]he literature from bipolar disorder shows that untreated . . . mania . . . can and often does progress in severity, so it's not a question of maintaining the status quo. If you sit still and do nothing, harm will happen at a physiologic level, evidenced by the worsening of his state, as perceived by others.

44

As related by the Board, Dr. Posner testified that Professor Starson's illness had been "steadily progressing" since 1994. Prior to 1994, the patient had produced a number of publications which "appeared credible". After 1995, "there were questions as to the validity of his references suggesting that his thinking had changed". Dr. Posner felt that "the illness had progressed from a hypomanic state to one of greater irritability". Dr. Posner then stated that an individual "who could have made an enormous contribution to society was now lost in a psychotic world" (pp. 8-9).

Le Dr Swayze :

[TRADUCTION]

- Je ne peux que qualifier [cet état] [. . .] essentiellement de troubles irréversibles.
- Ce qui m'inquiète, c'est que cet [état] restera irréversible, que son intensité variera, cependant il ne retrouvera pas son état initial, c'est-à-dire son degré antérieur de fonctionnement et de stabilité, qu'il a vraisemblablement perdu au début des années 80.
- [C]es observations augurent mal. Elles suggèrent un état chronique, irréversible qui est vraisemblablement ce avec quoi devrait vivre le professeur Starson, s'il ne reçoit pas de traitement.

Le Dr Posner :

[TRADUCTION]

- . . . je ne partage pas l'opinion que les troubles constituent un état psychotique stable. En fait, ils sont plutôt un état psychotique progressif et il existe de très bons éléments de preuve qui étayent cela.
- Ce que [ces menaces à l'endroit d'un travailleur hospitalier] signifie[nt] pour moi, c'est que la maladie a pris une autre dimension. Si une provocation aussi objectivement légère ou innocente [. . .] a pu inciter un tel emportement, je trouve ça inquiétant, parce qu'il y a dix ou quinze ans, je ne crois pas que cela se serait produit.
- [L]a littérature concernant les troubles bipolaires révèle que des [. . .] manies [. . .] qui ne sont pas traitées peuvent s'aggraver et, de fait, s'aggravent souvent, alors il ne s'agit pas de maintenir le statu quo. Si rien n'est fait, il y aura dommage au niveau physiologique, dont témoigne la détérioration de son état, que perçoivent les autres.

Comme l'a signalé la Commission, le Dr Posner a témoigné que la maladie du professeur Starson avait [TRADUCTION] « progressé de façon constante » depuis 1994. Avant cette date, le patient avait écrit un certain nombre de publications qui [TRADUCTION] « paraissaient crédibles ». Après 1995, [TRADUCTION] « certains ont mis en doute la validité de ses références suggérant un changement dans ses vues ». Le Dr Postner a dit estimer que [TRADUCTION] « la maladie était passée d'un état hypomaniaque à un état de plus grande irritabilité ». Il a ensuite déclaré qu'une personne « qui aurait pu apporter une énorme contribution à la société était maintenant perdue dans un monde psychotique » (p. 8-9).

Dr. Posner testified that colleagues had noted deterioration and that in general “untreated Bipolar Disorder tends to deteriorate with time” (p. 9). This evidence, coupled with the evidence of Professor Starson’s denial of illness, provided an ample basis for the Board’s conclusion that Professor Starson was unable to appreciate the likelihood of deterioration absent treatment. The fact that Professor Starson was not questioned directly on the relationship between treatment and future deterioration does not detract from the strength of this evidence. Because Professor Starson denied any negative impact of his mental condition, questioning him about further deterioration would have been pointless. It is clear on the evidence that Professor Starson simply adheres to the view that he continues to function well without medication, contrary to all the objective evidence.

In addition to his physicians’ testimony, there is evidence from Professor Starson himself supporting the Board’s conclusion that he does not appreciate that failure to receive treatment will likely result in prolonged hospitalization and further deterioration of his mental condition. Professor Starson insisted that, without treatment, he would “go back to [his] life even better than it was before”. He dismissed any suggestion that his hospitalization could be prolonged by either the Consent and Capacity Board or the Review Board as a “hypothetical situation that will not occur”. His unresponsiveness is palpable throughout the record; when Dr. Swayze asked him about his manic symptoms, he replied: “they might not be beneficial for somebody else, but no one is doing what I’m doing. I’m leading the edge. I’m trying to define physics that will eventually enable us to build a starship. Okay? That’s what anti-gravity is all about”.

The evidence supports the view that Professor Starson’s delusional state had rendered him unable to appreciate that, without the proposed treatment,

Le Dr Posner a témoigné que des collègues avaient observé une détérioration et que, en général, [TRADUCTION] « des troubles bipolaires tendent à s’aggraver avec le temps » (p. 9). Ce témoignage, conjugué aux éléments de preuve indiquant que le professeur Starson niait être malade, étaye largement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson était incapable d’évaluer la vraisemblance de la détérioration de son état s’il ne subissait pas de traitement. Le fait que le professeur Starson n’ait pas été interrogé directement sur le lien entre le traitement et la détérioration future n’enlève rien à la force de cette preuve. Vu le refus du professeur Starson de reconnaître que son état mental puisse avoir quelque effet négatif que ce soit, il aurait été inutile de l’interroger sur toute détérioration additionnelle. Il ressort clairement de la preuve que le professeur Starson s’en tient à son idée qu’il continue de bien fonctionner sans médication, malgré toute la preuve objective à l’effet contraire.

En plus du témoignage de ses médecins, le témoignage du professeur Starson lui-même étaye la conclusion de la Commission selon laquelle il ne se rend pas compte que l’absence de traitement entraînera vraisemblablement une hospitalisation prolongée et une détérioration additionnelle de son état mental. Le professeur Starson a maintenu que, sans traitement, il [TRADUCTION] « retournerait à [ses] activités antérieures, et ce encore plus fort qu’avant ». Il a rejeté toutes les suggestions selon lesquelles la Commission du consentement et de la capacité ou la Commission d’examen pourrait prolonger son hospitalisation, disant qu’il s’agissait d’[TRADUCTION] « une situation hypothétique qui ne se produira pas ». Le manque d’ouverture du professeur Starson est palpable d’un bout à l’autre du dossier; lorsque le Dr Swayze lui a parlé de ses symptômes maniaques, il a répondu ceci : [TRADUCTION] « ils ne sont peut-être pas bons pour les autres, mais peu de gens font ce que je fais. Je suis à la fine pointe de mon domaine. Je tente actuellement de définir la physique qui nous permettra un jour de construire un vaisseau spatial. D’accord? C’est là l’objet même de l’antigravité. »

La preuve appuie l’opinion voulant que l’état délirant du professeur Starson l’ait rendu incapable de comprendre que, sans le traitement proposé, son

his mental condition will not improve, and will likely deteriorate. The Board was entitled to take all of this evidence into account in reaching a conclusion on whether or not Professor Starson, despite his intellectual ability, lacks the ability to relate treatment information to his own situation and to weigh the risks and benefits of treatment in a considered fashion. The Board concluded, on the evidence, that he does not.

48

Finally, the Board found that Professor Starson “seemed unable to relate the consequences [of no treatment] . . . to future dispositions by the Ontario Review Board” (p. 17). While the evidence amply supported the Board’s conclusion of incapacity absent this consideration, this was a further indication of Professor Starson’s inability to appreciate the consequences of refusing treatment. Given the pattern of escalating threats by Professor Starson, the likelihood was that, without the proposed treatment, the Review Board would be “more and more hesitant to release the patient into the community” (p. 17). Yet, Professor Starson persisted in the belief that he would continue to ‘beat the system’ as he had previously under Lieutenant-Governor’s warrants (p. 17). This supported the conclusion that Professor Starson was not able to appreciate how treatment related to his life situation.

49

In summary, the Board had before it ample evidence to support the conclusion that Professor Starson, while he might have been highly intelligent, was unable, because of his delusional state, to understand the information relevant to treatment or to appreciate the benefits of the proposed newer medications; to appreciate the likelihood of deterioration without treatment; and to appreciate his future prospects under the Review Board, absent treatment. The Board’s conclusion was firmly anchored in the evidence and cannot be characterized as unreasonable.

état mental ne s’améliorerait pas et se détériorerait vraisemblablement. La Commission avait le droit de tenir compte de tous ces éléments de preuve pour décider si, malgré ses capacités intellectuelles, le professeur Starson était incapable de faire le lien entre les renseignements concernant le traitement et son état personnel et d’évaluer de manière réfléchie les risques et les effets bénéfiques du traitement. La Commission a conclu, au regard de la preuve, qu’il n’en est pas capable.

Enfin, la Commission a estimé que le professeur Starson [TRADUCTION] « semblait incapable de faire le lien entre les conséquences [de l’absence de traitement] [. . .] et les décisions futures de la Commission ontarienne d’examen » (p. 17). Bien que, même sans cet élément, la preuve étayât amplement la conclusion d’incapacité tirée par la Commission, il s’agissait d’un indice additionnel de l’incapacité du professeur Starson d’évaluer les conséquences du refus de consentir au traitement. Compte tenu de l’escalade des menaces, on disait qu’il était vraisemblable que, en l’absence du traitement proposé, la Commission d’examen [TRADUCTION] « hésiterait de plus en plus à renvoyer le patient dans la collectivité » (p. 17). Néanmoins, le professeur Starson croyait toujours qu’il continuerait à [TRADUCTION] « emporter sur le système », comme il l’avait fait dans le passé, alors qu’il était détenu en vertu de mandats du lieutenant-gouverneur (p. 17). Cet élément étayait la conclusion selon laquelle le professeur Starson n’était pas capable de faire le lien entre le traitement et sa situation personnelle.

En résumé, la Commission disposait de nombreux éléments de preuve appuyant la conclusion selon laquelle, malgré sa très grande intelligence, le professeur Starson était incapable, en raison de son état délirant, de comprendre les renseignements pertinents à l’égard du traitement ou d’évaluer les effets bénéfiques des nouveaux médicaments proposés, de comprendre que son état se détériorerait vraisemblablement en l’absence de traitement et, enfin, d’évaluer ses chances de succès dans le futur devant la Commission d’examen s’il ne se fait pas traiter. La conclusion de la Commission a de solides assises dans la preuve et ne saurait être qualifiée de déraisonnable.

C. *Whether the Board Based its Decision on Professor Starson's "Best Interests"*

In addition to challenging the Board's conclusions on the evidence, my colleague Major J. asserts that the Board erred in that it did not base its conclusion on capacity, but on its own view of what was in Professor Starson's best interests.

With respect, I must demur. Nothing in the Board's reasons suggests that it strayed from the question before it — Professor Starson's capacity to make medical decisions on his own behalf. The Board addressed the inquiry at the outset as one involving the criteria "required for an individual to be capable with respect to treatment" and then proceeded to inquire into "capacity" (pp. 15-16 (emphasis added)). The key to capacity in this case, as discussed, was Professor Starson's ability to appreciate the disorder, its consequences, and possible treatments.

Pursuing this, the Board discussed this question at length. Repeatedly it referred to the fact that the evidence showed Professor Starson "cannot relate [information] to his particular disorder"; that "the patient is unable to weigh the possible benefits of the medication"; that "the patient seemed unable to relate the consequences with respect to future dispositions by the Ontario Review Board"; that "[t]he patient seems unable to appreciate that efforts will be made to reduce . . . side effects"; that "[h]e does not appreciate the consequences of a decision to refuse medication" (pp. 17-18 (emphasis added)). After a brief discussion of outside evidence, the Board then moved directly to its conclusion at pp. 18-19:

For the above reasons, the Board confirmed that the patient is not capable with respect to the treatment proposed by the attending physician. . . .

C. *La Commission a-t-elle fondé sa décision sur l'intérêt du professeur Starson?*

En plus de contester les conclusions de la Commission au regard de la preuve, mon collègue le juge Major affirme que cette dernière n'a pas rendu sa décision en se fondant sur la capacité du professeur Starson, mais plutôt sur sa propre conception de l'intérêt de ce dernier.

En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord. Rien dans les motifs de la Commission ne tend à indiquer qu'elle s'est éloignée de la question dont elle était saisie — à savoir la capacité du professeur Starson de prendre lui-même des décisions d'ordre médical le concernant. La Commission a dès le départ considéré que l'analyse exigeait l'application des critères [TRADUCTION] « qui doivent être satisfaits pour qu'une personne soit jugée capable de prendre une décision à l'égard d'un traitement » et elle a ensuite analysé la question de la « capacité » (p. 15-16 (je souligne)). En l'espèce, comme il a été indiqué plus tôt, l'élément clef de la capacité était l'aptitude du professeur Starson à évaluer les troubles dont il souffre, leurs conséquences et les traitements possibles.

Poursuivant dans cette veine, la Commission a examiné cette question en profondeur. À maintes reprises, elle a mentionné que la preuve démontre que le professeur Starson [TRADUCTION] « ne peut pas établir de lien entre [les renseignements] et les troubles particuliers dont il souffre », que « le patient est incapable d'évaluer les effets bénéfiques possibles de la médication », que « le patient a semblé incapable de faire le lien entre les conséquences et les décisions futures de la Commission ontarienne d'examen, que « le patient semble incapable de saisir que des efforts seront faits afin de réduire . . . [l]es effets secondaires », qu'« [i]l ne comprend pas les conséquences du refus de consentir à la médication » (p. 17-18 (je souligne)). Après avoir brièvement examiné certains éléments de preuves extrinsèques, la Commission a prononcé directement sa conclusion aux p. 18-19 :

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, la Commission confirme que le patient est incapable en ce qui concerne le traitement proposé par le médecin traitant . . .

50

51

52

53 It is thus clear that the Board was concerned with capacity throughout and that its conclusion was driven by evidence relevant to capacity and that alone. Not once does the Board refer to the best interests of the patient. As a preliminary matter, before entering into its analysis, the Board stated that it viewed Professor Starson's current situation with "great sadness" and stated that "[u]nfortunately, his potential has been disrupted time and time again by admission to psychiatric facilities" (p. 15). But the Board expressly recognized that this was preliminary to analysis as to capacity, not part of that analysis. It began this brief passage with the words: "Before commenting with respect to the specific criteria required for an individual to be capable" (p. 15). With the greatest of deference, this preliminary comment cannot be elevated to the error of deciding the case on the basis of best interests instead of capacity.

D. Summary

54 Having concluded the analysis, it may be useful to summarize where my colleague and I agree and where we part company.

55 On the facts, my colleague Major J. and I agree that there was evidence that Professor Starson suffered from serious mental illness; that he accepted he had symptoms of mental illness which had created difficulties for him in the past and for which he was prepared to accept psychotherapy; that he did not agree with his physicians on the diagnosis of this illness; and that without the proposed medical treatment, he might continue to deteriorate. We also agree that Professor Starson did not wish to accept the proposed medication-based therapy because of the effects of previous drug therapy, in particular the fact that it dulled his intellectual functioning.

Il est donc clair que la Commission s'est attachée à la capacité tout au long de son analyse et qu'elle a fondé sa conclusion sur des éléments de preuve touchant uniquement à cet aspect. La Commission n'a pas parlé une seule fois de l'intérêt du patient. Avant d'amorcer son analyse, la Commission a dit, à titre de remarques liminaires, que la situation du professeur Starson [TRADUCTION] « l'attristait énormément » et elle a déclaré que, « [m]alheureusement, son potentiel a été perturbé à maintes reprises par des séjours dans des établissements psychiatriques » (p. 15). La Commission a toutefois expressément affirmé qu'il s'agissait de remarques préalables à l'analyse de la capacité, qui ne faisaient pas partie de l'analyse elle-même. Elle a d'ailleurs commencé ce bref passage par les mots suivants : [TRADUCTION] « Avant d'examiner les critères particuliers qui doivent être satisfaits pour qu'une personne soit jugée capable » (p. 15). En toute déférence, cette remarque préliminaire ne saurait être assimilée à une erreur indiquant que l'affaire aurait été décidée en fonction de l'intérêt du patient plutôt que de sa capacité.

D. Résumé

Mon analyse étant terminée, il serait utile que je résume les points sur lesquels mon collègue et moi sommes d'accord et ceux sur lesquels nous divergeons d'opinions.

En ce qui concerne les faits, à l'instar de mon collègue le juge Major j'estime que certains éléments de preuve indiquaient que le professeur Starson souffrait d'une grave maladie mentale, qu'il admettait présenter des symptômes d'une maladie mentale qui lui avait créé des ennuis dans le passé et à l'égard de laquelle il était prêt à recevoir des traitements de psychothérapie, qu'il n'était pas d'accord avec ses médecins quant au diagnostic de cette maladie et que, sans le traitement médical proposé, son état pourrait continuer à se détériorer. Nous sommes également tous les deux d'avis que le professeur Starson ne désirait pas suivre la thérapie à base de médicaments proposée, en raison des effets qu'avait eus sur lui antérieurement une telle thérapie, notamment le ralentissement de ses facultés intellectuelles.

On the law, my colleague and I agree that it would be erroneous for a Board to find incapacity simply because the patient does not accept the doctors' diagnosis or because treatment is in the best interests of the patient.

The central differences between my colleague and me appear to be two: whether there was evidence to support the Board's conclusion on capacity; and whether the Board erroneously applied a best interests standard.

In my respectful view, the evidence amply supports the Board's findings of Professor Starson's inability to understand the information relevant to treatment and to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision. Nor, in my view, did the Board erroneously apply a "best interests" standard; rather it remained focussed on the question of capacity throughout. Given this evidence and the Board's application of the correct legal tests, I see no basis upon which a court of judicial review can set aside its decision.

V. Conclusion

I conclude that the Board applied the law correctly and that its conclusion that Professor Starson lacked capacity within the meaning of s. 4(1) of the *HCCA* is amply supported by the evidence and is reasonable.

I would allow the appeal and restore the Board's decision.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

MAJOR J. — The adult respondent, who prefers to be called Professor Starson, refused medical treatment proposed by his psychiatrist for a bipolar disorder. The Consent and Capacity Board of Ontario

En ce qui concerne le droit, mon collègue et moi sommes d'accord pour dire que la Commission aurait tort de conclure à l'incapacité simplement parce que le patient n'accepte pas le diagnostic de ses médecins ou parce que le traitement est dans l'intérêt du patient.

Mon collègue et moi divergeons fondamentalement d'opinions à l'égard de deux points : la question de savoir si la conclusion de la Commission était étayée par certains éléments de preuve et la question de savoir si la Commission a fait erreur et appliqué un critère fondé sur l'intérêt du professeur Starson.

À mon humble avis, la preuve étaye amplement la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson est incapable de comprendre les renseignements pertinents à l'égard du traitement et d'évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. La Commission n'a pas non plus, selon moi, fait erreur et appliqué une norme fondée sur « l'intérêt » du professeur Starson; au contraire, elle s'est plutôt attachée à la question de la capacité tout au long de son analyse. Vu cette preuve et l'application par la Commission des critères juridiques appropriés, je ne vois aucune raison justifiant une cour siégeant en révision d'annuler la décision de la Commission.

V. Conclusion

J'estime que la Commission a bien appliqué les règles de droit pertinentes et que sa conclusion selon laquelle le professeur Starson n'avait pas la capacité requise au sens du par. 4(1) de la *LCSS* est raisonnable et amplement étayée par la preuve.

J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la décision de la Commission.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE MAJOR — L'intimé, un adulte qui préfère se faire appeler professeur Starson, a refusé le traitement médical que propose son psychiatre à l'égard de ses troubles bipolaires. La Commission

56

57

58

59

60

61

(“Board”) held that Professor Starson lacked the capacity to make this decision.

62 The Board’s ruling was overturned on judicial review. The principal issues in this appeal are whether the reviewing judge applied the appropriate standard of review to the Board’s decision, and whether she correctly interpreted the statutory test for capacity provided by the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“Act”).

63 I have concluded that the reviewing judge properly held that the Board’s finding of the respondent’s incapacity was unreasonable, and that the Board misapplied the statutory test. The Board placed primary importance on what it believed to be in the respondent’s best interests at the expense of failing to adequately consider the critical aspect of this appeal, that is, whether Professor Starson had the capacity to make up his own mind as to whether he wanted medication or not.

64 This decision was made by him when he was able to recognize that his condition required treatment. He knew as well that the doctors were optimistic that new medication would improve his condition although medication had been unsuccessful in the past. His choice, which he was entitled to make, was to remain as he was and to continue psychiatric therapy, in spite of his condition and the hope of others. I would dismiss the appeal.

I. Factual Background

65 By all accounts, Professor Starson is an extraordinarily intelligent and unique individual. Although he lacks any formal training in the subject, it is beyond dispute that his driving passion in life is physics. He has published several papers in the field: see a paper co-authored with Professor H. P. Noyes of Stanford University, entitled “Discrete Anti-Gravity” (1991). Professor Noyes is said to have described the respondent’s thinking as “ten years ahead of his time”. Although the respondent is not by university

du consentement et de la capacité de l’Ontario (« Commission ») a jugé que le professeur Starson n’avait pas capacité pour prendre cette décision.

La décision de la Commission a été annulée par suite d’une demande de révision judiciaire. Les principales questions en litige dans le présent pourvoi consistent à décider si la juge siégeant en révision a contrôlé la décision de la Commission selon la norme appropriée et si elle a bien interprété le critère de détermination de la capacité établi par la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« Loi »).

J’estime que la juge siégeant en révision a eu raison de déclarer déraisonnable la décision de la Commission concluant à l’incapacité de l’intimé et de juger que cette dernière avait mal appliqué le critère établi par la Loi. La Commission a accordé une importance prépondérante à ce qui, selon elle, était l’intérêt de l’intimé, et elle n’a pas tenu compte adéquatement de l’aspect fondamental du présent pourvoi, c’est-à-dire la question de savoir si le professeur Starson était capable de décider lui-même s’il voulait prendre ou non des médicaments.

Lorsque l’intimé a pris sa décision, il était capable de reconnaître que son état nécessitait un traitement. Il savait également que les médecins avaient bon espoir que la nouvelle médication améliorerait son état malgré l’inefficacité des médicaments administrés dans le passé. Il a choisi, comme il en avait le droit, de ne rien changer et de poursuivre sa thérapie psychiatrique, en dépit de son état et de l’espoir que nourrissaient les autres. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

De l’avis général, le professeur Starson est un homme exceptionnel, doté d’une intelligence extraordinaire. Bien qu’il n’ait pas comme tel étudié cette matière, il est indéniable que la physique est sa principale passion dans la vie. Il a publié de nombreux articles sur le sujet : voir notamment « Discrete Anti-Gravity » (1991), article écrit en collaboration avec le professeur H. P. Noyes de l’Université Stanford. Ce dernier aurait affirmé que les idées de l’intimé sur la question sont [TRADUCTION] « dix

training a professor, his peers in the academic community allow him to use the title as recognition of his accomplishments.

Unfortunately, since 1985 the respondent has frequently been admitted to mental institutions in the United States and Canada. He has most often been diagnosed as having a bipolar disorder. Professor Starson has never caused physical harm to himself or to others, with the exception of reacting against unwanted forcible medication. His most recent admission to hospital arose after he was found not criminally responsible for making death threats. The Ontario Review Board (“ORB”) ordered his detention for 12 months.

The respondent’s physicians proposed treatment for his bipolar disorder. It included neuroleptic medication, mood stabilizers, anti-anxiety medication and anti-parkinsonian medication. He refused to consent to this medication. The respondent acknowledges that he has mental health problems, but will not agree that he suffers from an illness. He claims that his full mental functioning is critical to his scientific pursuits. He believes that all previous medication of a similar kind has significantly dulled his thinking and thereby prevented his work as a physicist. Although to him his life is generally very happy, medication has invariably made him miserable in the past.

The attending physician found Professor Starson not capable of deciding whether to reject or accept the proposed medical treatment. Professor Starson applied to the Board for a review of that decision. The Board’s confirmation of incapacity was subsequently overturned on judicial review at the Ontario Superior Court of Justice. The Ontario Court of Appeal upheld the findings of the reviewing judge. That decision is appealed by the chief psychiatrist of the hospital in which Professor Starson currently resides.

années en avance sur son temps ». Même si l’intimé n’est pas professeur à la suite d’études universitaires, ses pairs du monde scientifique lui permettent d’utiliser ce titre en reconnaissance de ses réalisations.

Malheureusement, depuis 1985, l’intimé a souvent été hospitalisé dans des établissements psychiatriques aux États-Unis et au Canada. La plupart du temps, on a conclu qu’il souffrait de troubles bipolaires. Le professeur Starson ne s’est jamais infligé de blessures et il n’a pas non plus blessé autrui. Il lui est arrivé de réagir violemment lorsqu’on voulait le contraindre à prendre des médicaments. Sa plus récente admission à l’hôpital est survenue après qu’il a été déclaré non responsable criminellement d’avoir proféré des menaces de mort. La Commission ontarienne d’examen (« COE ») a ordonné qu’il soit détenu pendant une période de 12 mois.

Les médecins de l’intimé ont proposé de traiter ses troubles bipolaires au moyen, notamment, de médicaments neuroleptiques, de psychorégulateurs, de médicaments anxiolytiques et de médicaments antiparkinsoniens. L’intimé a refusé de prendre cette médication. Il reconnaît qu’il souffre de problèmes de santé mentale, mais il n’admet pas qu’il souffre d’une maladie. Il dit avoir absolument besoin de toutes ses facultés intellectuelles pour être en mesure d’effectuer ses recherches scientifiques. Il croit que tous les médicaments analogues qui lui ont été prescrits auparavant ont considérablement amoindri sa capacité de raisonner et l’ont, de ce fait, empêché de travailler comme physicien. Bien qu’il trouve la vie généralement très agréable, les médicaments l’ont toujours rendu malheureux par le passé.

Le médecin traitant a conclu que le professeur Starson était incapable de décider s’il devait accepter ou rejeter le traitement médical proposé. Le professeur Starson a demandé à la Commission de réviser cette décision. La confirmation par la Commission de la conclusion d’incapacité a subsequmment été infirmée au terme d’une procédure de décision judiciaire en Cour supérieure de justice de l’Ontario. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé les conclusions de la juge siégeant en révision. Le psychiatre en chef de l’hôpital où réside présentement le professeur Starson se pourvoit contre cette décision.

66

67

68

II. Relevant Statutory Provisions

69

The following statutory provisions are relevant:

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A

4. (1) A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be, and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

(2) A person is presumed to be capable with respect to treatment, admission to a care facility and personal assistance services.

80. (1) A party to a proceeding before the Board may appeal the Board's decision to the Superior Court of Justice on a question of law or fact or both.

(9) The court shall hear the appeal on the record, including the transcript, but may receive new or additional evidence as it considers just.

(10) On the appeal, the court may,

- (a) exercise all the powers of the Board;
- (b) substitute its opinion for that of a health practitioner, an evaluator, a substitute decision-maker or the Board;
- (c) refer the matter back to the Board, with directions, for rehearing in whole or in part.

III. Judicial History

70

The Board based its decision (TO-98/1320, January 24, 1999) of the respondent's incapacity to decide on the proposed medical treatment primarily on the views of the attending psychiatrists, and "largely discounted" evidence provided by his friends and colleagues, which contradicted the evidence of the psychiatrists. The Board gave little

II. Les dispositions législatives pertinentes

Voici les dispositions législatives pertinentes :

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A

4. (1) Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

(2) Toute personne est présumée capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins et de services d'aide personnelle.

80. (1) Une partie à une instance devant la Commission peut interjeter appel de la décision de celle-ci devant la Cour supérieure de justice sur une question de droit ou une question de fait, ou les deux.

(9) Le tribunal entend l'appel d'après le dossier, y compris la transcription, mais il peut recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable.

(10) Le tribunal qui est saisi de l'appel peut :

- a) exercer tous les pouvoirs de la Commission;
- b) substituer son opinion à celle d'un praticien de la santé, d'un appréciateur, d'un mandataire spécial ou de la Commission;
- c) renvoyer la question à la Commission, avec des directives, pour qu'elle l'entende à nouveau, en tout ou en partie.

III. Historique des procédures

La décision de la Commission (TO-98/1320, 24 janvier 1999) concluant à l'incapacité de l'intimé de prendre une décision concernant le traitement médical proposé repose principalement sur les opinions des psychiatres traitants. La Commission a [TRADUCTION] « essentiellement écarté » les témoignages des amis et collègues de l'intimé qui

weight to Professor Starson's testimony. It ultimately held that despite cogent evidence of a mental disorder, the patient is in "almost total" denial of his illness. The Board noted that without an acknowledgement of illness, the patient cannot relate information to his own particular disorder, and therefore cannot understand the consequences of a decision to either refuse or consent to medication. It also noted that the respondent failed to appreciate the risks and benefits of a treatment decision. As a result, the Board concluded that Professor Starson was incapacitated.

At the Ontario Superior Court of Justice ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211), Molloy J. reversed the decision of the Board. She held that its decision had to be reviewed on a standard of reasonableness: see *T. (I.) v. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284 (C.A.). She found that the Board's conclusion that Professor Starson was in total denial of his illness was unreasonable in light of the evidence. In addition, there was no evidentiary foundation to support many of the Board's findings that Professor Starson suffered from delusions. She observed that the Board had unreasonably disregarded the evidence of Professor Starson's friends and colleagues, that it drew insupportable inferences in regard to Professor Starson's criminal activity based on vague hearsay evidence, and that the factual foundation for the alleged benefits of treatment was fundamentally flawed.

Molloy J. also held that the Board failed to consider the extent to which Professor Starson's psychiatric disorder and alleged delusions affected his ability to understand information or appreciate the consequences of treatment. Such failure, she said, amounted to a misapplication of the legal test for capacity. Finally, she found that the Board had misapprehended Professor Starson's reasons for rejecting the proposed treatment, and had ultimately

contredisaient ceux des psychiatres. La Commission a accordé peu d'importance au témoignage du professeur Starson. Elle a finalement conclu que, malgré la preuve convaincante de l'existence de troubles mentaux, le patient nie [TRADUCTION] « presque totalement » sa maladie. La Commission a souligné que, s'il n'admet pas qu'il est malade, le patient ne peut pas faire le lien entre les renseignements qu'on lui donne et les troubles dont il souffre, et qu'il ne peut, de ce fait, comprendre les conséquences de l'acceptation ou du refus de la médication proposée. Elle a également précisé que l'intimé ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques d'une décision concernant le traitement proposé. Par conséquent, la Commission a conclu que le professeur Starson n'avait pas la capacité requise.

La juge Molloy de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ((1999), 22 Admin. L.R. (3d) 211) a infirmé la décision de la Commission. Elle a jugé que la décision de la Commission devait être révisée en fonction de la norme de la décision raisonnable : voir l'arrêt *T. (I.) c. L. (L.)* (1999), 46 O.R. (3d) 284 (C.A.). Elle a estimé que la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson niait totalement sa maladie était déraisonnable eu égard à la preuve. De plus, aucune preuve n'était bon nombre des conclusions de la Commission selon lesquelles le professeur Starson souffrait de délire. La juge Molloy a fait remarquer que la Commission avait, d'une manière déraisonnable, écarté le témoignage des amis et collègues du professeur Starson, qu'elle avait fait des inférences injustifiables relativement au comportement criminel du professeur Starson en s'appuyant sur de vagues preuves par oui-dire et que les assises factuelles des prétendus effets bénéfiques du traitement proposé souffraient de lacunes fondamentales.

La juge Molloy a de plus considéré que la Commission n'avait pas pris en compte la mesure dans laquelle les troubles psychiatriques du professeur Starson et son présumé délire avaient affecté sa capacité de comprendre les renseignements à l'égard du traitement proposé ou d'évaluer les conséquences de celui-ci. La juge a déclaré qu'une telle omission constituait une application erronée du critère légal de détermination de la capacité. Finalement, elle a

71

72

allowed its subjective assessment of Professor Starson's best interests to improperly influence its decision. Molloy J. concluded that there was no basis upon which the Board could reasonably find that the presumption of Professor Starson's capacity had been displaced.

73

The Ontario Court of Appeal unanimously agreed with the reviewing judge: (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 315. The court confirmed the standard of review as reasonableness, and concluded that Molloy J. properly applied that standard. The court based its agreement on three considerations in the record. First, the respondent clearly recognized that he has mental problems. Second, no evidence was led that demonstrated that any of his previous medications had helped him. Third, and significantly, his refusal to accept treatment was based primarily upon the detrimental effects of treatment on his scientific work. The court decided that although the respondent's refusal to consent to the proposed treatment might not objectively be in his best interests, there was no evidentiary basis to find incapacity and so his decision to reject treatment was one he was entitled to make.

IV. Issues

74

The appeal raises the following issues:

1. Did the reviewing judge properly apply a reasonableness standard of review to the Board's finding of incapacity?
2. Did the reviewing judge correctly find that the Board misapplied the statutory test for capacity?
3. Did the reviewing judge err in her approach to hearsay evidence?

conclu que la Commission avait mal interprété les raisons pour lesquelles le professeur Starson rejetait le traitement proposé et que celle-ci avait en définitive laissé son appréciation subjective de l'intérêt du professeur Starson influencer indûment sa décision. La juge Molloy a estimé que rien ne permettait à la Commission de conclure raisonnablement qu'on avait réfuté la présomption de capacité du professeur Starson.

La Cour d'appel de l'Ontario a, à l'unanimité, souscrit à l'opinion de la juge Molloy : (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 315. La cour a confirmé que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable et elle a conclu que la juge Molloy avait bien appliqué cette norme. La Cour d'appel a fondé sa décision sur trois facteurs ressortant du dossier. Premièrement, l'intimé a clairement reconnu qu'il souffre de problèmes de santé mentale. Deuxièmement, il n'a été présenté aucun élément de preuve indiquant que les médicaments qui lui avaient été administrés antérieurement lui avaient été bénéfiques. Troisièmement, élément particulièrement important, son refus d'accepter le traitement reposait d'abord et avant tout sur les effets préjudiciables de celui-ci sur ses activités scientifiques. La Cour d'appel a jugé que, bien que le refus de l'intimé d'accepter le traitement proposé ne soit peut-être pas objectivement dans son intérêt, rien dans la preuve ne permettait de conclure qu'il était incapable et, par conséquent, la décision de refuser le traitement proposé relevait de lui.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La juge siégeant en révision a-t-elle bien appliqué la norme de la décision raisonnable pour contrôler la conclusion d'incapacité tirée par la Commission?
2. La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité?
3. La juge siégeant en révision s'est-elle trompée dans son approche à l'égard de la preuve par ouï-dire?

4. Did the Court of Appeal err in its refusal to admit new evidence?

V. Analysis

A. *The Health Care Consent Act, 1996*

The right to refuse unwanted medical treatment is fundamental to a person's dignity and autonomy. This right is equally important in the context of treatment for mental illness: see *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), per Robins J.A., at p. 88:

Few medical procedures can be more intrusive than the forcible injection of powerful mind-altering drugs which are often accompanied by severe and sometimes irreversible adverse side effects.

Unwarranted findings of incapacity severely infringe upon a person's right to self-determination. Nevertheless, in some instances the well-being of patients who lack the capacity to make medical decisions depends upon state intervention: see *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 426. The Act aims to balance these competing interests of liberty and welfare; see B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at p. 3. Neither party raised the constitutionality of the Act as an issue in this appeal.

The legislative mandate of the Board is to adjudicate solely upon a patient's capacity. The Board's conception of the patient's best interests is irrelevant to that determination. As the reviewing judge observed, "[a] competent patient has the absolute entitlement to make decisions that any reasonable person would deem foolish" (para. 13). This point was aptly stated by Quinn J. in *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485 (Gen. Div.), at p. 521:

The right knowingly to be foolish is not unimportant; the right to voluntarily assume risks is to be respected. The State has no business meddling with either. The dignity of the individual is at stake.

4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre de nouveaux éléments de preuve?

V. Analyse

A. *La Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*

Le droit de refuser un traitement médical non souhaité est fondamental pour la dignité et l'autonomie d'une personne. Ce droit est tout aussi important dans le contexte du traitement de la maladie mentale : voir les propos suivants du juge Robins dans l'arrêt *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), p. 88 :

[TRADUCTION] Peu de procédures médicales sont plus envahissantes que l'injection forcée de puissants psychotropes, lesquels produisent souvent des effets secondaires nocifs graves et parfois irréversibles.

Une déclaration d'incapacité injustifiée porte sérieusement atteinte au droit d'une personne à l'autodétermination. Dans certains cas, néanmoins, l'État doit intervenir pour assurer le bien-être de patients qui n'ont pas la capacité de prendre des décisions d'ordre médical : voir l'arrêt *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, p. 426. La Loi vise à concilier les intérêts opposés que sont la liberté de l'individu et son bien-être : voir B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 3. Ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté la constitutionnalité de la Loi dans le présent pourvoi.

Le mandat confié par la Loi à la Commission consiste uniquement à décider de la capacité du patient. L'opinion de la Commission sur les mesures qui sont dans l'intérêt du patient n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. Comme l'a souligné le juge siégeant en révision, [TRADUCTION] « [u]n patient compétent a le droit absolu de prendre des décisions que toute personne raisonnable considérerait comme insensée » (par. 13). Le juge Quinn dans l'affaire *Koch (Re)* (1997), 33 O.R. (3d) 485 (Div. gén.), p. 521, affirmait de façon fort juste :

[TRADUCTION] Le droit d'agir sciemment de façon insensée n'est pas dénué d'importance; le droit de prendre volontairement certains risques doit être respecté. L'État n'a pas à s'ingérer dans l'un ou l'autre cas. La dignité de l'intéressé est en jeu.

In this case, the only issue before the Board was whether Professor Starson was capable of making a decision on the suggested medical treatment. The wisdom of his decision has no bearing on this determination.

77

The law presumes a person is capable to decide to accept or reject medical treatment: s. 4(2) of the Act. At a capacity hearing, the onus is on the attending physician to prove that the patient is incapable. I agree with the Court of Appeal that proof is the civil standard of a balance of probabilities. As a result, patients with mental disorders are presumptively entitled to make their own treatment decisions. Professor D. N. Weisstub, in his *Enquiry on Mental Competency: Final Report* (1990), at p. 116 (“Weisstub Report”), notes the historical failure to respect this presumption:

The tendency to conflate mental illness with lack of capacity, which occurs to an even greater extent when involuntary commitment is involved, has deep historical roots, and even though changes have occurred in the law over the past twenty years, attitudes and beliefs have been slow to change. For this reason it is particularly important that autonomy and self determination be given priority when assessing individuals in this group.

The Board must avoid the error of equating the presence of a mental disorder with incapacity. Here, the respondent did not forfeit his right to self-determination upon admission to the psychiatric facility: see *Fleming v. Reid, supra*, at p. 86. The presumption of capacity can be displaced only by evidence that a patient lacks the requisite elements of capacity provided by the Act.

78

Section 4(1) of the Act describes these elements as follows:

A person is capable with respect to a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service if the person is able to understand the information that is relevant to making a decision about the treatment, admission or personal assistance service, as the case may be,

En l'espèce, la seule question dont était saisie la Commission consistait à déterminer si le professeur Starson était capable de prendre une décision quant au traitement médical qu'on lui proposait. La sagesse de cette décision n'a aucune pertinence à cet égard.

En droit, une personne est présumée capable de décider d'accepter ou de refuser un traitement médical : par. 4(2) de la Loi. À une audience portant sur la capacité, il incombe au médecin traitant de prouver que le patient est incapable. À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que la norme de preuve applicable est celle appliquée en matière civile, savoir la prépondérance des probabilités. Par conséquent, les patients souffrant de troubles mentaux sont présumés avoir le droit de décider eux-mêmes s'ils veulent suivre un traitement. Dans son ouvrage intitulé *Enquête sur la capacité mentale : Rapport final* (1990), p. 130 (« Rapport Weisstub »), le professeur D. N. Weisstub souligne que, depuis longtemps, cette présomption n'est pas toujours respectée :

Depuis très longtemps, il existe une tendance à confondre la maladie mentale et l'incapacité, surtout dans le cas d'internement involontaire. Malgré les modifications législatives en la matière depuis une vingtaine d'années, les attitudes et les croyances mettent du temps à emboîter le pas. C'est pourquoi il faut accorder une importance toute particulière aux principes de l'autonomie et de l'autodétermination lorsqu'il s'agit d'évaluer les personnes de cette catégorie.

La Commission doit éviter l'erreur qui consiste à assimiler la présence de troubles mentaux à l'incapacité. En l'espèce, l'intimé n'a pas renoncé à son droit à l'autodétermination lorsqu'il a été admis à l'établissement psychiatrique : voir l'arrêt *Fleming c. Reid*, précité, p. 86. La présomption de capacité ne peut être réfutée que par la preuve que le patient ne satisfait pas aux critères établis par la Loi pour établir sa capacité.

Ces critères sont décrits au par. 4(1) de la Loi :

Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le

and able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision.

Capacity involves two criteria. First, a person must be able to understand the information that is relevant to making a treatment decision. This requires the cognitive ability to process, retain and understand the relevant information. There is no doubt that the respondent satisfied this criterion. Second, a person must be able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of the decision or lack of one. This requires the patient to be able to apply the relevant information to his or her circumstances, and to be able to weigh the foreseeable risks and benefits of a decision or lack thereof. The Board's finding of incapacity was based on their perception of Professor Starson's failure in this regard.

Before turning to an analysis of the reviewing judge's decision, two important points regarding this statutory test require comment. First, a patient need not agree with the diagnosis of the attending physician in order to be able to apply the relevant information to his own circumstances. Psychiatry is not an exact science, and "capable but dissident interpretations of information" are to be expected: see Weisstub Report, *supra*, at p. 229. While a patient need not agree with a particular diagnosis, if it is demonstrated that he has a mental "condition", the patient must be able to recognize the possibility that he is affected by that condition. Professor Weisstub comments on this requirement as follows (at p. 250, note 443):

Condition refers to the broader manifestations of the illness rather than the existence of a discrete diagnosable pathology. The word condition allows the requirement for understanding to focus on the objectively discernible manifestations of the illness rather than the interpretation that is made of these manifestations.

service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

La détermination de la capacité exige l'application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant un traitement. Pour ce faire, cette personne doit avoir la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents. Il ne fait aucun doute que l'intimé a satisfait à ce critère. Deuxièmement, la personne concernée doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Pour cela, cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision. La Commission a conclu à l'incapacité en se fondant sur son opinion selon laquelle le professeur Starson avait échoué à cet égard.

Avant d'analyser la décision de la juge siégeant en révision, quelques commentaires s'imposent sur deux points importants concernant le test prévu par la Loi. Premièrement, pour que le patient soit considéré apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation personnelle, il n'est pas nécessaire que le patient soit d'accord avec son médecin traitant sur le diagnostic. La psychiatrie n'est pas une science exacte et il faut s'attendre à ce que des personnes par ailleurs capables donnent des interprétations divergentes de l'information : voir le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 259. Bien qu'un patient n'ait pas à être d'accord avec un diagnostic particulier, s'il est démontré qu'il est dans un « état » psychologique donné, le patient doit être apte à reconnaître la possibilité qu'il puisse être affecté par cet état. Le professeur Weisstub fait le commentaire suivant à cet égard (à la p. 282, note 443) :

L'état s'applique aux manifestations plus larges de la maladie plutôt qu'à l'existence d'une pathologie discrète sujette au diagnostic. Le terme « état » permet à l'exigence de compréhension de se concentrer sur les manifestations objectivement perceptibles de la maladie plutôt que sur l'interprétation qui en est donnée.

As a result, a patient is not required to describe his mental condition as an “illness”, or to otherwise characterize the condition in negative terms. Nor is a patient required to agree with the attending physician’s opinion regarding the cause of that condition. Nonetheless, if the patient’s condition results in him being unable to recognize that he is affected by its manifestations, he will be unable to apply the relevant information to his circumstances, and unable to appreciate the consequences of his decision.

Par conséquent, le patient n’est pas obligé de décrire son état psychologique comme une « maladie » ou de qualifier autrement son état en termes négatifs. Le patient n’est pas non plus obligé d’être d’accord avec le médecin traitant quant à la cause de cet état. Néanmoins, si l’état du patient a pour conséquence que celui-ci n’est pas apte à reconnaître qu’il est affecté par les manifestations de cet état, il ne sera pas apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les conséquences de sa décision.

80

Secondly, the Act requires a patient to have the ability to appreciate the consequences of a decision. It does not require actual appreciation of those consequences. The distinction is subtle but important: see L. H. Roth, A. Meisel and C. W. Lidz, “Tests of Competency to Consent to Treatment” (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279, at pp. 281-82, and Weisstub Report, *supra*, at p. 249. In practice, the determination of capacity should begin with an inquiry into the patient’s actual appreciation of the parameters of the decision being made: the nature and purpose of the proposed treatment; the foreseeable benefits and risks of treatment; the alternative courses of action available; and the expected consequences of not having the treatment. If the patient shows an appreciation of these parameters — regardless of whether he weighs or values the information differently than the attending physician and disagrees with the treatment recommendation — he has the ability to appreciate the decision he makes: see Roth, Meisel and Lidz, *supra*, at p. 281.

Deuxièmement, la Loi exige qu’un patient ait la capacité d’évaluer les conséquences de sa décision. Elle n’exige pas une évaluation concrète de ces conséquences. La distinction est subtile mais importante : voir L. H. Roth, A. Meisel et C. W. Lidz, « Tests of Competency to Consent to Treatment » (1977), 134 *Am. J. Psychiatry* 279, p. 281-282, et le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 281. En pratique, pour statuer sur la capacité il faut d’abord se demander si le patient comprend vraiment les paramètres de la décision qui est prise, c’est-à-dire la nature et l’objet du traitement proposé, les effets bénéfiques et les risques prévisibles du traitement, les autres traitements possibles et les conséquences prévisibles du fait de ne pas subir le traitement. Si le patient montre qu’il comprend ces paramètres — peu importe qu’il juge les renseignements d’une manière différente de celle de son médecin traitant ou qu’il ne leur accorde pas la même valeur, et qu’il ne soit pas d’accord avec le traitement recommandé —, il est apte à évaluer la décision qu’il prend : voir Roth, Meisel et Lidz, *loc. cit.*, p. 281.

81

However, a patient’s failure to demonstrate actual appreciation does not inexorably lead to a conclusion of incapacity. The patient’s lack of appreciation may derive from causes that do not undermine his ability to appreciate consequences. For instance, a lack of appreciation may reflect the attending physician’s failure to adequately inform the patient of the decision’s consequences: see the Weisstub Report, *supra*, at p. 249. Accordingly, it is imperative that the Board inquire into the reasons for the patient’s failure to appreciate consequences. A finding of incapacity is justified only if those reasons demonstrate that the patient’s mental disorder prevents him

Toutefois, le fait qu’un patient ne soit pas en mesure de démontrer qu’il comprend concrètement ces paramètres n’amène pas inexorablement à conclure à son incapacité. Cette lacune peut découler de causes qui ne réduisent pas sa capacité d’évaluer les conséquences. Par exemple, le fait qu’il ne soit pas capable de comprendre les paramètres indique peut être que son médecin traitant ne l’a pas informé adéquatement des conséquences de sa décision : voir le Rapport Weisstub, *op. cit.*, p. 281. Par conséquent, il est absolument nécessaire que la Commission examine les raisons pour lesquelles le patient n’est pas capable d’évaluer les

from having the ability to appreciate the foreseeable consequences of the decision.

B. *The Decision of the Reviewing Judge*

Molloy J. reversed the Board's decision on two bases: first, that the Board's finding of incapacity was unreasonable based on the evidence before it, and second, that the Board erred in its application of the statutory test for capacity. The appellant agrees that the standard of review is reasonableness, but then submits that the reviewing judge misapplied both the reasonableness standard and the statutory test. I disagree.

(1) Standard of Review

The accepted approach to judicial review was established in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and expanded upon in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. In summary, the Court has adopted a pragmatic and functional approach that supplants the earlier jurisdictional approach: see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21. The pragmatic and functional approach requires a court to weigh a series of factors in order to discern the standard of review applicable to the particular issue under review. The factors to be considered are the existence of a privative clause or statutory right of appeal, the relative expertise of the tribunal; the purpose of the statute and provision, and the nature of the question at issue: see *Pushpanathan, supra*, at paras. 29-38, *per* Bastarache J. As stated in *Dr. Q, supra*, at para. 26, those factors, which may not necessarily be exclusive, should be considered in their totality and not applied mechanically. Against this framework, we can determine whether the appropriate standard of review in

conséquences. Une conclusion d'incapacité n'est justifiée que si ces raisons démontrent que les troubles mentaux du patient lui enlèvent sa capacité d'évaluer les conséquences prévisibles de sa décision.

B. *La décision de la juge siégeant en révision*

La juge Molloy a infirmé la décision de la Commission en se fondant sur deux motifs : premièrement, la conclusion d'incapacité tirée par la Commission était déraisonnable, compte tenu de la preuve qui lui avait été soumise; deuxièmement, la Commission a commis une erreur dans l'application du critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité. L'appelant reconnaît que la norme de contrôle est la décision raisonnable, mais il prétend que la juge siégeant en révision a mal appliqué cette norme ainsi que le critère prévu par la Loi. Je ne suis pas d'accord.

(1) La norme de contrôle

La démarche acceptée en matière de contrôle judiciaire a été établie dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et précisée dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. En résumé, la Cour y a adopté la méthode pragmatique et fonctionnelle, qui a supplanté l'ancienne démarche fondée sur la question de la compétence : voir l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21. Conformément à la méthode pragmatique et fonctionnelle, les tribunaux doivent tenir compte d'une série de facteurs afin de dégager la norme de contrôle applicable à la question particulière en litige. Ces facteurs sont l'existence d'une clause privative ou d'un droit d'appel d'origine législative, l'expertise relative du tribunal, l'objet de la loi et de la disposition particulière et la nature de la question en litige; voir l'arrêt *Pushpanathan, précité*, le juge Bastarache, par. 29-38. Comme on le précise dans l'arrêt *Dr Q, précité*, par. 26, ces facteurs — qui ne sont pas nécessairement exclusifs — doivent être examinés globalement et ils ne doivent pas être appliqués machinalement. Dans ce

82

83

this case is correctness, reasonableness or patent unreasonableness.

84 The question under review is the Board's determination of capacity. This is a question of mixed fact and law: the Board must apply the evidence before it to the statutory test for capacity. In the absence of any error in law, this question is relatively fact-intensive: see *Southam, supra*, at paras. 35-37. Applying the pragmatic and functional approach to this question, it is clear that reasonableness is the appropriate standard of review.

85 On the one hand, the Act provides a broad right of appeal to the Ontario Superior Court of Justice on a question of fact or law or both: s. 80(1). The court is given broad powers of review: it may exercise all the powers of the Board, substitute its opinion for that of the Board, or refer the matter back to the Board for rehearing: s. 80(10). As well, capacity hearings are primarily adjudicative in nature. The Board's sole task is to determine the patient's capacity to consent. This matter is important to a patient's autonomy. Each of these factors counsels against a deferential standard of review: see *Dr. Q*, at paras. 27 and 32.

86 On the other hand, the Board is likely to enjoy some measure of institutional expertise with respect to determinations of capacity. The Act does not specify any minimum qualifications for Board members, apart from instances in which a member sits alone: ss. 71(3) and 73(2). The statute merely stipulates that members are to be appointed by the Lieutenant Governor in Council: s. 70(2). However, unlike the usual reviewing court, Board members are likely to have acquired experience over the course of their appointments in dealing with assessments of capacity. The Board is uniquely positioned to hear the *viva voce* evidence of the patient and

contexte, nous pouvons déterminer si la norme de contrôle appropriée en l'espèce est la décision correcte, la décision raisonnable ou la décision manifestement déraisonnable.

La question qui nous est soumise vise la détermination par la Commission de la capacité d'un patient. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait : la Commission doit appliquer le critère établi par la Loi pour statuer sur la capacité, et ce au regard de la preuve qui lui est présentée. En l'absence d'erreur de droit, il s'agit d'une question dont la réponse tient principalement aux faits : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 35-37. Si on applique la méthode pragmatique et fonctionnelle à cette question, il est clair que la norme de contrôle appropriée est la décision raisonnable.

D'une part, la Loi établit un large droit d'appel à la Cour supérieure de justice l'Ontario sur une question de fait ou une question de droit, ou les deux : par. 80(1). La cour détient de vastes pouvoirs de contrôle : elle peut exercer tous les pouvoirs de la Commission, substituer son opinion à celle de la Commission ou renvoyer l'affaire à cette dernière pour qu'elle l'entende à nouveau : par. 80(10). Par ailleurs, les audiences relatives à la capacité sont principalement de nature juridictionnelle. La Commission a pour seule tâche de décider si le patient a la capacité de donner son consentement. Il s'agit d'une décision importante pour l'autonomie du patient. Chacun de ces facteurs milite contre l'application d'une norme de contrôle invitant à la déférence : *Dr Q*, précité, par. 27 et 32.

D'autre part, la Commission possède vraisemblablement une certaine expertise institutionnelle en matière de détermination de la capacité. La Loi ne précise pas la qualification minimale requise des membres de la Commission, sauf dans les cas où un membre siège seul : par. 71(3) et 73(2). La Loi indique simplement que les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil : par. 70(2). Toutefois, à la différence des tribunaux de révision ordinaires, les membres de la Commission sont susceptibles d'avoir acquis, durant leur mandat, de l'expérience en matière d'évaluation de la capacité. La Commission est exceptionnellement bien placée

physicians. These factors suggest that determinations of capacity should generally be entrusted to the relative expertise of the Board: see *Dr. Q, supra*, at paras. 29 and 38.

As well, a principal aim of the Act is to facilitate treatment for incapable patients: s. 1. To achieve this aim, determinations of capacity must be made expeditiously to avoid delays in treatment. The Act ensures that the Board is well-suited to this task. The Board is required to begin a hearing within seven days of receiving an application and must decide the application by the day after the hearing ends: s. 75. If a party requests reasons for the Board's decision, the Board must provide such reasons within two business days of the request. A court's *de novo* review of the Board's findings would immeasurably delay the outcome of treatment decisions. Such delay would frustrate the Act's purpose.

These countervailing factors call for review of the Board's determination of capacity on a reasonableness standard. The standard of reasonableness "involves respectful attention, though not submission" to the Board's reasons: see *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 49. An unreasonable decision is one that "is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination": see *Southam, supra*, at para. 56.

The sole issue, then, is whether the reviewing judge properly applied this standard. In my view, it is clear that she did. Molloy J. expressly adverted to a reasonableness standard at the outset of her reasons. Her analysis demonstrates that she remained faithful to this standard throughout her decision. Indeed, the appellant could not point to one instance in which the reviewing judge's

en ce qu'elle entend de vive voix les témoignages du patient et des médecins. Ces facteurs tendent à indiquer que la détermination de la capacité est une question qui devrait généralement être confiée à l'appréciation de la Commission vu son expertise relative en la matière : voir *Dr Q*, précité, par. 29 et 38.

De plus, l'objet principal de la Loi étant de faciliter le traitement des patients incapables (art. 1), la réalisation de cet objectif exige que les décisions sur la capacité soient prises rapidement afin d'éviter de retarder le début des traitements. La Loi établit le cadre propre à permettre à la Commission de s'acquitter de cette tâche. En effet, la Commission doit tenir une audience dans les sept jours qui suivent le dépôt d'une demande et rendre sa décision dans la journée qui suit le jour où l'audience prend fin : art. 75. L'une ou l'autre des parties peut demander à la Commission les motifs de sa décision, auquel cas celle-ci doit les fournir dans les deux jours ouvrables qui suivent le jour de réception de cette demande. La révision *de novo* des conclusions de la Commission par un tribunal judiciaire retarderait considérablement l'application des décisions ordonnant un traitement. De tels délais seraient contraires à l'objectif de la Loi.

Vu ces considérations opposées, la décision de la Commission relativement à la capacité doit être contrôlée au regard de la norme de la décision raisonnable. Cette norme « demande non pas la soumission mais une attention respectueuse » aux motifs de la Commission : voir *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 49. Une décision déraisonnable est une décision qui « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 56.

Par conséquent, il s'agit uniquement de décider si la juge siégeant en révision a bien appliqué cette norme. À mon avis, il est clair qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. La juge Molloy a expressément fait état de la norme de la décision raisonnable au début de ses motifs. Son analyse indique qu'elle ne s'est à aucun moment écartée de cette norme. De fait, l'appelant n'a pu signaler, dans

87

88

89

analysis was suggestive of a less deferential standard of review.

90

Moreover, the evidence amply supports the reviewing judge's decision. The Board's determination of incapacity turned on two findings: that the patient was in "almost total" denial of a mental disorder, and that he failed to appreciate the consequences of his decision. Putting aside, for the moment, the issue of whether the Board properly applied the capacity test, a careful review of the evidence demonstrates that there is no basis for either of the above findings.

91

In my view, the Board's reasons, as stated earlier, appear to be overly influenced by its conviction that medication was in Professor Starson's best interest. The Board arrived at its conclusion by failing to focus on the overriding consideration in this appeal, that is, whether that adult patient had the mental capacity to choose whether to accept or reject the medication prescribed. The enforced injection of mind-altering drugs against the respondent's will is highly offensive to his dignity and autonomy, and is to be avoided unless it is demonstrated that he lacked the capacity to make his own decision.

92

As a result of its focus on the respondent's best interests, the Board disregarded clear evidence of his capacity. Professor Starson acknowledged that he suffered from a mental condition, and appreciated the purpose of the proposed medication and the possible benefits suggested by the doctors. He had tried other treatments in the past to no avail. The evidence did not suggest that enforced treatment was likely to improve his condition. Professor Starson preferred his altered state to what he viewed as the boredom of normalcy. His primary reason for refusing medication was its dulling effect on his thinking, which prevented his work as a physicist. Although the Board found that he failed to appreciate the possibility that his condition could worsen, the respondent was never asked about this. Given that he acknowledged the negative impacts of his

l'analyse de la juge siégeant en révision, aucun passage suggérant qu'elle aurait appliqué une norme de contrôle accordant moins de déférence.

Qui plus est, la preuve étaye amplement la décision de la juge siégeant en révision. La décision de la Commission relativement à la capacité reposait sur deux conclusions : le fait que le patient niait « presque totalement » l'existence des troubles mentaux et son inaptitude à évaluer les conséquences de sa décision. Si on laisse de côté, pour le moment, la question de savoir si la Commission a bien appliqué le critère de détermination de la capacité, il ressort d'un examen attentif de la preuve que ni l'une ni l'autre de ces conclusions n'est fondée.

À mon avis, comme je l'ai mentionné précédemment, la Commission semble avoir été indûment influencée par sa conviction que la médication était dans l'intérêt du professeur Starson. La Commission est arrivée à cette conclusion parce qu'elle a omis de se concentrer sur la considération prépondérante dans le présent pourvoi, c'est-à-dire la question de savoir si le patient adulte concerné avait la capacité mentale de décider d'accepter ou de refuser la médication prescrite. L'injection de psychotropes, contre le gré de l'intimé, constitue une atteinte très importante à sa dignité et à son autonomie et elle doit être évitée, sauf si l'on démontre qu'il n'était pas capable de prendre lui-même la décision à cet égard.

En mettant l'accent sur l'intérêt de l'intimé, la Commission a fait abstraction d'éléments prouvant de façon évidente sa capacité. Le professeur Starson a admis souffrir de troubles mentaux et il comprenait l'objectif de la médication proposée et les effets bénéfiques qu'elle pourrait avoir selon ses médecins. L'intimé avait suivi sans succès d'autres traitements dans le passé. Rien dans la preuve n'indiquait qu'un traitement forcé améliorerait vraisemblablement son état. Le professeur Starson préférerait son état anormal à ce qu'il a appelé l'ennuyeuse normalité. La raison principale pour laquelle il refuse la médication est qu'elle a pour effet d'émousser sa pensée, ce qui l'empêche de s'adonner à ses activités de physicien. Bien qu'elle ait conclu que l'intimé ne comprenait pas que son état puisse se détériorer, la Commission ne lui a posé aucune question à ce

illness and the need for treatment, it was unreasonable to conclude without further inquiry that he was unable to appreciate that possibility.

(a) *Acknowledgement of Disorder*

The reviewing judge observed, at para. 31, that there is no support for the Board's finding that Professor Starson's denial of his condition was "almost total". As she noted, at para. 30, Professor Starson expressly acknowledged before the Board that he displays symptoms of a bipolar disorder:

I certainly have exhibited the symptoms of these labels that you give . . . and certainly I have exhibited things that would be considered manic.

Professor Starson also stated that he had "mental problems 13 years ago that were difficult, almost impossible . . . to handle". While he did not believe that these problems were the result of mental illness, as noted above he is not required to recognize his condition in such terms. When asked by the attending physician whether the mental problems had been resolved, Professor Starson answered "no", and that those are problems that "through Dr. Posner, I will learn how to deal with . . . once I work it out with Dr. Posner". He also stated that due to his need for therapy, he would not leave the hospital at that time even if he were permitted to do so. Finally, he acknowledged that his own perception of reality differed from that held by others. This understanding was confirmed, as Molloy J. noted at para. 32, by letters from the patient's long-term friends.

It is true that Dr. Swayze expressed the view that the respondent was in denial of his disorder. The Board failed, however, to scrutinize the reasons for that view. Dr. Swayze stated that he had great difficulty eliciting Professor Starson's opinion regarding his condition. He ultimately inferred that he had no awareness of the condition based upon

sujet. Puisqu'il admettait les effets négatifs de sa maladie et le besoin d'être traité, il était déraisonnable de conclure, sans avoir approfondi davantage ce point, qu'il était incapable de comprendre que son état puisse se détériorer.

a) *Reconnaissance de l'existence de troubles mentaux*

Au paragraphe 31 de ses motifs, la juge siégeant en révision a dit que rien n'étaye la conclusion de la Commission selon laquelle le professeur Starson nie « presque totalement » son état. Comme l'a souligné la juge, le professeur Starson a expressément admis devant la Commission qu'il présente des symptômes de troubles bipolaires (au par. 30):

[TRADUCTION] J'ai certainement présenté les symptômes correspondant aux étiquettes que vous utilisez [. . .] et j'ai certainement présenté des signes qui seraient considérés comme maniaques.

Le professeur Starson a également déclaré avoir souffert [TRADUCTION] « il y a 13 ans de problèmes mentaux qu'il [lui] était difficile, voire presque impossible de gérer ». Bien qu'il ne croit pas que ces problèmes découlaient d'une maladie mentale, il n'est pas obligé, comme je l'ai mentionné plus tôt, de reconnaître son état dans ces termes précis. Lorsque le médecin traitant lui a demandé si ces problèmes avaient été résolus, le professeur Starson a répondu [TRADUCTION] « non », et il a poursuivi en affirmant : « je vais apprendre à composer avec [eux] [. . .] quand j'y aurai travaillé avec le Dr Posner ». Il a de plus déclaré que, comme il avait besoin d'une thérapie, il ne quitterait pas l'hôpital à ce moment-là, même si on le lui permettait. Finalement, il a reconnu que sa propre perception de la réalité était différente de celle des autres. Comme l'a souligné la juge Molloy au par. 32 de ses motifs, cette vision des choses a été confirmée dans des lettres écrites par des amis de longue date du patient.

Il est vrai que le Dr Swayze a exprimé l'opinion que l'intimé niait l'existence des troubles dont il souffre. Toutefois, la Commission a omis de creuser les motifs étayant cette opinion. Le Dr Swayze a déclaré qu'il avait beaucoup de difficulté à obtenir l'opinion du professeur Starson concernant son état. Il a en bout de ligne inféré que le patient n'était pas

the patient's statement that "[o]nly you people say I have an illness". This statement demonstrates only that Professor Starson did not accept the characterization of his unique mental functioning as an illness. The basis for the attending physician's conclusion, therefore, was premised on a misapprehension of the relevant legal test. In fact, Dr. Swayze later appeared to accept that Professor Starson is aware that his mental functioning is not normal:

His personal situation, his ability to function in the community has been extremely hampered and in no way has this disorder and its manifestations, which at times Professor Starson seems to be quite comfortable and enthusiastic about, have not been to benefit, they've only been to detriment. [Emphasis added.]

An interesting question is how Professor Starson could be "quite comfortable and enthusiastic" about his disorder and its manifestations without being aware of its existence.

95 As a result, Molloy J. properly concluded that there was no reasonable basis upon which the Board could decide that the patient was in almost total denial of his condition. On the contrary, the evidence demonstrates that although the patient did not conceive of the condition as an illness, he was quite aware that his brain did not function normally.

(b) *Ability to Appreciate Consequences of Treatment Decision*

96 The Board also found that the patient failed to appreciate both the benefits of treatment and the risks of non-treatment. These are considered in turn.

(i) Benefits of Treatment

97 The Board concluded that the patient failed to appreciate the foreseeable benefits of treatment, which it defined as "improvement in his delusional state, improved prospects before the Ontario Review Board in the future, and a possible resumption of his goals in the scientific field" (p. 18). These conclusions, as Molloy J. observes

conscient de son état de la déclaration suivante de ce dernier : [TRADUCTION] « [v]ous êtes les seuls à dire que je souffre d'une maladie ». Cette déclaration démontre uniquement que le professeur Starson n'accepte pas que l'on qualifie de maladie le fonctionnement particulier de son esprit. Par conséquent, la conclusion tirée par le médecin traitant reposait sur une mauvaise compréhension du critère légal pertinent. En fait, le Dr Swayze a semblé plus tard accepter que le professeur Starson était conscient que le fonctionnement de son esprit n'est pas normal :

[TRADUCTION] Sa situation personnelle, sa capacité de fonctionner dans la collectivité ont été considérablement affectées et ces troubles et leurs manifestations, à propos desquels le professeur Starson semble parfois très à l'aise et enthousiaste, n'ont été d'aucun bénéfice pour lui et n'ont fait que lui nuire. [Je souligne.]

Il est intéressant de se demander comment le professeur Starson pouvait être « très à l'aise et enthousiaste » à propos de ses troubles et de leurs manifestations sans être conscient de leur existence.

En conséquence, la juge Molloy a eu raison de conclure qu'il n'existait aucun motif raisonnable permettant à la Commission de décider que le patient niait presque totalement son état. Au contraire, la preuve démontre que le patient ne percevait pas son état comme une maladie mais que, malgré cela, il était parfaitement conscient que son cerveau ne fonctionnait pas normalement.

(b) *La capacité d'évaluer les conséquences d'une décision concernant le traitement*

La Commission a en outre conclu que le patient ne comprenait pas les effets bénéfiques du traitement et les risques découlant du refus de le suivre. Je vais examiner ces deux aspects à tour de rôle.

(i) Les effets bénéfiques du traitement

La Commission a estimé que le patient ne comprenait pas les effets bénéfiques prévisibles du traitement, effets qu'elle a décrits ainsi : [TRADUCTION] « amélioration de son état délirant, meilleures chances de succès devant la Commission ontarienne d'examen dans le futur et reprise possible de la poursuite de ses objectifs scientifiques » (p. 18).

at para. 60, are not supported by any basis in the record.

There was no evidence that the proposed medication was likely to ameliorate Professor Starson's condition. Dr. Swayze testified that it was "unclear" whether treatment would facilitate a "normal functioning level", and that treatment in the past had never enabled Professor Starson to function adequately. Dr. Posner noted that in general, only 60 percent of patients treated with neuroleptics respond favourably to new treatment. The evidence does not suggest that Professor Starson would fall into that category. He stated that medication attempts "have always been the most horrible experiences of my life". The end goal of the proposed treatment was to place Professor Starson on mood stabilizers. Both Professor Starson and Dr. Swayze confirmed that he had tried different mood stabilizers in the past. The respondent testified that he had "been through all the treatment [and] it hasn't worked".

Furthermore, Professor Starson appreciated the intended effects of the medication: "I've been through these chemicals that they propose before — and I know the effects and what they want to achieve is slow down my brain, basically . . .". The attending physician agreed that the purpose of the medication was to slow down Professor Starson's brain to a normal range:

If by that he refers to slowing down (inaudible) speech, or racing thoughts, or intrusive thoughts, which would be characteristic elements in a manic episode, then that is my intention. If it is to blunt him beyond what would be put (inaudible) of a normal range of mood and thought process without psychosis, then that is my intent.

The respondent's stated position on medication was that "should the individual think the medications are helping them, by all means then the individual should be on the medications". As noted, however, his past experience led him to believe that the

Comme l'a souligné la juge Molloy au par. 60 de ses motifs, ces conclusions ne trouvent aucun appui dans le dossier.

Il n'y avait aucun élément de preuve indiquant que la médication proposée améliorerait vraisemblablement l'état du professeur Starson. Le Dr Swayze a témoigné qu'il était [TRADUCTION] « incertain » que le traitement favoriserait un « fonctionnement normal » et il a ajouté que les traitements suivis par le professeur Starson dans le passé ne lui avaient jamais permis de fonctionner adéquatement. Le Dr Posner a souligné que, en règle générale, 60 p. 100 seulement des patients prenant des neuroleptiques répondent bien à un nouveau traitement. Rien dans la preuve n'indique que le professeur Starson ferait partie de cette catégorie. Celui-ci a déclaré que les tentatives de traitement par médication [TRADUCTION] « ont toujours été les expériences les plus horribles de sa vie ». L'objectif ultime du traitement proposé était de faire prendre des psychorégulateurs au professeur Starson. Le Dr Swayze et le professeur Starson ont confirmé que ce dernier avait essayé différents psychorégulateurs dans le passé. L'intimé a déclaré : [TRADUCTION] « j'ai suivi le traitement complet [et] ça n'a pas fonctionné ».

De plus, le professeur Starson comprenait les effets escomptés de la médication : [TRADUCTION] « [j']ai pris dans le passé les substances chimiques qu'on propose de me faire prendre — et j'en connais les effets, et je sais que ce qu'on veut accomplir c'est ralentir mon cerveau, essentiellement . . . ». Le médecin traitant a reconnu que l'objectif de la médication était de ralentir le cerveau du professeur Starson à un degré d'activité normal :

[TRADUCTION] S'il veut dire par là ralentir (inaudible) le débit de ses propos, le flot de ses pensées ou les pensées perturbatrices, qui sont des éléments caractéristiques d'un épisode maniaque, alors oui c'est là mon intention. Si c'est l'empêcher de déborder (inaudible) les variations normales d'humeur et le fonctionnement normal de l'esprit sans psychose, alors oui c'est là mon intention.

L'intimé a exprimé ainsi sa position sur les médicaments : [TRADUCTION] « si la personne concernée croit que les médicaments l'aident, alors de grâce qu'elle les prenne ». Toutefois, comme je l'ai indiqué plus tôt, les expériences antérieures

medication would not help him. Although Professor Starson did not believe the medication would affect his sense of reality, there was no clear evidence, as the reviewing judge observed, with respect to the nature and extent of Professor Starson's delusions or "as to what delusions the medication would eliminate or control" (Molloy J., at para. 61).

100 There was also no evidence that treatment would improve the patient's prospects before the ORB. The Board, as Molloy J. observed at para. 62, is not suited to predict "the future determination of a wholly separate administrative tribunal which must apply different criteria and a different legal test". Neither Dr. Swayze nor the Board had even received the ORB's reasons for decision. In these circumstances, the Board's conclusion that treatment would improve Professor Starson's chances at future ORB hearings is entirely speculative.

101 Most importantly, the Board appears to have entirely misapprehended the respondent's reasons for refusing medication. The Board acknowledged only that he had "some antipathy to the medication as a result of suffering side effects in the past" (p. 17). In *Fleming v. Reid, supra*, Robins J.A. observed, at p. 84, that neuroleptic medication carries with it "significant, and often unpredictable, short term and long term risks of harmful side effects". Professor Starson clearly appreciated the extent of these risks. However, it was the intended purpose of the medication that he primarily objected to.

102 Professor Starson stated that the medication's normalizing effect "would be worse than death for me, because I have always considered normal to be a term so boring it would be like death". The evidence indicates that the dulling effects of

du professeur Starson l'ont amené à croire que la médication proposée ne l'aiderait pas. Malgré le fait que le professeur Starson ne croyait pas que la médication affecterait son sens de la réalité, il n'y avait cependant aucune preuve claire, comme l'a souligné la juge siégeant en révision, concernant la nature et l'étendue du délire du professeur Starson ou [TRADUCTION] « le délire que la médication éliminerait ou maîtriserait » (motifs de la juge Molloy, par. 61).

Il n'y avait pas non plus de preuve que le traitement améliorerait les chances de succès du patient devant la COE. Comme l'a mentionné la juge Molloy, au par. 62 de ses motifs, la Commission n'est pas en mesure de prédire [TRADUCTION] « la décision future d'un tribunal administratif tout à fait distinct, qui doit appliquer un test légal et des critères différents ». Ni le Dr Swayze ni la Commission n'avaient même reçu les motifs de la décision de la COE. Dans ces circonstances, la conclusion de la Commission selon laquelle le traitement améliorerait les chances de succès du professeur Starson à l'occasion de futures auditions de sa cause par la COE relève entièrement de la conjecture.

Élément plus important encore, la Commission semble avoir vraiment mal compris les raisons pour lesquelles l'intimé refuse la médication. La Commission a seulement retenu qu'il manifestait [TRADUCTION] « une certaine aversion envers la médication parce qu'il avait souffert d'effets secondaires dans le passé » (p. 17). Dans l'arrêt *Fleming c. Reid*, précité, p. 84, le juge Robins de la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que les médicaments neuroleptiques emportent [TRADUCTION] « à court et à long terme des risques importants, souvent imprévisibles, d'effets secondaires dommageables ». Le professeur Starson comprenait clairement l'ampleur de ces risques. Toutefois, c'est principalement à l'objectif visé par la médication qu'il s'opposait.

Relativement à l'effet normalisant de la médication, le professeur Starson a dit ceci : [TRADUCTION] « [ce] serait pire que la mort pour moi, parce que j'ai toujours considéré que le terme normal évoque un concept si ennuyeux que ce

medication transformed Professor Starson “into a struggling-to-think ‘drunk’”, a result that precluded him from pursuing scientific research. Professor Starson stated unequivocally that every drug he had previously tried had hampered his thinking. As a result, there was no basis for the Board to find that a possible benefit of treatment would be the resumption of his work as a physicist. The evidence, in fact, suggests just the opposite. It is apparent from the record that Professor Starson values his ability to work as a physicist above all other factors. It is clear that he views the cure proposed by his physicians as more damaging than his disorder.

(ii) Risks of Non-Treatment

The Board also found that the respondent “does not appreciate the consequences of a decision to refuse medication, that is the likelihood that his mental disorder will worsen” (p. 18). There was speculation that his condition had begun to deteriorate, but little evidentiary basis to gage the validity of that speculation. Dr. Swayze noted that since “manic episodes tend to resolve spontaneously, treated or otherwise”, he initially had believed that the patient’s condition would improve. He ultimately concluded that the record of Professor Starson’s prior hospitalizations would suggest “a chronic, unremitting course”, but he did not express a belief that the condition was deteriorative.

Dr. Posner disagreed, and stated that he felt the evidence suggests “a progressive psychotic state”. In contrast to Dr. Swayze, he noted that the literature suggests that untreated mania “can and often does progress in severity”. Dr. Posner felt that the patient “is in control a good, but not complete, percentage of the time”. However, he observed that Professor Starson had not published in journals in the three

serait comme la mort ». La preuve révèle que les effets abrutissants de la médication transformaient le professeur Starson [TRADUCTION] « en un “ivrogne” ayant de la difficulté à penser », ce qui l’empêchait de poursuivre ses recherches scientifiques. Le professeur Starson a déclaré de façon non équivoque que tous les médicaments qu’il avait essayés dans le passé avaient ralenti son esprit. Par conséquent, rien ne permettait à la Commission de conclure que l’un des effets bénéfiques possibles du traitement serait la reprise de son travail de physicien. En fait, la preuve suggère tout le contraire. Il ressort nettement du dossier que, pour le professeur Starson, sa capacité de travailler comme physicien domine tous les autres facteurs. Il est clair qu’il considère le traitement proposé par ses médecins plus dommageable que ses troubles mentaux.

(ii) Les risques découlant de l’absence de traitement

La Commission a de plus conclu que l’intimé [TRADUCTION] « ne comprend pas les conséquences du refus de prendre la médication, c’est-à-dire que ses troubles mentaux empireront vraisemblablement » (p. 18). On a laissé entendre que son état avait commencé à se détériorer, mais il y avait peu d’éléments de preuve permettant de juger de la validité de cette affirmation. Le Dr Swayze a souligné que, comme [TRADUCTION] « les épisodes maniaques tendent à disparaître spontanément, qu’ils soient traités ou non », il avait d’abord cru que l’état du patient s’améliorerait. Il a finalement conclu, à la lumière des hospitalisations antérieures du professeur Starson, à [TRADUCTION] « un état chronique, sans périodes d’accalmie », mais il n’a pas dit croire que l’état de celui-ci se détériorait.

Le Dr Posner n’a pas souscrit à cette opinion et il a dit estimer que la preuve indique [TRADUCTION] « un état psychotique progressif ». À la différence du Dr Swayze, il a souligné que la littérature suggère que les manies non traitées [TRADUCTION] « peuvent s’aggraver, et, de fait, le font souvent ». Le Dr Posner a estimé que le patient [TRADUCTION] « est en possession de ses moyens une bonne partie

or four years preceding the hearing, and that conversations with other psychiatrists suggested that Professor Starson was relatively more irritable than he had been in the past. As a result, he felt that the patient's condition was likely to worsen. However, as Dr. Posner noted, it was unclear whether medication could impede the condition's deterioration.

105 Putting aside this scant evidentiary basis, Professor Starson was never asked at the hearing whether he understood the possibility that his condition could worsen without treatment. The presumption, of course, is that a patient has the ability to appreciate the consequences of a treatment decision. The onus is not on Professor Starson to prove this ability. As noted above, Professor Starson was alert to the presence of a mental condition and the need to be in hospital to treat that condition. In light of his awareness of the need for treatment, it was unreasonable for the Board to conclude, without further inquiry, that the respondent failed to appreciate the possibility that his condition could worsen.

106 In summary, there was no basis to find that Professor Starson lacked awareness of his condition or that he failed to appreciate the consequences of treatment. In the absence of these findings, there was no support for the Board's ultimate finding of incapacity. As a result, Molloy J. correctly set aside the Board's decision.

107 I disagree with the conclusion of my colleague, McLachlin C.J. Her reasons, with respect, appear to disregard the bulk of Professor Starson's testimony. Absent is the candid acknowledgement by him of his mental problems, his obvious appreciation of the intended purpose of the medication, the admitted uncertainty by the doctors that treatment would improve Professor Starson, the failure in the past of mood stabilizers, which was the end goal of the

du temps, mais pas tout le temps ». Toutefois, il a fait remarquer que le professeur Starson n'avait pas écrit dans des revues scientifiques au cours des trois ou quatre années qui ont précédé l'audience et qu'il est ressorti de conversations avec d'autres psychiatres que le professeur Starson était relativement plus irritable qu'il l'avait été dans le passé. Par conséquent, il a jugé que l'état du patient allait vraisemblablement se détériorer. Cependant, comme l'a souligné le Dr Posner, on ne savait pas si la médication pouvait empêcher la détérioration de l'état du patient.

Abstraction faite de cette maigre preuve, à aucun moment au cours de l'audience on n'a demandé au professeur Starson s'il était conscient de la possibilité que son état se détériore en l'absence de traitement. La présomption est, bien sûr, que le patient a la capacité d'évaluer les conséquences d'une décision concernant un traitement. Il n'incombe pas au professeur Starson de prouver cette capacité. Comme je l'ai souligné plus tôt, le professeur Starson était conscient qu'il souffrait de problèmes mentaux et qu'il devait être hospitalisé pour recevoir des traitements à cet égard. Comme le professeur Starson était conscient qu'il avait besoin d'être traité, il n'était pas raisonnable pour la Commission de conclure, sans un examen plus poussé, que l'intimé ne comprenait pas que son état pourrait se détériorer.

En résumé, rien ne permettait de considérer que le professeur Starson était inconscient de son état ou qu'il ne comprenait pas les conséquences du traitement. En l'absence de telles constatations, rien ne justifiait la Commission de conclure à l'incapacité. Par conséquent, la juge Molloy a eu raison d'annuler la décision de la Commission.

Je ne peux souscrire à la conclusion de ma collègue la juge en chef McLachlin. En toute déférence, ses motifs semblent faire abstraction de la majeure partie du témoignage du professeur Starson. Ils ne font pas état des éléments suivants : la franche admission par l'intimé qu'il souffre de problèmes mentaux; sa compréhension évidente de l'objectif visé par la médication; le fait que les médecins reconnaissent qu'ils ne sont pas certains que le

proposed treatment (see para. 98), and his rationale for refusing the medication.

The respondent recognized the need for treatment as evidenced by his express request to remain in hospital to work through his problems with Dr. Posner. Although McLachlin C.J. accepts that the respondent was aware of his condition and its manifestations, she concludes that his denial of illness renders him incapable. The conclusion of his incapacity is founded on his disagreement with the diagnosis of his physicians. In my respectful view, this was the error the Board made. The conclusion of the Board adopted by McLachlin C.J. comes from an appraisal of the patient's best interests rather than whether the evidence established his capacity to decide.

(2) The Board's Misapplication of the Capacity Test

Although the above findings are sufficient to dispose of the appeal, Molloy J. also observed that the Board misapplied the statutory test for capacity. I agree with that conclusion.

The interpretation of the legal standard for capacity is a question of law: see *Southam, supra*, at para. 35. No deference is owed to the Board on this issue. As noted above, the broad statutory right of appeal and adjudicative nature of the proceedings militate against deference. Furthermore, courts clearly have relative expertise on general questions of statutory interpretation. One of the stated purposes of the Act is to provide for the consistent application of its rules: s. 1. Consistency requires courts to ensure that individual panels do not diverge in their interpretation of statutory provisions. Finally, this question of law has broad application and need not be resolved anew on each appeal. A correctness standard of review on this

traitement améliorerait l'état du professeur Starson; l'inefficacité des psychorégulateurs dans le passé, médicaments dont l'administration était l'objectif du traitement proposé (voir le par. 98) et, enfin, la raison invoquée par l'intimé pour refuser la médication.

L'intimé a reconnu qu'il avait besoin de traitements, comme en témoigne d'ailleurs le fait qu'il a expressément demandé à demeurer hospitalisé pour trouver une solution à ses problèmes avec l'aide du Dr Posner. Bien qu'elle accepte que l'intimé était conscient de son état et de ses manifestations, la juge en chef McLachlin estime que le fait qu'il nie sa maladie le rend incapable. La conclusion selon laquelle l'intimé est incapable repose sur le fait qu'il est en désaccord avec le diagnostic de ses médecins. À mon humble avis, il s'agit là de l'erreur commise par la Commission. La conclusion de cette dernière, que la juge en chef McLachlin fait sienne, repose sur l'évaluation de l'intérêt du patient plutôt que sur l'appréciation, au regard de la preuve, de la capacité de celui-ci de décider.

(2) L'application erronée par la Commission du critère de détermination de la capacité

Bien que les conclusions qui précèdent suffisent pour trancher le pourvoi, ajoutons que la juge Molloy a également souligné que la Commission avait mal appliqué le critère prévu par la Loi pour statuer sur la capacité. Je suis d'accord avec cette conclusion.

L'interprétation de la norme légale concernant la capacité est une question de droit : voir l'arrêt *Southam*, précité, par. 35. Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur cette question. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'existence d'un large droit d'appel et la nature juridictionnelle de la procédure militent contre la manifestation de déférence. De plus, les tribunaux judiciaires possèdent clairement une expertise relative à l'égard des questions générales d'interprétation législative. L'un des objectifs exprès de la Loi est de prévoir des règles qui s'appliquent de façon uniforme : art. 1. Pour assurer cette application uniforme, il faut que les tribunaux judiciaires veillent à ce que les comités de la Commission

108

109

110

issue will not impede the expeditious treatment of patients.

111

The Board found that Professor Starson failed to appreciate the risks and benefits of treatment, but neglected to address whether the reasons for that failure demonstrated an inability to appreciate those risks and benefits. Molloy J. observed, at para. 74:

The Board's . . . conclusions appear to be based on its perception that Professor Starson *failed* to understand the information or appreciate the consequences as evidenced by his refusal to agree that he should have the recommended treatment, rather than any evidence that his mental disorder prevented him from being *able* to understand and appreciate. [Emphasis in original.]

As noted above, a patient's failure to recognize consequences does not necessarily reflect an inability to appreciate consequences. It is critical that the Board determine whether the reasons for a patient's failure to appreciate consequences demonstrate that the patient is unable, as result of his condition, to appreciate those consequences. In this case, the Board stated that the patient failed to appreciate the consequences of treatment with regard to future dispositions by the ORB. However, neither of the psychiatrists who testified had discussed any of these possible consequences with the patient. Professor Starson's perceived failure in this regard might have simply reflected the psychiatrists' failure to inform him of the potential consequences.

112

Furthermore, as noted above, the Board's reasons indicate that it strayed from its legislative mandate to adjudicate solely upon the patient's capacity. The Board stated at the outset of its reasons that "it viewed with great sadness the current situation of the patient" (p. 15), and later noted that "his life has been devastated by his mental disorder"

n'interprètent pas différemment les dispositions législatives. Finalement, il s'agit d'une question de droit qui a une large portée et qu'il n'est pas nécessaire de trancher à chaque appel. L'application, à l'égard de cette question, de la norme de la décision correcte ne fera pas obstacle au traitement rapide des patients.

La Commission a jugé que le professeur Starson ne comprenait pas bien les risques et les effets bénéfiques du traitement, mais elle a omis de se demander si cette incompréhension démontrait l'incapacité de l'intimé d'évaluer ces risques et ces effets bénéfiques. La juge Molloy a fait les observations suivantes, au par. 74 de ses motifs :

[TRADUCTION] Les conclusions [. . .] de la Commission semblent fondées sur sa perception selon laquelle le professeur Starson *n'a pas* compris les renseignements ou *n'a pas* bien évalué les conséquences, comme en fait foi son refus d'admettre qu'il devrait suivre le traitement recommandé, plutôt que sur une preuve démontrant que ses troubles mentaux l'empêchaient d'être *capable* de comprendre et d'évaluer. [En italique dans l'original.]

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le fait qu'un patient ne reconnaisse pas l'existence de certaines conséquences ne signifie pas nécessairement qu'il est incapable de les évaluer. Il est essentiel que la Commission se demande si les raisons pour lesquelles un patient n'a pas bien évalué certaines conséquences démontrent que celui-ci est incapable, à cause de son état, de les évaluer. En l'espèce, la Commission a déclaré que le patient n'avait pas évalué les conséquences du traitement eu égard aux décisions futures de la COE. Toutefois, ni l'un ni l'autre des psychiatres qui a témoigné n'a discuté avec le patient de ces conséquences potentielles. Le défaut de compréhension dont le professeur Starson aurait, prétend-on, fait montre à cet égard reflète peut-être simplement l'omission des psychiatres de l'informer de ces conséquences potentielles.

En outre, comme il a été mentionné précédemment, il ressort des motifs de la Commission qu'elle s'est éloignée du mandat que lui confie la Loi, à savoir décider uniquement de la capacité du patient. Dès le début de ses motifs, la Commission a déclaré que [TRADUCTION] « l'état du patient l'attristait énormément » (p. 15), et, plus loin, elle a souligné

(p. 16). Putting aside the fact that the respondent entirely disagreed with those statements, the tenor of the comments indicate that the Board misunderstood its prescribed function. The Board's sole task was to determine the patient's mental capacity. The wisdom of Professor Starson's treatment decision is irrelevant to that determination. If Professor Starson is capable, he is fully entitled to make a decision that the Board, or other reasonable persons, may perceive as foolish. The Board improperly allowed its own conception of Professor Starson's best interests to influence its finding of incapacity.

I conclude that Molloy J. correctly decided that the Board misapplied the legal test for capacity.

C. *Evidentiary Issues*

The appellant raises two other arguments: that the reviewing judge erred in her approach to hearsay evidence, and that the Court of Appeal erred in its refusal to admit new evidence.

(1) Hearsay Evidence

The appellant argues that the reviewing judge wrongly interfered with the Board's discretion to determine the weight of hearsay evidence regarding previous threats made by the patient. This finding was tangential to the reviewing judge's decision and had no bearing on her disposition of the case. As a result, the issue is of no consequence to the outcome of the appeal. In any event, there was no error in the reviewing judge's approach to the hearsay evidence. As she observed, there is no doubt that such evidence is admissible before the Board: see the *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 15(1). Hearings must be conducted in an expeditious manner to ensure that treatment decisions can be made without undue delay. To fulfill that mandate, the Board will often be forced to rely on hearsay evidence to become fully informed of a patient's circumstances. The weight to be accorded

que « [l]a vie [de ce dernier] avait été dévastée par ses troubles mentaux » (p. 16). Abstraction faite du fait que l'intimé s'est dit en complet désaccord avec ces déclarations, la teneur de ces commentaires indiquent que la Commission n'a pas bien compris le rôle qui lui est confié. Cette dernière a pour unique tâche de décider de la capacité mentale du patient. La sagesse de la décision du professeur Starson concernant le traitement n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. Si le professeur Starson est capable, il a parfaitement le droit de prendre une décision que la Commission, ou d'autres personnes raisonnables, peuvent considérer comme insensée. La Commission a laissé sa propre conception de l'intérêt du professeur Starson influencer indûment la conclusion qu'elle a tirée sur l'incapacité.

J'estime que la juge Molloy a à juste titre décidé que la Commission avait mal appliqué le critère légal de détermination de la capacité.

C. *Questions touchant la preuve*

L'appellant a soulevé deux autres arguments : la juge siégeant en révision s'est trompée relativement à la preuve par ouï-dire; la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'admettre de nouveaux éléments de preuve.

(1) La preuve par ouï-dire

L'appellant prétend que la juge siégeant en révision a modifié à tort une décision qui relevait du pouvoir discrétionnaire de la Commission et concernait le poids à accorder à la preuve par ouï-dire touchant les menaces que le patient aurait proférées par le passé. Cette conclusion était accessoire à la décision rendue par la juge siégeant en révision et n'a eu aucune influence sur la façon dont elle a tranché l'affaire. Par conséquent, la question n'a aucune importance quant à l'issue du pourvoi. Quoi qu'il en soit, la juge siégeant en révision n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la preuve par ouï-dire. Comme elle l'a souligné, il est clair qu'une telle preuve est admissible devant la Commission : voir la *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, par. 15(1). Les audiences doivent être menées avec diligence, afin que les décisions concernant les traitements

113

114

115

to such evidence is normally a matter that is left to the discretion of the Board. Nonetheless, the Board must be careful to avoid placing undue emphasis on uncorroborated evidence that lacks sufficient indicia of reliability, a fact it failed in this case to observe.

(2) New Evidence on Appeal

116 The appellant brought a motion before the Court of Appeal to hear new evidence. The evidence concerned Professor Starson's current mental status and a subsequent disposition order by the ORB. Section 80(9) of the Act provides as follows:

The court shall hear the appeal on the record, including the transcript, but may receive new or additional evidence as it considers just.

117 The appellant provided this Court with no details of the evidence that it sought to admit. As a result, there is no measure to assess the Court of Appeal's decision to reject it.

118 A patient's capacity may fluctuate over time. The Board's decision is specific to the patient's capacity at the time of the hearing. A finding that Professor Starson is capable may have an important effect on future treatment decisions. If he subsequently becomes incapacitated, the attending physician needs consent to treatment from his substitute decision-maker: see s. 10(1)(b) of the Act. If the substitute decision-maker knows of a prior capable wish that is applicable to the circumstances, consent must be given or refused in accordance with that wish: s. 21. Consequently, the Board's previous determination that Professor Starson was capable may be relevant to whether he had expressed wishes that are applicable to future circumstances. If so, he has the right to have that capacity recognized in law, so that sufficient

puissent être prises sans délai indu. Pour s'acquitter de cette tâche, la Commission est souvent obligée de se fier à de la preuve par ouï-dire pour recueillir toute l'information requise sur l'état d'un patient. Le poids qu'il convient d'accorder à une telle preuve est normalement une question qui est laissée à l'appréciation de la Commission. Néanmoins, cette dernière doit éviter d'accorder une importance trop grande à des éléments de preuve non corroborés et ne comportant pas suffisamment d'indices de fiabilité, règle dont elle a omis de tenir compte en l'espèce.

(2) Réception de nouvelles preuves en appel

L'appelant a présenté à la Cour d'appel une requête demandant à celle-ci de recevoir de nouvelles preuves. Ces preuves portaient sur l'état mental du professeur Starson à ce moment et sur une décision qui avait été rendue ultérieurement par la COE. Le paragraphe 80(9) de la Loi prévoit ce qui suit :

Le tribunal entend l'appel d'après le dossier, y compris la transcription, mais il peut recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable.

L'appelant n'a donné aucun détail à la Cour relativement à la preuve qu'il voulait présenter. Par conséquent, il n'y a aucune base permettant d'évaluer la décision de la Cour d'appel de la rejeter.

La capacité d'un patient peut varier avec le temps. La Commission rend sa décision en fonction de la capacité du patient au moment de l'audience. Le fait de conclure à la capacité du professeur Starson peut avoir des répercussions importantes sur de futures décisions concernant les traitements. En effet, s'il devient incapable ultérieurement, le médecin traitant a besoin du consentement du mandataire spécial du patient : voir l'al.10(1)(b) de la Loi. Le mandataire qui sait que, lorsqu'il était encore apte à le faire, l'incapable a exprimé un désir applicable aux circonstances, doit donner ou refuser son consentement conformément au désir ainsi exprimé : art. 21. Par conséquent, une décision antérieure de la Commission selon laquelle le professeur Starson était capable peut être pertinente pour décider si le patient avait exprimé des désirs

recognition may be accorded to any wishes expressed at that time.

Accordingly, on judicial review under the *Health Care Consent Act, 1996*, a court's task is to determine the reasonableness of the Board's finding in relation to the patient's capacity at the time of the hearing. New evidence relating to the patient's deterioration after the time of hearing is irrelevant to that determination. This is to be contrasted with the situation dealt with in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33, released concurrently, in which fresh evidence of the deterioration of the mental condition of a person held not criminally responsible on account of mental disorder was ruled properly admissible on the issue of whether the individual should receive an absolute discharge or be further detained as a significant risk to public safety. In this case there is no issue of public safety. If a patient's condition worsens after a capacity hearing, it is open to the attending physician to make another finding of incapacity, which the patient can again challenge before the Board. In light of the relative expertise of the Board on factual determinations of capacity, and the expeditious manner in which it is able to deal with hearings, the Board is clearly the most appropriate forum for new evidence to be examined.

VI. Conclusion

The reviewing judge properly held that the Board's finding of incapacity was unreasonable, and that the Board misapplied the statutory test for capacity. There is no basis to find that either of the courts below erred on the evidentiary issues that were raised by the appellant. Accordingly, I would dismiss the appeal.

applicables aux circonstances futures. Si tel est le cas, il a le droit de faire reconnaître juridiquement cette capacité, pour qu'on tienne suffisamment compte des désirs exprimés à ce moment-là.

En conséquence, la tâche du tribunal judiciaire en cas de contrôle fondé sur la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* consiste à décider si la Commission a tiré une conclusion raisonnable eu égard à la capacité du patient au moment de l'audience. De nouveaux éléments de preuve concernant la détérioration de l'état de santé du patient après l'audience ne sont pas pertinents à l'égard de cette décision. Il faut distinguer la présente affaire de l'arrêt *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33, rendu à la même date, dans lequel la Cour a jugé que des éléments de preuve nouveaux concernant la détérioration de l'état mental d'une personne faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux étaient admissibles pour décider si cette personne devait se voir accorder une absolution inconditionnelle ou être maintenue en détention parce qu'elle représentait un risque important pour la sécurité du public. En l'espèce, la sécurité du public n'est pas en cause. Si l'état d'un patient se détériore après la tenue de l'audience sur la capacité, il est loisible au médecin traitant de conclure une fois de plus à l'incapacité du patient, conclusion que ce dernier pourra contester à nouveau devant la Commission. Compte tenu de son expertise relative en matière de décisions sur la capacité au regard des faits et de la manière expéditive avec laquelle elle peut tenir ses audiences, la Commission est manifestement le forum qui se prête le mieux à l'examen de nouveaux éléments de preuve.

VI. Conclusion

La juge siégeant en révision a décidé à juste titre que la conclusion d'incapacité tirée par la Commission était déraisonnable et que cette dernière avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la Loi. Rien ne permet de conclure que l'une ou l'autre des décisions dont appel comporte une erreur sur les questions de preuve soulevées par l'appellant. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Hiltz Szigeti, Toronto.

Solicitors for the intervener the Schizophrenia Society of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Centre for Addiction and Mental Health: Paterson MacDougall, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Swadron Associates, Toronto.

Pourvoi rejeté, la juge en chef MCLACHLIN et les juges GONTHIER et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de schizophrénie : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Centre de toxicomanie et de santé mentale : Paterson MacDougall, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Swadron Associates, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Terry Steven Owen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OWEN

Neutral citation: 2003 SCC 33.

File No.: 28700.

2003: January 15; 2003: June 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by Review Board — Standard of review applicable to Board's order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Dispositions by Review Board — Accused found not criminally responsible on account of mental disorder — Accused having ongoing substance abuse problems and continuing to show some propensity towards violence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether Board's order unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Appeal on transcript — Additional evidence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether fresh post-review affidavit evidence adduced by Crown properly excluded by Court of Appeal — Meaning of "interests of justice" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.73(1).

The respondent was found to be not criminally responsible ("NCR") on account of mental disorder for the offence of second degree murder committed in 1978 in a psychotic state induced by drug abuse. Following a period of detention in various institutions for mental

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Terry Steven Owen *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. OWEN

Référence neutre : 2003 CSC 33.

N° du greffe : 28700.

2003 : 15 janvier; 2003 : 6 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions de la Commission d'examen — Norme de contrôle applicable à l'ordonnance de la Commission — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.78.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d'examen — Décisions de la Commission d'examen — Accusé déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux — Accusé éprouvant toujours des problèmes d'abus d'alcool et d'autres drogues et démontrant une propension persistante à la violence — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — L'ordonnance de la Commission est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.78.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d'examen — Appel tranché sur le fondement de la transcription — Preuve additionnelle — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — La nouvelle preuve par affidavit, postérieure à la révision, que le ministère public a offerte a-t-elle été exclue à bon droit par la Cour d'appel? — Sens de l'expression « lorsqu[e]... la justice l'exige » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.73(1).

L'intimé a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux d'une infraction de meurtre au deuxième degré qu'il avait commise en 1978 dans un état de psychose provoqué par la consommation de drogue. Après une période de détention dans

health care, he was gradually released into the community until 1987 when he was convicted of possession of a prohibited weapon, break and enter with intent to commit an indictable offence and possession of property obtained by crime. After the completion of his sentence, the respondent was returned to custodial care, where other incidents involving violence occurred. Efforts were again made to release the respondent gradually into the community, but the problems with substance abuse re-occurred, and he continued to show some propensity towards violence. Review Board dispositions in 1994, 1995 and 1996 provided for conditional discharges but in 1997, when the respondent's urine tested positive for cannabis, the psychiatric hospital told the Board that it could no longer support a conditional discharge order because of the respondent's continued substance abuse and the hospital's need for flexibility "to react quickly to known increases in risk".

Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, the Board's disposition must be the least onerous and least restrictive to the accused, having regard to (1) the need to protect the public from dangerous persons, (2) the mental condition of the accused, (3) the reintegration of the accused into society and (4) the other needs of the accused. The Board, after a full hearing, concluded that the respondent constituted a significant danger to the safety of the public and ordered his continued detention at a psychiatric hospital. At the Court of Appeal, the Crown sought to bolster the Board's decision with fresh affidavit evidence which alleged that, since the date of the Board hearing, the respondent had punched another patient, threatened to kill yet another patient, and was found in possession of prohibited drugs. The Court of Appeal declined to admit the fresh evidence, proceeded to review the Board's order based on the evidence available at the original hearing, set aside the Board's order as unreasonable, and directed that the respondent be absolutely discharged.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed. The Review Board's order was not unreasonable and should be reinstated.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: The Review Board's assessments of mental disorders and attendant safety risks call for significant expertise and the appropriate standard of review, reflected in s. 672.78 of

différents établissements de soins de santé mentale, il a été progressivement remis en liberté dans la collectivité jusqu'en 1987, lorsqu'il a été reconnu coupable de possession d'une arme prohibée, d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel et de possession de biens criminellement obtenus. Après avoir purgé sa peine, l'intimé est retourné en détention à l'hôpital où d'autres incidents de violence sont survenus. De nouveaux efforts ont été faits pour le remettre progressivement en liberté dans la collectivité, mais ses problèmes d'abus d'alcool et d'autres drogues ont refait surface et il a continué à démontrer une certaine propension à la violence. La Commission d'examen a décidé, en 1994, 1995 et 1996, de libérer l'intimé sous conditions, mais en 1997, le test d'urine de l'intimé ayant révélé la présence de cannabis, l'hôpital psychiatrique a fait savoir à la Commission qu'il ne pouvait désormais plus être en faveur d'une ordonnance de libération conditionnelle de l'intimé en raison de son abus persistant d'alcool et d'autres drogues et du fait que l'hôpital avait besoin d'une certaine marge de manœuvre pour « réagir rapidement à l'aggravation connue du risque ».

Par application de l'art. 672.54 du *Code criminel*, la décision de la Commission doit être la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu (1) de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, (2) de l'état mental de l'accusé et (3) de ses besoins, notamment (4) de la nécessité de sa réinsertion sociale. Au terme d'une audition complète, la Commission a conclu que l'intimé représentait un danger important pour la sécurité du public et ordonné le maintien de sa détention dans un hôpital psychiatrique. Devant la Cour d'appel, le ministère public a voulu renforcer la décision de la Commission en produisant de nouveaux éléments de preuve par affidavit alléguant que, depuis l'audition tenue devant la Commission, l'intimé avait frappé un patient et menacé d'en tuer un autre, en plus d'avoir été trouvé en possession de drogues interdites. Refusant d'admettre cette nouvelle preuve, la Cour d'appel a révisé l'ordonnance de la Commission au regard de la preuve disponible lors de l'audition initiale, annulé l'ordonnance de la Commission jugée déraisonnable et ordonné la libération inconditionnelle de l'intimé.

Arrêt (la juge Arbour est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Commission d'examen n'était pas déraisonnable et doit être rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps : L'évaluation par la Commission d'examen des troubles mentaux et des risques pour la sécurité qui y sont associés fait appel à une grande expertise et la

the *Criminal Code*, corresponds to reasonableness *simpliciter*.

The Court of Appeal reweighed the evidence and found it wanting. That assessment, however, was for the Board to make, and the decision it made was reasonably open to it on the evidence. It was not enough to suggest that other members of other review boards might have taken a different view of the evidence. The Review Board could reasonably conclude that the respondent's demonstrated capacity for violence when taking amphetamines or cocaine, now linked to recent evidence of resumed use of cocaine, rendered him a significant threat to the public's safety. The "logical process" by which it sought to draw its conclusion from the resumed use of cocaine was squarely within its expertise.

The Ontario Court of Appeal pointed out that from 1994 to 1996 the respondent had been granted conditional discharges, but in 2000 the Review Board was required to deal with the respondent's situation as it found it to be in 2000. The various hospital recommendations from 1994 to 1999 were made at a time when the hospital mistakenly believed that the respondent was undertaking successful steps to control the substance abuse that, in its view, had been the catalyst for earlier acts of violence.

Given the continuing use of cocaine and the consequent risk to society posed by the respondent, it was also not unreasonable for the Review Board to have concluded that its disposition was the least onerous and least restrictive alternative. The respondent's own history of drug abuse and concealment persuaded the Review Board that there was little prospect of his drug habit being effectively controlled with the sporadic supervision available after release into the community.

The respondent says that he is entitled to an absolute discharge because if he were to re-offend while on drugs, he would still be subject, like anyone else, to the strictures of the *Criminal Code*. But he is not "like anyone else". He is a NCR detainee whose drug abuse is linked to a propensity for violence, including murder, and Part XX.1 of the *Criminal Code* is designed to take measures to protect the public safety *before* violence occurs, not (as in the ordinary case) to punish the offender afterwards.

norme de contrôle, exprimée dans l'art. 672.78 du *Code criminel*, correspond à celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

La Cour d'appel a apprécié à nouveau la preuve et l'a jugée insuffisante. C'est toutefois à la Commission qu'il revenait de se prononcer à cet égard et celle-ci a rendu une décision que la preuve lui permettait raisonnablement de rendre. Il ne suffisait pas d'avancer que d'autres membres d'autres commissions d'examen auraient pu interpréter la preuve différemment. Il était raisonnable pour la Commission d'examen de conclure qu'en raison de sa capacité démontrée de se livrer à des actes de violence lorsqu'il prend des amphétamines ou de la cocaïne — maintenant liée à la preuve récente qu'il avait recommencé à consommer de la cocaïne —, l'intimé représentait un risque important pour la sécurité du public. Le « raisonnement » par lequel elle a tenté de tirer des conclusions du retour de l'intimé à la consommation de cocaïne relevait tout à fait de son champ d'expertise.

La Cour d'appel de l'Ontario a souligné que l'intimé avait bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996, mais, en 2000, la Commission devait examiner la situation de l'intimé telle qu'elle lui apparaissait en 2000. De 1994 à 1999, les autorités de l'hôpital ont émis diverses recommandations en croyant à tort que l'intimé avait pris des mesures efficaces pour renoncer à l'abus d'alcool et d'autres drogues qui, à leur avis, avait été le catalyseur de ses actes de violence antérieurs.

Il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure que sa décision était la moins sévère et la moins privative de liberté, étant donné la consommation de cocaïne à laquelle continue de se livrer l'intimé et le risque qu'il représente de ce fait pour la société. Compte tenu des antécédents d'abus d'alcool et d'autres drogues de l'intimé et de la dissimulation de ces abus, la Commission d'examen était convaincue qu'on ne pouvait guère espérer contrôler efficacement les habitudes de consommation de l'intimé avec la surveillance ponctuelle qui pourrait être exercée sur lui après sa libération dans la collectivité.

L'intimé affirme qu'il a droit à une libération inconditionnelle parce que, s'il commet de nouvelles infractions sous l'influence de la drogue, il sera passible, comme n'importe qui d'autre, des sanctions prévues au *Code criminel*. Or, il ne s'agit pas de « n'importe qui d'autre ». Il s'agit d'un détenu non responsable criminellement chez qui il existe un lien entre l'abus de drogues et sa propension à la violence, y compris au meurtre, et la partie XX.1 du *Code criminel* est conçue pour prendre des mesures qui protégeront la sécurité du public *avant* que des actes de violence surviennent, et non (comme c'est le cas habituellement) pour punir le contrevenant après coup.

The Court of Appeal erred in law in rejecting the fresh evidence. An appeal against a disposition order is to be based on a transcript of the evidence and, pursuant to s. 672.73(1) of the *Code*, “any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice”. The term “interests of justice” takes its meaning from the context in which it is sought to be applied and includes not only justice to the NCR detainee, whose liberty is at stake, but also justice to the public, whose protection is sought to be assured. The proffered evidence (including physical assaults in 2000 and a recent death threat) was highly relevant. It went to the core of the Court of Appeal’s concern about the adequacy of evidence of the respondent’s continuing propensity for violence and, if credible, ought to have been admitted as bearing on a decisive issue. An absolute discharge should be granted only upon consideration of all of the reliable evidence available both at the time of the Board hearing and, if appealed, at the time of the appellate review. The fresh evidence was therefore admitted as part of the record on this appeal.

Per Arbour J. (dissenting): The standard of review applicable to the Review Board’s disposition was reasonableness *simpliciter* and, in this case, the Court of Appeal correctly concluded that the Board’s ruling was unreasonable.

First, the Board’s finding regarding the respondent’s dangerousness was unreasonable. In determining whether an accused is a significant threat to the safety of the public, the Board must consider all the factors listed in s. 672.54 of the *Criminal Code*. If the mental condition of the accused is such that he or she no longer suffers from a mental disorder, the accused’s mental condition should not be confused with his or her propensity to commit crimes and, in that respect, the accused should be answerable to criminal sanctions like anyone else. The mental disorder detention regime seeks to guard against the repetition of dangerous conduct that a mentally disordered accused is likely to engage in and for which he or she would not be held responsible. The Court of Appeal thus correctly concluded that the Board improperly punished the respondent for his successful deception regarding his drug habit. Justifying the respondent’s detention within the NCR system by his continuous substance abuse problems is equivalent to imposing such a burden on the respondent so as to deny him the possibility of ever getting out of the system, despite a prolonged absence of any violent behaviour. The Board’s assessment of the risk posed by the

La Cour d’appel a commis une erreur de droit en rejetant la nouvelle preuve. La décision rendue par la Commission d’examen est susceptible d’appel sur le fondement de la transcription des témoignages et, selon le par. 672.73(1) du *Code*, des « autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige ». L’expression « lorsqu[e] . . . la justice l’exige » tire son sens du contexte dans lequel on cherche à l’appliquer et « la justice » s’entend non seulement de la justice à l’égard du détenu non responsable criminellement, dont la liberté est en jeu, mais également de la justice à l’égard du public, dont on cherche à assurer la protection. La preuve offerte (incluant des actes de violence physique en 2000 et une menace de mort récente) était très pertinente. Elle concernait directement la réserve qu’avait la Cour d’appel quant à l’insuffisance de la preuve de la propension continue de l’intimé à la violence et, si elle était digne de foi, elle aurait dû être admise comme portant sur une question décisive. On ne devrait accorder la libération inconditionnelle qu’après avoir examiné tous les éléments de preuve fiables connus autant au moment de l’audition par la Commission qu’au moment du contrôle en appel, le cas échéant. La nouvelle preuve a donc été admise comme faisant partie du dossier dans le pourvoi.

La juge Arbour (dissidente) : La norme de contrôle applicable à la décision d’une commission d’examen est celle de la décision raisonnable *simpliciter* et, en l’espèce, la Cour d’appel a conclu à juste titre que la décision de la Commission était déraisonnable.

Premièrement, la Commission a tiré une conclusion déraisonnable sur la dangerosité de l’intimé. Pour déterminer si l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public, la Commission doit prendre en compte tous les facteurs énumérés à l’art. 672.54 du *Code criminel*. Si l’état mental de l’accusé est tel qu’il ne souffre désormais plus de troubles mentaux, on ne devrait pas confondre son état mental avec sa propension à commettre des crimes et, à cet égard, l’accusé devrait, comme toute autre personne, subir les sanctions imposées en matière pénale. Le régime de détention pour cause de troubles mentaux vise à prévenir la répétition des actes dangereux auxquels la personne atteinte risque de se livrer et dont elle ne serait pas tenue criminellement responsable. La Cour d’appel a donc correctement conclu que la Commission avait puni à tort l’intimé pour avoir réussi à tromper le personnel de l’hôpital quant à sa consommation de drogue. Fonder la détention de l’intimé sous le régime de la non-responsabilité criminelle sur ses problèmes persistants d’abus d’alcool et d’autres drogues équivaut à lui imposer un fardeau tel qu’on le prive à tout jamais de la possibilité d’en sortir, malgré l’absence prolongée de tout comportement violent de sa

respondent was entirely speculative and not supported by a proper appreciation of the record.

Second, on the facts of this case, it was unreasonable for the Board to conclude that the custodial disposition imposed was the least onerous disposition available in the circumstances in that it accorded the respondent as much liberty as is compatible with public safety. Even if the respondent constituted a sufficient threat to the community to preclude his absolute discharge, the Board was required to embark on an evaluation of all four of the factors outlined in s. 672.54 in order to determine whether a conditional discharge or a custodial order was the appropriate disposition.

There was no reason to interfere with the exercise of the Court of Appeal's discretion in its appreciation of the fresh evidence tendered. Section 672.73(1) of the *Code* permits the Court of Appeal to admit any evidence "that [it] finds necessary to admit in the interests of justice". Where a court of appeal is of the opinion that an NCR accused should have been granted an absolute discharge at the Review Board hearing, the new evidence should be virtually conclusive that an absolute discharge is not appropriate before a court of appeal should decide not to order it. Moreover, it is not clear that an absolute discharge of an NCR detainee terminates the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition. Indeed, s. 672.82(1) of the *Code* provides for discretionary review of any disposition of the Board.

Cases Cited

By Binnie J.

Distinguished: *Starson v. Swayze*, [2003] 1 S.C.R. 722, 2003 SCC 32; **referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *Peckham v. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*

part. L'évaluation par la Commission du risque posé par l'intimé reposait entièrement sur des hypothèses et n'était pas étayée par un examen adéquat du dossier.

Deuxièmement, au vu des faits du dossier, il était déraisonnable pour la Commission de conclure que la détention s'avérait la décision la moins sévère possible dans les circonstances parce qu'elle permettait à l'intimé de jouir d'autant de liberté que la sécurité du public le permet. Même si l'intimé représentait une menace pour la collectivité suffisamment importante pour que sa libération inconditionnelle soit exclue, la Commission était tenue d'examiner chacun des quatre facteurs énoncés à l'art. 672.54 pour décider si une libération conditionnelle ou une ordonnance de garde était indiquée.

Il n'y avait pas lieu de toucher à l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la nouvelle preuve dont elle a été saisie. Le paragraphe 672.73(1) du *Code* autorise la Cour d'appel à admettre tout élément de preuve « lorsqu'elle estime que la justice l'exige ». Lorsqu'une cour d'appel est d'avis qu'un accusé non responsable criminellement aurait dû se voir accorder une libération inconditionnelle au terme de l'audition de la Commission d'examen, la nouvelle preuve devrait établir de façon quasi incontestable que la libération inconditionnelle serait inopportune pour que la cour d'appel décide de ne pas l'ordonner. De plus, il n'apparaît pas clairement que la libération inconditionnelle d'un détenu non responsable criminellement met un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler l'état mental de l'intimé. En fait, le par. 672.82(1) du *Code* prévoit que la Commission peut tenir une audition discrétionnaire en tout temps.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Distinction d'avec l'arrêt : *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 2003 CSC 32; **arrêts mentionnés :** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *Peckham c. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*

(*Attorney General*) (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, leave to appeal refused, *sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 S.C.R. vi; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Biniaris, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 16(1), 672.34, 672.38(1), 672.39, 672.4(1), 672.43, 672.51, 672.54, 672.73(1), 672.78, 672.81(1), 672.82, 683(1), 686(1)(a).

Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, s. 80(9).

Inquiries Act, R.S.C. 1985, c. I-11, ss. 4, 5.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 257, 145 O.A.C. 142, 155 C.C.C. (3d) 82, 42 C.R. (5th) 362, [2001] O.J. No. 1710 (QL), setting aside a decision of a Review Board. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

Riun Shandler, for the appellant.

Brian Snell, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

¹ BINNIE J. — The 1991 amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”) established a new review system for individuals, like the respondent, who have been found not criminally responsible for a criminal offence on account of mental disorder. In the respondent’s case, the offence was second degree murder committed in 1978 in a psychotic state induced by drug abuse. On May 17, 2000, the Ontario Review Board (“Board”),

(*Attorney General*) (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 R.C.S. vi; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

Citée par la juge Arbour (dissidente)

R. c. Biniaris, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 16(1), 672.34, 672.38(1), 672.39, 672.4(1), 672.43, 672.51, 672.54, 672.73(1), 672.78, 672.81(1), 672.82, 683(1), 686(1)a).

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 80(9).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. 1985, ch. I-11, art. 4, 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 257, 145 O.A.C. 142, 155 C.C.C. (3d) 82, 42 C.R. (5th) 362, [2001] O.J. No. 1710 (QL), qui a annulé une décision d’une commission d’examen. Pourvoi accueilli, la juge Arbour est dissidente.

Riun Shandler, pour l’appelante.

Brian Snell, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE BINNIE — Les changements apportés en 1991 au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), ont instauré un nouveau système de révision des décisions prises à l’égard des personnes accusées d’une infraction criminelle qui, comme l’intimé, ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Dans le cas de l’intimé, il s’agissait d’une infraction de meurtre au deuxième degré qu’il a commise en 1978

after a full hearing, concluded that the respondent continued to constitute a significant danger to the safety of the public and ordered his continued detention at the Kingston Psychiatric Hospital ("KPH"). At the Court of Appeal, the Crown sought to bolster the Board's decision with fresh affidavit evidence which alleged that, since the date of the Board hearing, the respondent had punched another patient, threatened to kill yet another patient, and was found in possession of prohibited drugs. The Court of Appeal declined to admit the fresh evidence, proceeded to review the Board's order based on the evidence available at the original hearing, allowed the appeal, set aside the Board's order as unreasonable, and directed that the respondent be absolutely discharged.

In my view, the appeal should be allowed. Giving due deference to the Board's expertise in these matters, its decision was not unreasonable on the record before it. Moreover, with respect, the Court of Appeal erred in law in rejecting, without reasons, the fresh evidence. Evidence of violent behaviour in the year 2000 by the respondent was relevant to the crux of the court's decision that the respondent should no longer be detained as a significant threat to the safety of the public. The fresh evidence confirmed in part the factual basis of the Board's May 17, 2000 order. The statutory procedure for dealing with individuals adjudged not criminally responsible by reason of mental disorder is inquisitorial, not adversarial. A decision to grant an absolute discharge should be based on the best information available including, where appropriate, fresh information before a court of appeal that postdates the original Board hearing.

The disposition of this appeal will have limited effect on the respondent. We are dealing with events

dans un état de psychose provoqué par la consommation de drogue. Le 17 mai 2000, ayant conclu au terme d'une audition complète que l'intimé représentait toujours un danger important pour la sécurité du public, la Commission ontarienne d'examen (la « Commission ») a ordonné le maintien de sa détention au Kingston Psychiatric Hospital (« KPH »). Devant la Cour d'appel, le ministère public a voulu renforcer la décision de la Commission en produisant de nouveaux éléments de preuve par affidavit alléguant que, depuis l'audition tenue devant la Commission, l'intimé avait frappé un patient et menacé d'en tuer un autre, en plus d'avoir été trouvé en possession de drogues interdites. Refusant d'admettre cette nouvelle preuve, la Cour d'appel a révisé l'ordonnance de la Commission au regard de la preuve disponible lors de l'audition initiale, accueilli l'appel, annulé l'ordonnance de la Commission jugée déraisonnable et ordonné la libération inconditionnelle de l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En faisant montre de la retenue qui s'impose à l'égard de son expertise sur ces questions, j'estime que la Commission n'a pas rendu une décision déraisonnable compte tenu du dossier dont elle disposait. En outre, et cela dit en toute déférence, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en rejetant la nouvelle preuve sans motifs à l'appui. La preuve du comportement violent de l'intimé en 2000 était pertinente, car elle touchait au cœur de la décision de la cour selon laquelle la détention de l'intimé, au motif qu'il représente un risque important pour la sécurité du public, n'était plus nécessaire. La nouvelle preuve confirmait en partie le fondement factuel de l'ordonnance rendue par la Commission le 17 mai 2000. La procédure établie par la loi en ce qui concerne les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux est de nature inquisitoire et non contradictoire. Une ordonnance de libération inconditionnelle devrait s'appuyer sur les meilleures données connues, y compris, dans les cas appropriés, sur la nouvelle preuve offerte à la cour d'appel qui est postérieure à l'audition initiale tenue par la Commission.

L'issue du présent pourvoi aura une incidence limitée sur l'intimé. Nous examinons aujourd'hui

that are now three years in the past. He is entitled to an expert and independent review of his detention at least every 12 months, and sooner "at any time", in the Board's discretion (s. 672.82(1)). These annual reviews, required by the *Criminal Code*, will continue until he receives an absolute discharge. He is thereby assured that any further disposition orders regarding his continued detention or eventual discharge will be made on up-to-date information and assessments. Fairness is thereby assured to both the respondent and to the public.

I. Facts

4

On October 10, 1978, the respondent was found not guilty by reason of a mental disorder of a charge of second degree murder. The circumstances of the murder (the "index offence") were described in the report of the North Bay Psychiatric Hospital dated October 1990, as follows:

[The respondent] had been living with the 22 year old [male] victim, who was from the Chatham area. They had been together about three months. The offence occurred in the morning, but the [respondent] stated he did not remember too much. He remembered having been paranoid for some weeks prior to the offence and that he had this song in his head. He cannot remember what the song said. He had slept at night before the offence and remembered having an apple spiked with MDA. In the morning the [respondent] and another man shared this apple. The [respondent] states that he had been scared and paranoid for some time but he was not quite conscious of it. However, after consuming the apple he was afraid of his friend and believed that his friend had been involved in the killing of his grandfather, although [the respondent's] grandfather was not killed but died of natural causes. The [respondent] remembered hitting the man with a stick or something. [The respondent] also had a gun. After the offence he stopped and stood there until the police came. The man died shortly afterwards of the wounds that were inflicted. [The respondent] was charged with Murder.

5

Prior to the 1978 murder, the respondent had acquired a criminal record for breaking and entering, obstructing a police officer, trafficking in

des événements survenus il y a trois ans. Or, l'intimé a droit à une révision indépendante de son ordonnance de détention par des experts au moins une fois tous les 12 mois et, plus tôt, « en tout temps », à la discrétion de la Commission (par. 672.82(1)). Prescrites par le *Code criminel*, ces révisions annuelles se tiendront jusqu'à ce que l'intimé soit libéré inconditionnellement. Celui-ci a ainsi l'assurance que toute nouvelle ordonnance relative au maintien de sa détention ou à sa libération éventuelle sera fondée sur des renseignements et des évaluations à jour. Cette procédure garantit l'équité du processus tant envers l'intimé qu'envers le public.

I. Les faits

Le 10 octobre 1978, l'intimé qui devait répondre à une accusation de meurtre au deuxième degré a été déclaré non coupable pour cause de troubles mentaux. Les circonstances entourant le meurtre (l'« infraction initiale ») ont été consignées comme suit dans le rapport de l'Hôpital psychiatrique de North Bay, daté d'octobre 1990 :

[TRADUCTION] [L'intimé] vivait avec la victime [un homme], qui était âgée de 22 ans et originaire de la région de Chatham. Ils vivaient ensemble depuis près de trois mois. L'infraction a été perpétrée le matin, mais [l'intimé] a dit ne pas se rappeler grand-chose. Il se souvient qu'il avait des idées paranoïdes au cours des semaines précédant l'infraction et qu'une chanson lui trottait dans la tête. Il ne se souvient pas des paroles de la chanson. La veille de l'infraction, il s'est couché et s'est souvenu qu'il avait une pomme dopée aux MDA. Le lendemain matin, [l'intimé] et un autre homme ont partagé cette pomme. [L'intimé] affirme qu'il avait peur et qu'il avait des idées paranoïdes depuis un certain temps, sans en être tout à fait conscient. Cependant, après avoir mangé la pomme, il a eu peur de son ami et a cru que celui-ci était impliqué dans le meurtre de son grand-père, pourtant décédé de causes naturelles. [L'intimé] se rappelle avoir frappé l'homme avec un bâton ou autre chose du genre. [L'intimé] avait également une arme à feu. Après l'infraction, il s'est arrêté et il est demeuré sur les lieux jusqu'à l'arrivée des policiers. L'homme est décédé peu de temps après des suites de ses blessures. [L'intimé] a été accusé de meurtre.

Avant le meurtre survenu en 1978, l'intimé avait déjà un casier judiciaire pour des infractions d'introduction par effraction, d'entrave au travail d'un

narcotics, possession of narcotics and possession of stolen property.

Following a period of detention in various institutions for mental health care, the respondent was gradually released into the community until 1987 when he was arrested on charges of possession of a prohibited weapon, break and enter with intent to commit an indictable offence and possession of property obtained by crime. On June 15, 1988, he was convicted of all three charges. Following completion of his sentence, the respondent was returned to the North Bay Psychiatric Hospital. In 1989, he got into a disagreement with the staff about hospital privileges, and the hospital report indicates that he lost his self-control and punched a car door so hard that he broke bones in his hand, requiring a cast. The respondent was reported to have stated, “[i]t was either the door or Brad’s jaw, man, I had to hit something”. Subsequently, in January 1990, while living in the community, the respondent severely fractured a man’s jaw with a pool cue during a disagreement while under the influence of alcohol. The respondent was convicted of assault causing bodily harm on June 7, 1990, and sentenced to 14 months in prison.

Thereafter, efforts were again made to release the respondent gradually into the community, but the problems with substance abuse re-occurred, and he continued to show some propensity towards violence. In 1991, for example, the respondent was admitted to the KPH’s secure unit. While there, he engaged in what were called “assaultive behaviours” while under the influence of alcohol. A 1992 risk assessment conducted by the Ontario Ministry of Health placed the respondent in a category of violent offenders for which it was predicted that 44 per cent would re-offend violently within seven years after release. A 1992 KPH report signed by the hospital medical staff noted that the respondent’s risk assessment included abuse of street drugs and/or alcohol, and violence against other persons:

policier, de trafic de stupéfiants, de possession de stupéfiants et de possession de biens volés.

Après une période de détention dans diverses institutions de soins de santé mentale, l’intimé a été progressivement remis en liberté dans la collectivité jusqu’en 1987, lorsqu’il a été arrêté pour possession d’une arme prohibée, introduction par effraction avec l’intention de commettre un acte criminel et possession de biens criminellement obtenus. Le 15 juin 1988, on l’a déclaré coupable de ces trois chefs. Après avoir purgé sa peine, l’intimé est retourné à l’Hôpital psychiatrique de North Bay. En 1989, il s’est disputé avec le personnel de l’hôpital à propos des privilèges qui lui étaient accordés et, selon le rapport de l’hôpital, il a perdu son sang-froid et a frappé une portière de voiture si fort qu’il s’est fracturé la main, ce qui a nécessité qu’on lui fasse un plâtre. L’intimé aurait affirmé : [TRADUCTION] « [c]’était la porte ou la mâchoire de Brad, t’sais, fallait que je frappe quelque chose ». Plus tard, pendant qu’il vivait dans la collectivité en janvier 1990, l’intimé a infligé une grave fracture de la mâchoire à un homme avec une baguette de billard au cours d’une altercation alors qu’il était sous l’influence de l’alcool. Le 7 juin 1990, l’intimé a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles, infraction pour laquelle il s’est vu imposer une peine d’emprisonnement de 14 mois.

On a ensuite tenté de nouveau de le remettre progressivement en liberté dans la collectivité, mais ses problèmes d’abus d’alcool et d’autres drogues ont refait surface et il a continué à démontrer une certaine propension à la violence. En 1991, par exemple, l’intimé a été admis à l’unité de garde en milieu fermé du KPH. Là, il a eu ce qu’on a appelé des « comportements violents » alors qu’il était sous l’influence de l’alcool. Dans le cadre d’une évaluation du risque menée en 1992, le ministère de la Santé de l’Ontario a placé l’intimé dans la catégorie des délinquants violents dont on estimait le taux de récidive avec violence à 44 pour 100 dans les sept ans suivant leur libération. En 1992, un rapport du KPH établi par le personnel médical signalait, parmi les facteurs de risque présentés par l’intimé, l’abus de drogues illicites ou d’alcool, ainsi que la violence à l’égard des autres :

6

7

[The respondent's] prognosis continued to be extremely guarded given his lack of insight into his situation, his lack of regard for other persons, and his intolerance of the system. It was predicted that a circumstantial situation will likely compromise his liberty at an early stage in community living. [The respondent] has a history of repeated offences, including unprovoked violence, indulgence in drugs and alcohol, and a cavalier attitude, making him a serious risk to the community.

8

Nevertheless, Board dispositions in 1994, 1995 and 1996 provided for conditional discharges. In 1997, the respondent's urine tested positive for cannabis, and KPH told the Board that it could no longer support a Conditional Discharge Order because of the respondent's continued substance abuse and the hospital's need for flexibility "to react quickly to known increases in risk":

[W]hen the hospital is unable to require either hospital admission or significant changes in supervision, the community is placed at risk. The community would fail to appreciate why it is that KPH is unable to react quickly to known increases in risk. This situation is very likely to occur time and time again in the future. The role of the hospital should be to ensure that it is managed in a timely manner, consistent with the long-term rehabilitation needs of [the respondent] and not contrary to the safety of the public. The hospital sees no useful purpose in a several month hospitalization every time this happens while [the respondent] awaits the pleasure of the Board. Indeed the results of the current administrative arrangement — a Conditional Discharge Order — are contrary to the rehabilitation needs of [the respondent] and do nothing to protect the public.

[The respondent] will always remain at risk for drug and alcohol consumption and for related antisocial behaviours. Risk will increase unacceptably when this occurs. The hospital should be equipped to deal with this by way of discretionary authority vested in a custodial order. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le pronostic [de l'intimé] était encore très réservé, compte tenu de son manque d'introspection, de son peu d'égard envers autrui et de son intolérance face au système. On prédisait qu'une situation circonstancielle compromettrait vraisemblablement sa liberté très tôt dans sa réintégration au sein de la collectivité. [L'intimé] a des antécédents d'infractions répétées, notamment en ce qui a trait à la violence sans provocation et à la consommation d'alcool et d'autres drogues, ainsi qu'une attitude cavalière, ce pourquoi il constitue un risque sérieux pour la collectivité.

La Commission a néanmoins décidé, en 1994, 1995 et 1996, de libérer l'intimé sous conditions. En 1997, le test d'urine de l'intimé a révélé la présence de cannabis, et le KPH a fait savoir à la Commission qu'il ne pouvait désormais plus être en faveur d'une ordonnance de libération conditionnelle pour l'intimé en raison de son abus persistant d'alcool et d'autres drogues et du fait que l'hôpital avait besoin d'une certaine marge de manœuvre pour [TRADUCTION] « réagir rapidement à l'aggravation connue du risque » :

[TRADUCTION] [S]i l'hôpital ne peut demander l'hospitalisation ou d'importants changements dans la surveillance de [l'intimé], la collectivité court un risque. La collectivité ne comprendrait pas pourquoi le KPH n'est pas en mesure de réagir rapidement à l'aggravation connue du risque. Cette situation se répétera fort probablement à maintes reprises. Le rôle de l'hôpital devrait être de gérer la situation sans tarder par des mesures qui soient compatibles avec les besoins de [l'intimé] sur le plan de sa réadaptation à long terme et qui ne compromettent pas la sécurité du public. L'hôpital ne voit pas l'utilité d'hospitaliser chaque fois [l'intimé] pendant plusieurs mois jusqu'à ce que la Commission lui ait fait connaître son bon plaisir. En fait, l'arrangement administratif actuel — l'ordonnance de libération conditionnelle — produit des effets qui vont à l'encontre des besoins de [l'intimé] sur le plan de sa réadaptation et ne protège en rien la sécurité du public.

Il existera toujours un risque que [l'intimé] consomme de l'alcool et d'autres drogues et adopte des comportements antisociaux connexes. Le risque atteindra un niveau inacceptable lorsque cela se produira. L'hôpital doit être en mesure de faire face à cette situation grâce au pouvoir discrétionnaire que lui confère une ordonnance de détention. [Je souligne.]

The Board's dispositions in 1997, 1998 and 1999 provided that the respondent be detained at KPH but live in Kingston, again on the condition that he abstain from non-medical use of alcohol and drugs. In March 1999, the hospital reported that:

The team is of the opinion that [the respondent] continues to represent a risk to the safety of the public.

In 2000, his continued use of cocaine was detected, as described below.

Over this period, the respondent formed a common law relationship. He and his common law wife had a child to whom the respondent is devoted. The respondent and his common law wife eventually separated and for a period of time the respondent looked after the child. It is evident from his testimony that his inability to leave the hospital and thereafter to look after his son is a major concern. The stresses of single parenthood combined with severe financial difficulties took their toll. In 1999, he was convicted of alcohol-induced impaired driving and given a custodial sentence. The child went to live with the mother but, on September 30, 1999, was taken into care by the Children's Aid Society.

Both the common law wife and her daughter by another union advised the hospital authorities that the respondent was "fooling" the drug tests over a period of years by substituting other peoples' urine samples. On being retested under close scrutiny on January 25, 2000, the respondent tested positive for both cocaine and cannabis. He then admitted that apart from a period of about 18 months prior to the birth of his child, he had never abandoned his drug habit, and, it seems, does not intend to do so.

II. Judicial History

A. *Ontario Review Board* (May 17, 2000)

The Board reviewed the facts and circumstances noted above, and noted that, following the positive

Les décisions rendues par la Commission en 1997, 1998 et 1999 prévoyaient que l'intimé serait détenu au KPH mais qu'il vivrait à Kingston, pourvu, encore une fois, qu'il s'abstienne de consommer de l'alcool et d'autres drogues, sauf à des fins médicales. En mars 1999, l'hôpital a affirmé :

[TRADUCTION] L'équipe estime que [l'intimé] continue de représenter un risque pour la sécurité du public.

En 2000, on a constaté qu'il continuait à consommer de la cocaïne, ainsi que je le décris plus loin.

C'est au cours de cette période que l'intimé a commencé à vivre en union de fait. Lui et sa conjointe ont eu un enfant, auquel l'intimé est dévoué. Le couple a fini par se séparer et l'intimé a pris l'enfant en charge pendant un certain temps. Il ressort manifestement de son témoignage que l'impossibilité pour lui de sortir de l'hôpital et de prendre soin de son fils le préoccupe énormément. Le stress lié à la monoparentalité et ses sérieuses difficultés financières ont toutefois eu des conséquences néfastes pour lui. En 1999, l'intimé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies et condamné à une peine d'emprisonnement. L'enfant est allé vivre avec sa mère, mais la Société d'aide à l'enfance l'a pris en charge le 30 septembre 1999.

La conjointe de fait de l'intimé et la fille de celle-ci, issue d'une autre union, ont informé les autorités de l'hôpital que l'intimé « déjouait » les tests de dépistage de drogues depuis des années en substituant les échantillons d'urine d'autres personnes aux siens. Lorsqu'on lui a fait subir un nouveau test sous surveillance étroite le 25 janvier 2000, le test s'est révélé positif quant à la présence de cocaïne et de cannabis. L'intimé a ensuite avoué que, mis à part une période d'environ 18 mois précédant la naissance de son fils, il n'avait jamais renoncé à ses habitudes de consommation de drogue et il n'a apparemment pas l'intention d'y renoncer.

II. Historique des procédures

A. *Commission ontarienne d'examen* (17 mai 2000)

Ayant examiné les circonstances et les faits relatés plus haut, la Commission a noté qu'à la suite du

9

10

11

12

drug test, the respondent now freely admitted a drug habit of many years (though not the use of cocaine). His counsel disputed the hospital's contention that the "combination of drug use, alcohol use and stressors in his [client's] life" was "a fatal combination that" created "a significant risk":

What I say is that those factors have been in his life for a decade and there has been no indication of any acting out, of any violent behaviour, of any abusive behaviour — or of any reoccurrence of the mental illness that was present during the index offence.

13 The Board concluded that the respondent's "drug-induced psychosis is currently in remission. However, he continues to suffer from a very serious antisocial personality disorder which is complicated by alcoholism and substance abuse." The respondent's attending physician at the KPH testified that cocaine induces an effect comparable to the amphetamines that were found to have induced the psychotic state in which the respondent committed murder in 1978. In the Board's view, the evidence showed that the respondent "continues to expose himself to those very elements that produced the drug-induced psychosis and disinhibited him to the point where he lost control of his behaviour" (emphasis added).

14 The Board noted the hospital administrator's opinion that the respondent "represents a significant risk to the safety of the public. He has demonstrated that even with close controls he engages in behaviours that could potentially place members of the public at risk. The presence of cocaine is most troubling given its similar profile to amphetamine, which was implicated in his index offence and drug induced paranoid state."

15 The Board accordingly concluded that "taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons[,] the mental condition of the [respondent], the reintegration of the [respondent] into society and the other needs of the

résultat positif de son test de dépistage de drogue, l'intimé reconnaît maintenant volontiers consommer régulièrement de la drogue depuis de nombreuses années (sauf pour ce qui est de la cocaïne). Son avocat a contesté la prétention de l'hôpital que, [TRADUCTION] « pris ensemble, la drogue, l'alcool et les sources de stress dans [la] vie [de son client] » formaient « une combinaison fatale » qui créait « un risque important » :

[TRADUCTION] Je dis simplement que ces facteurs sont présents dans sa vie depuis une décennie et que rien n'indique qu'il soit passé à l'acte, qu'il ait manifesté un comportement violent ou abusif — ou que la maladie mentale dont il souffrait lors de la perpétration de l'infraction initiale soit réapparue.

La Commission a conclu que l'intimé [TRADUCTION] « est actuellement en rémission de sa psychose provoquée par la drogue. Toutefois, il souffre encore d'un très grave trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l'abus d'alcool et d'autres drogues. » Selon le témoignage du médecin traitant de l'intimé au KPH, la cocaïne produit un effet comparable à celui des amphétamines qui ont provoqué l'état de psychose dans lequel l'intimé a commis le meurtre en 1978. Selon la Commission, il ressort de la preuve que l'intimé [TRADUCTION] « continue de s'exposer aux éléments mêmes qui l'ont plongé dans sa psychose provoquée par la drogue et désinhibé au point où il a perdu la maîtrise de ses actes » (je souligne).

La Commission a pris note de l'avis de l'administrateur de l'hôpital, selon lequel l'intimé [TRADUCTION] « représente un risque important pour la sécurité du public. Il a démontré que, même sous surveillance étroite, il adopte des comportements qui pourraient exposer le public à un danger. Ce qu'il y a de plus inquiétant, c'est la présence de cocaïne, de par ses effets semblables aux amphétamines [que l'intimé] avait prises lorsqu'il a commis l'infraction initiale et qui l'ont plongé dans un état de paranoïa provoqué par la drogue. »

La Commission a donc conclu que, [TRADUCTION] « compte tenu de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses[,] de l'état mental de [l'intimé] et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale, la Commission

[respondent], the Board is of the unanimous view that the least onerous and least restrictive disposition" would be continued detention at the KPH, with discretion to permit the respondent compassionate leave, staff-accompanied hospital and grounds privileges, and staff-accompanied entry into the community. The respondent was required to abstain absolutely from alcohol and non-prescription drugs and to submit a sample of his breath and/or urine for testing purposes.

B. *The Fresh Evidence Application*

The Board hearing was held in March 2000. When the matter came before the Court of Appeal, the Crown sought to introduce as fresh evidence the KPH report prepared for the respondent's *subsequent* January 2001 Board hearing, which attached various hospital records showing that during the year 2000 the respondent "has threatened to harm co-patients on numerous occasions". On March 29, 2000, he was placed "in seclusion because his behaviour escalated to aggressive postures and [was] threatening in nature". On April 10, 2000, he was recorded as "tormenting" a co-patient, eventually asking "Are you going to kill me in the night?" In September 2000, further drug paraphernalia was found and charges laid. During a urine test the same month, the respondent was recorded as telling a nurse, "I feel like I should be cracking somebody on the head like I've wanted to do for the last 10 years." On September 26, 2000, he is recorded as yelling at a co-patient apparently in his room in search of a stolen watch, "You fucking bastard. Come to my room one more time and I will kill you. See those fucking cameras. They mean shit to me. I will kill you. I haven't killed in 20 years but I'll do it again." On December 12, 2000, the respondent got into a fight with a co-patient in which he punched the other patient in the nose. The incident was witnessed by a number of other patients.

estime à l'unanimité que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté » serait la détention continue de l'intimé au KPH, qui pourrait l'autoriser à s'absenter pour des raisons humanitaires, lui accorder des privilèges dans les locaux et sur le terrain de l'hôpital et le réinsérer dans la collectivité, le tout sous escorte du personnel hospitalier. En plus de s'abstenir totalement de prendre de l'alcool et des drogues, autres que des médicaments vendus sous ordonnance, l'intimé devait soumettre un échantillon d'haleine ou d'urine, ou les deux, pour fins de dépistage.

B. *La demande de production d'une nouvelle preuve*

L'audience de la Commission s'est déroulée en mars 2000. Lorsque la Cour d'appel a été saisie de l'affaire, le ministère public a voulu faire admettre comme nouvelle preuve le rapport qu'avait préparé le KPH en vue de l'audition *subséquent*e de l'intimé devant la Commission, soit en janvier 2001, rapport auquel étaient joints divers dossiers d'hôpital attestant que l'intimé avait [TRADUCTION] « menacé de s'en prendre à plusieurs reprises à d'autres patients » en 2000. Le 29 mars 2000, l'intimé a été placé [TRADUCTION] « en isolement parce que son comportement avait empiré au point de devenir agressif et était menaçant en soi ». Le dossier révèle que, le 10 avril 2000, l'intimé a « tourmenté » un autre patient pour finalement lui demander : [TRADUCTION] « Vas-tu me tuer cette nuit? » En septembre 2000, des accusations ont été portées contre l'intimé après qu'on eut trouvé des accessoires servant à la consommation de drogues. Au cours d'une analyse d'urine administrée le même mois, l'intimé aurait dit à une infirmière : [TRADUCTION] « J'ai le goût de fracasser le crâne de quelqu'un, comme j'en ai envie depuis 10 ans. » Selon le dossier, le 26 septembre 2000, il aurait crié à un autre patient qui, semble-t-il, se trouvait dans sa chambre à la recherche d'une montre volée : [TRADUCTION] « Maudit enfant de chienne. Si tu viens encore une fois dans ma chambre, je te tue. Tu vois ces maudites caméras? Ben, je m'en fous complètement. Je vais te tuer. Ça fait 20 ans que j'ai pas tué quelqu'un, mais je vais recommencer. » Le 12 décembre 2000, l'intimé s'est battu avec un autre patient et lui a asséné un coup au nez. Plusieurs autres patients ont été témoins de cet incident.

C. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 257

17 The Court of Appeal (Catzman, Weiler and Rosenberg J.J.A.) concluded that the decision of the Board was unreasonable and could not be supported by the evidence given at the original hearing.

18 The court did not admit the fresh evidence and gave no reason for its refusal.

19 The court reviewed the relevant provisions of the *Criminal Code* including “the need to protect the public from dangerous persons” (s. 672.54) and expressly noted that the onus was on the Crown to establish that the respondent constitutes “a significant threat to the safety of the public” (s. 672.54(a)). Reference was made to *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625. The court noted that the KPH had not considered the respondent to be a significant risk to public safety between 1994, when it had recommended an absolute discharge, and 1999. In the court’s view, the Board had wrongly shifted the focus from the protection of the public to the prevention of the respondent’s abuse of alcohol and illegal drugs. It concluded that the evidence before the Board fell short of establishing that the respondent was a significant threat to the safety of the public, even when he was using drugs. The court therefore ordered an absolute discharge.

III. Relevant Statutory Provisions

20 The relevant provisions of the *Criminal Code* are attached as Appendix A.

IV. Analysis

21 At what point should an individual who has been found not criminally responsible for murder on account of mental disorder related to substance abuse, and who refuses to control his habit, be given an absolute discharge to return without restriction to the community? The individual in this case says he was entitled to an absolute discharge at least by May

C. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 257

La Cour d’appel (les juges Catzman, Weiler et Rosenberg) a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable et qu’elle n’était pas étayée par les éléments de preuve produits à l’audition initiale.

Elle a refusé d’admettre la nouvelle preuve sans toutefois motiver son rejet.

La cour a examiné les dispositions pertinentes du *Code criminel*, y compris « la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses » (art. 672.54), en prenant soin de souligner qu’il incombe au ministère public de démontrer que l’intimé représente « un risque important pour la sécurité du public » (al. 672.54a)). Elle a mentionné l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625. La cour a noté que le KPH ne considérait pas que l’intimé représentait un risque important pour la sécurité du public entre 1994, lorsqu’il a recommandé sa libération inconditionnelle, et 1999. La cour s’est dite d’avis que la Commission avait à tort mis l’accent sur la prévention de la consommation excessive d’alcool et de drogues illicites par l’intimé plutôt que sur la protection du public. Elle est arrivée à la conclusion que la preuve dont disposait la Commission ne permettait pas d’établir que l’intimé représentait un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu’il consommait de la drogue. La cour a donc ordonné la libération inconditionnelle de l’intimé.

III. Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont jointes dans l’appendice A.

IV. Analyse

Quand y a-t-il lieu d’ordonner la libération inconditionnelle et la réintégration dans la collectivité sans aucune restriction d’un individu qui est déclaré non responsable criminellement d’un meurtre parce qu’il souffre de troubles mentaux liés à l’abus d’alcool et d’autres drogues et qui refuse de renoncer à ses habitudes de

1998 and, as stated, the Ontario Court of Appeal agreed with him.

An individual who is found to have committed a criminal act or omission under the influence of a mental disorder is not acquitted. Rather, if it is concluded that the mental disorder impaired his or her capacity at the time of the offence to appreciate the nature and quality of what was done or omitted, or of knowing that it was wrong, he or she must be adjudged by the court to be “not criminally responsible [NCR] on account of mental disorder” (*Cr. C.*, ss. 16(1) and 672.34).

There is no presumption that an NCR individual is a danger to the safety of the public: *Winko*, *supra*, at para. 46. On the contrary, the *Criminal Code* requires that persons found NCR be granted an absolute discharge unless the court or a Review Board is able to conclude that the individual poses a significant risk to the safety of the public. Even when this risk is established, the disposition is to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed, i.e., ranging from detention “in custody in a hospital” to discharge “subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate” (*Cr. C.*, s. 672.54).

The disposition of a Review Board is subject to appeal to the appellate courts based on “a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice” (*Cr. C.*, s. 672.73(1)).

It is of central importance to the constitutional validity of this statutory arrangement that the individual, who by definition did not at the time of the offence appreciate what he or she was doing, or that it was wrong, be confined only for reasons of public protection, not punishment (*Winko*, *supra*, at paras. 41 and 71, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). In this case, the respondent contends that he is being

consummation? L’individu en question dans le présent pourvoi prétend qu’il avait droit à une libération inconditionnelle au plus tard en mai 1998 et, comme je l’ai souligné, la Cour d’appel de l’Ontario lui a donné raison.

L’individu dont on détermine qu’il a commis une omission ou un acte de nature criminelle alors qu’il était atteint de troubles mentaux n’est pas acquitté. La cour doit plutôt prononcer à son égard un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » si elle conclut qu’au moment de l’infraction, ses troubles mentaux ont nui à sa capacité de juger de la nature et de la qualité de son acte ou de son omission, ou de savoir que cet acte ou cette omission était mauvais (*C. cr.*, par. 16(1) et art. 672.34).

Il n’existe aucune présomption selon laquelle un individu non responsable criminellement représente un danger pour la sécurité du public : *Winko*, précité, par. 46. Au contraire, le *Code criminel* prescrit la libération inconditionnelle des personnes déclarées non responsables criminellement, sauf si le tribunal ou la commission d’examen peut conclure qu’elles posent un risque important pour la sécurité du public. Même lorsque ce risque est établi, la décision doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » compte tenu du niveau de risque, allant de la « détention de l’accusé dans un hôpital » à sa libération « sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées » (*C. cr.*, art. 672.54).

La décision rendue par la commission d’examen est susceptible d’appel sur le fondement de la « transcription déposée auprès de la cour d’appel et [des] autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige » (*C. cr.*, par. 672.73(1)).

Pour la validité constitutionnelle de cet arrangement que prévoit la loi, il est de la plus haute importance que l’individu — qui par définition ne pouvait juger de la nature et de la qualité de l’acte ou savoir qu’il était mauvais au moment de l’infraction — ne soit interné que pour protéger le public, et non pour le punir (*Winko*, précité, par. 41 et 71, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). En l’espèce, l’intimé

22

23

24

25

punished not only for the index offence, but also for his drug habit and his failure to cooperate with the hospital authorities in dealing with it over the years 1978 to 2000.

A. *Justification for Continued Confinement*

26 Once a detention order is made, the task of monitoring whether an NCR individual *continues* to constitute a significant threat to the safety of the public is given to the Board which is required to hold a hearing to review the status of each NCR individual no less frequently than every 12 months (*Cr. C.*, s. 672.81(1)).

27 The Board must be satisfied that, at the time of the hearing, the evidence demonstrates that the NCR individual constitutes such a threat. "If, at the end of the day, the court or Review Board cannot so conclude, the legal justification for confinement is absent and the NCR [individual] must be released" (*Winko, supra*, at para. 51).

28 The difficulty, of course, is that the Board is inevitably required to make its expert assessment on limited data. Here, the respondent has been under state supervision of varying degrees of intensity for over 20 years. How the respondent would behave if state supervision were removed by an absolute discharge necessarily involves an element of prediction. The Board is required to focus on his present mental state, but the appropriateness of its assessment in practice will, to some extent, depend on future events. In the present case, the major complicating factors, in the Board's opinion, were the respondent's history of violence, his continuing drug problem, the link between his use of hard drugs and the 1978 murder, and his apparent unwillingness to bring his drug habit under control.

prétend qu'on le punit non seulement pour l'infraction initiale, mais également pour ses habitudes de consommation de drogue et pour son refus de collaborer avec les autorités de l'hôpital à cet égard de 1978 à 2000.

A. *La justification du maintien de l'internement*

Après la délivrance d'une ordonnance de détention, la responsabilité de vérifier si l'individu non responsable criminellement représente *toujours* un risque important pour la sécurité du public incombe à la Commission qui doit tenir une nouvelle audition au moins une fois tous les 12 mois afin de revoir le statut des personnes qui se trouvent dans cette situation (*C. cr.*, par. 672.81(1)).

La Commission doit être convaincue qu'au moment de l'audition, la preuve établit que l'individu non responsable criminellement représente un tel risque. « Si, en bout de ligne, le tribunal ou la commission d'examen ne peut tirer une telle conclusion, aucun fondement légal ne justifie la détention de [la personne] non responsable criminellement, et [cette dernière] doit être libéré[e] » (*Winko*, précité, par. 51).

La difficulté, naturellement, tient au fait que la Commission est forcément tenue de procéder à son évaluation à titre d'expert à partir de données limitées. En l'occurrence, l'intimé est sous la surveillance de l'État à divers degrés depuis plus de 20 ans. On fait nécessairement intervenir un élément de prédiction lorsqu'on cherche à savoir quelle serait la réaction de l'intimé si, du fait de sa libération inconditionnelle, il était soustrait à la surveillance de l'État. La Commission doit centrer son attention sur l'état mental actuel de l'intimé, mais la justesse de son évaluation en pratique sera dans une certaine mesure tributaire des événements futurs. Selon la Commission les principaux facteurs qui viennent compliquer les choses en l'espèce sont les antécédents de violence de l'intimé, son problème persistant de toxicomanie, le lien entre sa consommation de drogues dures et le meurtre commis en 1978, ainsi que son apparente réticence à renoncer à ses habitudes de consommation de drogue.

B. *The Review Board's Expertise*

To make these difficult assessments of mental disorders and attendant safety risks, the Board is provided with expert membership and broad inquisitorial powers. While the chairperson is to be a federally appointed judge, or someone qualified for such an appointment, at least one of the minimum of five members must be a qualified psychiatrist. If only one member is so qualified, at least one other member must "have training and experience in the field of mental health", and be entitled to practise medicine or psychology (*Cr. C.*, ss. 672.39 and 672.4). The chairperson has all the powers conferred under ss. 4 and 5 of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11, and a broad authority to consider "disposition information" that may not in all respects comply with strict rules of evidence (*Cr. C.*, ss. 672.43 and 672.51).

It is evident that the assessment of whether the respondent's mental condition renders him a significant threat to the safety of the public calls for significant expertise.

C. *The Standard of Review*

The appellant submitted an extensive analysis of the Court's administrative law jurisprudence applying the "functional and pragmatic test" to establish the appropriate standard of review from *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087, to *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11. However, in the case of these review boards, Parliament has spelled out in the *Criminal Code* the precise standard of judicial review, namely that the court may set aside an order of the review board only where it is of the opinion that:

(a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,

B. *L'expertise de la Commission d'examen*

Pour s'acquitter de cette difficile évaluation des troubles mentaux et des risques pour la sécurité qui y sont associés, la Commission compte des experts parmi ses membres et dispose de vastes pouvoirs d'enquête. Au moins un des cinq membres dont la Commission est minimalement constituée doit être autorisé à exercer la psychiatrie et son président doit être un juge nommé par le gouvernement fédéral ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste. Si la Commission ne compte qu'un psychiatre, au moins un autre de ses membres doit être une personne autorisée à exercer la médecine ou la profession de psychologue et « dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale » (*C. cr.*, art. 672.39 et 672.4). Le président de la Commission est investi des pouvoirs prévus aux art. 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, ch. I-11, ainsi que d'une large compétence pour examiner les « renseignements décisionnels » qui peuvent ne pas être conformes à tous égards aux strictes règles de preuve (*C. cr.*, art. 672.43 et 672.51).

La question de savoir si, à cause de son état mental, l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public fait manifestement appel à une grande expertise.

C. *La norme de contrôle*

L'appelante a soumis une analyse approfondie des décisions de notre Cour en droit administratif, de *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, à *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, relativement à l'application de la « méthode fonctionnelle et pragmatique » pour déterminer la norme de contrôle applicable. Cependant, le législateur a pris la peine d'énoncer dans le *Code criminel* la norme précise de contrôle judiciaire qui s'applique à ces commissions d'examen, à savoir que la cour ne peut annuler une ordonnance rendue par la commission d'examen que si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

29

30

31

(b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or

(c) there was a miscarriage of justice. (*Cr. C.*, s. 672.78)

b) il s'agit d'une erreur de droit sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

c) il y a eu erreur judiciaire. (*C. cr.*, art. 672.78)

32. It must be kept in mind that “[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation”: *Bibeault*, at p. 1087 (emphasis deleted). Where Parliament has shown its intent in the sort of express language found in s. 672.78 *Cr. C.* then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied.

Il ne faut pas perdre de vue que, [TRADUCTION] «[d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois» (soulignement omis) : *Bibeault*, précité, p. 1087. Si le législateur a révélé son intention dans le libellé explicite de l'art. 672.78 *C. cr.*, c'est cette norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'absence de contestation constitutionnelle.

33. The first branch of the test corresponds with what the courts call the standard of review of reasonableness *simpliciter*, i.e., the Court of Appeal should ask itself whether the Board's risk assessment and disposition order was unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56, *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, and *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. If the Board's decision is such that it could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the applicable law, the court should in general decline to intervene.

Le premier volet du critère correspond à ce que les tribunaux appellent la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, c'est-à-dire que la Cour d'appel devrait se demander si l'évaluation du risque et l'ordonnance de la Commission étaient déraisonnables en ce sens qu'elles n'étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56, *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, et *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. En règle générale, la cour devrait s'abstenir d'intervenir si la décision de la Commission est telle que les membres de la Commission ayant une bonne connaissance des faits et une perception juste du droit applicable pourraient raisonnablement se trouver en désaccord.

34. The Crown asks us to apply the test of “unreasonable verdict” in criminal cases, citing *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15. There are parallels between the language of s. 672.78 *Cr. C.* dealing with appellate review of an NCR disposition order, and s. 686 *Cr. C.* dealing with appellate review of verdicts in criminal cases, and there is authority for that proposition: see *Peckham v. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (Ont. C.A.), at p. 454. However, with respect, we should be mindful of the differences in context, regardless of the

Citant les arrêts *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, le ministère public nous demande d'appliquer le critère du « verdict déraisonnable » en matière criminelle. Il y a un parallèle à tracer entre le libellé de l'art. 672.78 *C. cr.*, qui traite de la révision en appel d'une ordonnance de non-responsabilité criminelle, et celui de l'art. 686 *C. cr.* qui concerne la révision en appel des verdicts en matière criminelle. Un arrêt appuie cette proposition : *Peckham c. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Ont.), p. 454. Cela dit, en toute

similarity in the wording of the statutory provisions. An NCR disposition order is not punitive: *Winko*, *supra*, at paras. 41 and 71. It arises out of a process that is inquisitional, not adversarial, that takes place before an administrative board, not a court. To the extent the Crown seeks to raise the bar of judicial review higher than reasonableness *simpliciter*, I think the attempt should be resisted. An NCR disposition order is to be reviewed on the basis of administrative law principles. Resort must therefore be taken to the jurisprudence governing judicial review on a standard of reasonableness *simpliciter*, as most recently discussed in *Dr. Q*, *supra*, at para. 39, and *Ryan*, *supra*, at para. 47.

The appellant next contends that, notwithstanding its notional acceptance of the reasonableness *simpliciter* test, the Court of Appeal in reality substituted its own view for that of the Board, thus in fact applying the least deferential standard of review, namely correctness. I do not agree.

The Court of Appeal referred, at para. 17, to its own previous decision in *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172, at p. 180, where Osborne A.C.J.O. stated that the court's review of a disposition "is not a review of the correctness of findings made in the disposition" (emphasis added). See also *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473 (Ont. C.A.), at para. 8, leave to appeal refused, *sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 S.C.R. vi.

Moreover, the court in this case expressly acknowledged the Board's "medical expertise, its specialized knowledge and its advantage in observing witnesses" (para. 18). These factors, as the court itself explicitly recognized, command deference. The court concluded that it ought nevertheless to

déférence, il importe de garder à l'esprit le contexte différent dans lequel s'inscrivent ces dispositions, malgré leur libellé similaire. Une ordonnance de non-responsabilité criminelle n'a pas un caractère punitif : *Winko*, précité, par. 41 et 71. Elle émane d'un processus de nature inquisitoire, et non contradictoire, qui se tient devant une commission administrative plutôt qu'un tribunal. Dans la mesure où le ministère public tente d'élever le seuil du contrôle judiciaire au-delà de la décision raisonnable *simpliciter*, je crois qu'il faut rejeter ses prétentions. Une ordonnance de non-responsabilité criminelle doit être révisée sur le fondement des principes du droit administratif. Il faut alors recourir à la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, examinée récemment dans les arrêts *Dr Q*, précité, par. 39, et *Ryan*, précité, par. 47.

L'appelante fait ensuite valoir que, malgré son acceptation sur le plan conceptuel du critère de la décision raisonnable *simpliciter*, la Cour d'appel a substitué en réalité son point de vue à celui de la Commission, appliquant de ce fait la norme de contrôle qui appelle la moins grande retenue, soit celle de la décision correcte. Je ne suis pas de cet avis.

Au paragraphe 17 de ses motifs, la Cour d'appel a renvoyé à une décision qu'elle a rendue, *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172, où le juge Osborne (juge en chef adjoint de l'Ontario) a affirmé à la p. 180 que la révision d'une décision par le tribunal [TRADUCTION] « ne consiste pas à vérifier si les conclusions tirées dans la décision sont correctes » (je souligne). Voir aussi *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.), par. 8, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 R.C.S. vi.

De plus, la cour a expressément reconnu en l'espace [TRADUCTION] « l'expertise médicale [de la Commission], ses connaissances spécialisées et l'avantage qu'elle a eu d'observer les témoins » (par. 18). Ces facteurs, et la cour l'a admis volontiers, appellent une certaine déférence. Elle a néanmoins

35

36

37

intervene because, in its view, the decision appealed from was unreasonable and could not be supported by the evidence. Although the court did not use the term “reasonableness *simpliciter*”, I think it is clear from the decision as a whole that this is the standard of review applied by the court and it was correct to do so.

D. *Was the Review Board Decision Unreasonable?*

38 The Court of Appeal accepted the Board’s conclusion that the respondent “continues to suffer from an anti-social personality disorder exacerbated by substance abuse” (para. 20). Such an assessment was within the Board’s expertise and the court saw “no basis on which this court can properly interfere with it” (para. 20).

39 The paranoid psychotic state in which the murder had been committed in 1978, triggered by amphetamine abuse, had apparently subsided. However, while the evidence suggests the respondent was not suffering in 1999 from a “mental disorder” (emphasis added) as required by Cr. C. ss. 16 and 672.34 to qualify initially for NCR status, the Board in making subsequent dispositions is required by s. 672.54 to have regard to the NCR person’s “mental condition” (emphasis added), which is a term of broader scope, and which in the respondent’s case was certainly a relevant consideration for the Board in the spring of 2000. As McLachlin J., as she then was, pointed out in *Winko, supra*, at para. 40:

Public safety will only be ensured by stabilizing the mental condition of dangerous NCR accused.

40 However, the Court of Appeal concluded that the evidence “fell short of establishing that the appellant is a significant threat to the safety of the public, even when using drugs” (para. 29). I entirely accept that the court should be vigilant in protecting the liberty of persons detained under the NCR provisions of the *Criminal Code*, but this vigilance must be tempered

décidé qu’elle se devait d’intervenir parce que, à son avis, la décision portée en appel était déraisonnable et ne pouvait être étayée par la preuve. Quoique la cour n’ait pas employé l’expression « décision raisonnable *simpliciter* », j’estime qu’il se dégage clairement de l’ensemble de la décision qu’elle a appliqué cette norme de contrôle, et ce, à juste titre.

D. *La décision de la Commission d’examen était-elle déraisonnable?*

La Cour d’appel a retenu la conclusion tirée par la Commission selon laquelle l’intimé [TRADUCTION] « souffre encore d’un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l’abus d’alcool et d’autres drogues » (par. 20). Une telle évaluation relevait de l’expertise de la Commission et la cour n’a décelé [TRADUCTION] « aucun élément sur lequel la cour pourrait s’appuyer à bon droit pour la modifier » (par. 20).

L’état de psychose paranoïde dans lequel le meurtre avait été commis en 1978, déclenché par l’abus d’amphétamines, avait apparemment disparu. Toutefois, bien que la preuve laisse entendre que l’intimé ne souffrait pas en 1999 de « troubles mentaux » (je souligne), condition essentielle au verdict initial de non-responsabilité criminelle selon les art. 16 et 672.34 C. cr., la Commission est tenue par l’art. 672.54 de prendre en compte, pour rendre ses décisions subséquentes, de « l’état mental » (je souligne) de la personne non responsable criminellement, notion qui a une portée plus étendue et qui, dans le cas de l’intimé, était assurément une considération pertinente pour la Commission au printemps 2000. Pour reprendre les termes utilisés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Winko*, précité, par. 40 :

La sécurité du public ne peut être assurée qu’en stabilisant l’état mental de l’accusé non responsable criminellement qui est dangereux.

La Cour d’appel a cependant conclu que la preuve [TRADUCTION] « ne permettait pas d’établir que l’appellant représente un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu’il consomme de la drogue » (par. 29). Je reconnais tout à fait que la cour doit faire preuve de vigilance pour protéger la liberté des personnes détenues en vertu

with recognition of the inherent difficulty of the subject matter and the expertise of the medical reviewers. As stated in *Winko, supra*, at para. 61:

Appellate courts reviewing the dispositions made by a court or Review Board should bear in mind the broad range of these inquiries, the familiarity with the situation of the specific NCR accused that the lower tribunals possess, and the difficulty of assessing whether a given individual poses a “significant threat” to public safety.

The Court of Appeal accepted the respondent’s argument that the Board had wrongly “shifted the focus from the protection of the public to the prevention of the appellant’s abuse of alcohol and illegal drugs. It exercised its power to make a disposition for a punitive purpose . . .” (para. 29). But of course in the hospital’s view, the drugs, the violence and the mental condition were inextricably linked. Thus, in a March 25, 1999 report to the Board, the hospital stated:

The team is of the opinion that [the respondent] continues to represent a risk to the safety of the public. The consensus is that although his desire to raise his son is a motivator for good behaviour, it is also the restrictions imposed by the existence of his Disposition Order that play a key role. If such controls were removed, it is the opinion of the team that [the respondent] may well encounter difficulties, and perhaps a relapse of his mental illness. [Emphasis added.]

The Court of Appeal for Ontario pointed out that from 1994 to 1996 the respondent had been granted conditional discharges. In 2000, of course, the Board was required to deal with the respondent’s situation as it found it to be in 2000. The various hospital recommendations from 1994 to 1999 were made at a time when the hospital mistakenly believed that the respondent was undertaking successful steps to control the substance abuse that, in its view, had been the catalyst for earlier acts of violence. The hospital recommendation changed in 2000 because its understanding of the material facts had changed. In particular, the respondent tested

des dispositions relatives à la non-responsabilité criminelle édictées dans le *Code criminel*, mais cette vigilance doit être tempérée par la reconnaissance de la difficulté inhérente de l’objet de l’examen et de l’expertise des examinateurs médicaux. Voici ce que dit à ce sujet l’arrêt *Winko*, précité, par. 61 :

Les cours d’appel qui examinent les décisions rendues par un tribunal ou une commission d’examen doivent avoir à l’esprit l’étendue de ces enquêtes ainsi que le fait que les tribunaux de juridiction inférieure connaissent bien la situation particulière de l’accusé non responsable criminellement, et la difficulté de déterminer si la personne en cause représente un « risque important » pour la sécurité du public.

La Cour d’appel a retenu l’argument de l’intimé qui veut que la Commission ait, à tort, [TRADUCTION] « mis l’accent sur la prévention de la consommation excessive d’alcool et de drogues illicites par l’appelant plutôt que sur la protection du public. Elle a exercé son pouvoir décisionnel à des fins punitives . . . » (par. 29). Mais, bien sûr, l’hôpital estimait que les drogues, la violence et l’état mental étaient inextricablement liés. Par conséquent, dans un rapport présenté à la Commission le 25 mars 1999, l’hôpital a affirmé :

[TRADUCTION] L’équipe estime que [l’intimé] continue de représenter un risque pour la sécurité du public. Il y a consensus pour dire que, si son désir d’élever son fils le motive à avoir un bon comportement, les restrictions découlant de l’existence de son ordonnance jouent elles aussi un rôle clef. L’équipe est d’avis que, si ces mesures de contrôle disparaissaient, [l’intimé] pourrait fort bien éprouver des difficultés, et peut-être faire une rechute en ce qui concerne sa maladie mentale. [Je souligne.]

La Cour d’appel de l’Ontario a souligné que l’intimé avait bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996. En 2000, la Commission devait évidemment examiner la situation de l’intimé telle qu’elle lui apparaissait en 2000. De 1994 à 1999, les autorités de l’hôpital ont émis diverses recommandations en croyant à tort que l’intimé avait pris des mesures efficaces pour renoncer à l’abus d’alcool et d’autres drogues qui, à leur avis, avait été le catalyseur de ses actes de violence antérieurs. Elles ont modifié leurs recommandations en 2000, parce que leur appréciation des faits importants avait changé. En particulier, le test de

41

42

positive for cocaine. Dr. Michael Chan, the respondent's attending physician at the KPH, reminded the Board members that before the murder in 1978 the respondent had eaten an apple spiked with methamphetamine (an amphetamine). Amphetamines and cocaine are pharmacologically similar. Thus, in Dr. Chan's view, the respondent's refusal or inability to control his drug habit, which had led to violence in the past, created a significant *present* risk to the safety of the public:

Q. What is it about the cocaine test which came back positive on January 25 [2000] that causes the report to describe it as "most troubling?"

A. Cocaine is pharmacologically very similar to amphetamine and, indeed, they're classified — both, as stimulants. And the pharmacological effects in the short term and the long term are very similar. And both substances can produce, with long usage, a paranoid psychotic state.

. . .

MR. L. STEACY [Review Board Member]: And is it your concern today that because this gentleman is using drugs that that potential is still there for a similar type of action, or recidivism?

DR. M. CHAN: Yes.

MR. L. STEACY: And is that why you are telling the Board he constitutes a significant risk to the safety of the public today?

DR. M. CHAN: Yes.

Dr. Chan further testified that the respondent would not acknowledge the effect of drugs on his state of mind at the time of the index murder, thus making the condition harder to treat:

Q. . . . does [the respondent] acknowledge that there was any complicity of substance in the index murder?

A. A'hm — on a good day he might acknowledge he was taking amphetamines around the time of the offence.

dépistage de cocaïne qu'a subi l'intimé s'est révélé positif. Le médecin traitant de l'intimé au KPH, le Dr Michael Chan, a rappelé aux membres de la Commission que l'intimé avait mangé une pomme dopée aux méthamphétamines (une amphétamine) avant de commettre le meurtre en 1978. Les amphétamines et la cocaïne sont similaires sur le plan pharmacologique. Selon le Dr Chan, le refus ou l'incapacité de l'intimé de renoncer à sa consommation de drogue — qui l'a amené à commettre des actes de violence dans le passé — posait donc un risque *actuel* important pour la sécurité du public :

[TRADUCTION]

Q. Qu'y a-t-il à propos du test de dépistage de cocaïne qui s'est avéré positif le 25 janvier [2000] qui justifie la mention « plus inquiétant » dans le rapport?

R. Sur le plan pharmacologique, la cocaïne ressemble beaucoup aux amphétamines et, en fait, les deux substances sont classées — toutes deux comme des stimulants. Et on note une grande similarité entre les deux substances dans leurs effets pharmacologiques à court et à long terme. De plus, si elles sont prises sur une longue période, elles peuvent toutes deux créer un état psychotique paranoïde.

. . .

M. L. STEACY [membre de la Commission d'examen] : Et vous vous inquiétez aujourd'hui de la possibilité que cet homme commette un geste similaire ou qu'il récidive parce qu'il consomme de la drogue?

Dr M. CHAN : Oui.

M. L. STEACY : Et c'est pourquoi vous affirmez devant la Commission qu'il représente aujourd'hui un risque important pour la sécurité du public?

Dr M. CHAN : Oui.

Toujours selon le témoignage du Dr Chan, l'intimé ne voulait pas reconnaître l'effet des drogues sur son état mental au moment de la perpétration du meurtre initial, ce qui ne facilitait pas son traitement :

[TRADUCTION]

Q. . . . [l'intimé] reconnaît-il que les drogues avaient quelque chose à voir avec le meurtre initial?

R. E-uhm — s'il est bien disposé, il peut admettre qu'il prenait des amphétamines au moment de l'infraction.

But on a bad day he would say amphetamines have nothing to do with it.

... abuse of amphetamines — drugs — were ongoing and were a large part in producing a paranoid psychotic state.

The Board had before it considerable evidence of violent behaviour, or the serious threat thereof, related to substance abuse. First and foremost, there was the 1978 murder. In 1988, he was convicted of possession of a prohibited weapon. In 1989, he hit a car door in such rage that he broke his hand: “It was either the door or Brad’s jaw, man, I had to hit something.” A year later, he did in fact fracture a man’s jaw with a pool cue. In 1991, he again exhibited “assaultive behaviours” and thereafter the KPH reports continued to note a propensity for violence. Reference has already been made to the hospital summary reports for the years 1991 to 1999. Most significantly, because most recently, we have the year 2000 nursing records (which are the subject of the fresh evidence application), which include his threat on September 26, 2000 to another patient, “You fucking bastard. Come to my room one more time and I will kill you. See those fucking cameras. They mean shit to me. I will kill you. I haven’t killed in 20 years but I’ll do it again.” This is not the language of someone who has his propensity for violence under control.

In its reasons, however, the Board did not attach so much importance to incidents of threats or violence which may have occurred in the years 1991 to 1999 as it did to the fact that in 2000 the respondent “has resumed the use of cocaine, drugs similar to that psychosis which preceded the events described at the time of the index offence”, i.e., the 1978 murder, and the “very serious assault . . . in 1990”. Accordingly, the respondent’s

recent conduct in graduating from marijuana use to cocaine, combined with his failure to assume any

Mais, à un autre moment, il dirait que les amphétamines n’ont rien à voir avec cela.

... l’abus d’amphétamines — drogues — était continu et a grandement contribué à le plonger dans un état psychotique paranoïde.

La Commission disposait de nombreux éléments de preuve du comportement violent de l’intimé lié à son abus d’alcool et d’autres drogues, ou de la menace sérieuse d’un recours à la violence. D’abord, il y avait le meurtre commis en 1978. En 1988, l’intimé a été déclaré coupable de possession d’une arme prohibée. En 1989, il s’est fracturé la main en frappant une portière de voiture dans un accès de rage : [TRADUCTION] « [c]’était la porte ou la mâchoire de Brad, t’sais, fallait que je frappe quelque chose. » Un an plus tard, il a effectivement fracturé la mâchoire d’un homme avec une baguette de billard. En 1991, il a de nouveau manifesté des « comportements violents » et, par la suite, les rapports émanant du KPH ont continué à faire état d’une propension à la violence. Mention a déjà été faite des rapports sommaires de l’hôpital pour les années 1991 à 1999. Mais ce qui est plus important, parce que ces données sont plus récentes, nous disposons des dossiers de soins infirmiers pour l’année 2000 (faisant l’objet de la demande de production d’une nouvelle preuve), qui font état de la menace qu’il a faite à un autre patient le 26 septembre 2000 : [TRADUCTION] « Maudit enfant de chienne. Si tu viens encore une fois dans ma chambre, je te tue. Tu vois ces maudites caméras? Ben, je m’en fous complètement. Je vais te tuer. Ça fait 20 ans que j’ai pas tué quelqu’un, mais je vais recommencer. » Ce n’est pas là le langage que tient une personne qui maîtrise sa propension à la violence.

Dans ses motifs, la Commission n’a toutefois pas attaché autant d’importance aux incidents de menaces ou de violence qui ont pu survenir entre 1991 et 1999 qu’au fait qu’en 2000, l’intimé [TRADUCTION] « a recommencé à consommer de la cocaïne, des drogues semblables à la psychose qui a précédé les événements décrits au moment de l’infraction initiale », c’est-à-dire le meurtre de 1978, et la « très grave agression [. . .] en 1990 ». Par conséquent,

[TRADUCTION] le comportement récent [de l’intimé], qui est passé de la marijuana à la cocaïne, auquel s’ajoute

responsibility for his actions, demonstrates a total disregard of the nature and extent of the risk that he poses to the public. [The respondent] has no understanding of his illness nor appreciation of its likely consequences and, as a result, remains a significant threat to the safety of the public. [Emphasis added.]

45

As stated, the Court of Appeal accepted the Board's diagnosis that the respondent "continues to suffer from an anti-social personality disorder exacerbated by substance abuse" (para. 20). In these circumstances, with respect, it was not unreasonable for the Board to conclude that the respondent's demonstrated capacity for violence when taking amphetamines or cocaine, now linked to recent evidence of resumed use of cocaine, rendered him a significant threat to the safety of the public. It is possible, as my colleague Justice Arbour shows, to take a different view of the facts but, with respect, the Board's decision was within a reasonable range of outcomes: *Ryan, supra*, at para. 56.

46

The Review Board's mandate was to focus on the overall "mental condition" of the respondent as of the date of the hearing as well as "the need to protect the public from dangerous persons, . . . the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused" (*Cr. C.*, s. 672.54). In my view, with respect, the decision of the Board meets the standard of reasonableness discussed in *Southam, supra, per* Iacobucci J., at para. 56:

... a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. An example of the former kind of defect would be an assumption that had no basis in the evidence, or that was contrary to the overwhelming weight of the evidence. An example of the latter kind of defect would be a contradiction in the premises or an invalid inference.

son refus d'assumer la responsabilité de ses actes, démontre qu'il ne se soucie nullement de la nature et de l'étendue du risque qu'il représente pour le public. [L'intimé] ne comprend pas sa maladie, n'en saisit pas les conséquences probables et, de ce fait, représente toujours un risque important pour la sécurité du public. [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné, la Cour d'appel a retenu la conclusion de la Commission d'examen que l'intimé [TRADUCTION] « souffre encore d'un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l'abus d'alcool et d'autres drogues » (par. 20). Dans ces circonstances, j'estime en toute déférence qu'il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure qu'en raison de sa capacité démontrée de se livrer à des actes de violence lorsqu'il prend des amphétamines ou de la cocaïne — maintenant liée à la preuve récente qu'il a recommencé à consommer de la cocaïne —, l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public. Il est possible, comme le démontre ma collègue la juge Arbour, de voir les faits sous un jour différent mais, à mon humble avis, la décision de la Commission se situait dans la gamme des décisions raisonnablement possibles : *Ryan*, précité, par. 56.

La Commission d'examen avait pour mandat de centrer son analyse sur l'« état mental » général de l'intimé à la date de l'audition, ainsi que sur « la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, [les] besoins [de l'accusé et] la nécessité de sa réinsertion sociale » (*C. cr.*, art. 672.54). À mon humble avis, la décision de la Commission satisfait au critère du caractère raisonnable décrit dans l'arrêt *Southam*, précité, sous la plume du juge Iacobucci, au par. 56 :

... la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. Un exemple du premier type de défaut serait une hypothèse qui n'avait aucune assise dans la preuve ou qui allait à l'encontre de l'essentiel de la preuve. Un exemple du deuxième type de défaut serait une contradiction dans les prémisses ou encore une inférence non valable.

Here, the “logical process” by which the Board sought to draw its conclusion from the resumed use of cocaine was squarely within its expertise. The Court of Appeal, as stated, was of the view that the evidence “fell short” in this regard but, with respect, that was a matter of expertise and weight for the Board, not the reviewing court.

E. Admission of Fresh Evidence

An appeal against a disposition order shall be “based on a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice” (emphasis added) (*Cr. C.*, s. 672.73(1)). The term “the interests of justice” also appears in the catalogue of powers of a court of appeal to admit fresh evidence in criminal appeals (*Cr. C.*, s. 683(1)).

The respondent says it is not clear whether the Court of Appeal accepted or rejected the fresh evidence because it made no order either way. However, it seems clear that the fresh evidence application was rejected because (i) there is no order allowing it, (ii) there is no reference in the court’s reasons to any of the information contained in the fresh evidence, and (iii) at para. 37 of its reasons, the Court of Appeal concludes that on the basis of the “evidence before it, the Board could not properly conclude that the appellant posed a significant threat to public safety” (emphasis added), and immediately thereafter in para. 38 it allowed the appeal without further discussion.

The Court of Appeal gave no reason for its rejection of the fresh evidence in this case and we are therefore left to speculate about why it was considered “in the interests of justice” not to admit it. The respondent seeks to rationalize the *sub silentio* rejection by reference to the test in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, which sets out the following conditions:

En l’espèce, le « raisonnement » par lequel la Commission a tenté de tirer des conclusions du retour de l’intimé à la consommation de cocaïne relevait tout à fait de son champ d’expertise. Tel qu’il a été mentionné, la Cour d’appel a estimé que la preuve ne [TRADUCTION] « permettait pas » pareilles conclusions mais, à mon humble avis, cette question relevait de l’expertise de la Commission et c’est à elle et non au tribunal de révision qu’il appartenait de se prononcer sur la valeur probante de cette preuve.

E. Admission de la nouvelle preuve

L’appel d’une ordonnance est « fondé sur la transcription déposée auprès de la cour d’appel et sur les autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige » (je souligne) (*C. cr.*, par. 672.73(1)). Une expression semblable apparaît également dans l’éventail des pouvoirs dont jouit une cour d’appel pour admettre une nouvelle preuve dans le cadre d’un appel en matière criminelle (*C. cr.*, par. 683(1) : « dans l’intérêt de la justice »).

L’intimé soutient que la Cour d’appel n’a pas clairement accepté ou rejeté la nouvelle preuve, car elle n’a rendu aucune ordonnance dans un sens ou dans l’autre. Il semble toutefois clair que la demande de production d’une nouvelle preuve a été rejetée parce que : (i) aucune ordonnance l’accueillant n’a été rendue; (ii) nulle part dans les motifs de la cour n’a-t-on fait allusion aux renseignements révélés par la nouvelle preuve; (iii) au par. 37 de ses motifs, la Cour d’appel conclut qu’au vu de [TRADUCTION] « la preuve dont elle disposait, la Commission ne pouvait conclure à juste titre que l’appelant représentait un risque important pour la sécurité du public » (je souligne), et elle accueille l’appel immédiatement après, au par. 38, sans plus d’explication.

La Cour d’appel n’ayant pas motivé son refus d’admettre la nouvelle preuve en l’espèce, nous en sommes réduits à émettre des hypothèses sur la raison pour laquelle elle l’a rejetée parce que « la justice l’exige ». L’intimé tente de dégager le fondement de ce rejet *sub silentio* en renvoyant au critère établi dans l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, selon lequel les conditions suivantes doivent être réunies :

47

48

49

50

- | | |
|---|--|
| <p>(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases. . . .</p> <p>(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.</p> <p>(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and</p> <p>(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.</p> | <p>(1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . .</p> <p>(2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.</p> <p>(3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et</p> <p>(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.</p> |
|---|--|

51 Counsel for the respondent concedes that the "fresh evidence" could not with due diligence have been adduced at the original hearing (as the events it describes postdate the hearing) and was relevant to the issue of the respondent's alleged propensity for violence, but he argues that it was nevertheless rightly rejected because it largely consisted of "unreliable" nursing notes and hospital records. Such evidence, he says, could not be expected to have affected the result before the Board (which had already concluded that the respondent was a significant risk to public safety) or the result in the Court of Appeal, which was leaning in favour of allowing the appeal, because what little probative value the fresh evidence possessed was outweighed by its obvious prejudice.

52 I do not accept this analysis. In the first place, the term "interests of justice" used in s. 672.73(1) and s. 683(1) *Cr. C.* takes its meaning from the context in which it is sought to be applied. While there are some generally applicable considerations, such as the public interest in bringing finality to litigation, and avoiding the relitigation of issues in the Court of Appeal on a different record than was before the trial court, there are also differences. The appeal of an NCR disposition order under Part XX.1 of the *Criminal Code* is not an appeal in an adversarial criminal prosecution (as in *Palmer, supra*, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480) but an inquisitorial administrative procedure designed to arrive at the

L'avocat de l'intimé admet que la « nouvelle preuve » ne pouvait pas, avec diligence raisonnable, être produite à l'audition initiale (les événements qui y sont relatés étant postérieurs à l'audition) et qu'elle était pertinente quant à la propension alléguée de l'intimé à la violence, mais il soutient que c'est néanmoins à juste titre qu'elle a été rejetée puisqu'elle était composée en grande partie de notes des soins infirmiers et de dossiers d'hôpital qui n'étaient « pas dignes de foi ». Selon lui, on n'aurait pas pu s'attendre à ce que cette preuve ait une incidence quelconque sur la décision de la Commission (qui avait déjà conclu que l'intimé représentait un risque important pour la sécurité du public) ou sur celle de la Cour d'appel, qui était encline à accueillir l'appel, car le préjudice manifeste causé par cette nouvelle preuve l'emportait sur sa faible valeur probante.

Je n'accepte pas cette analyse. Tout d'abord, les expressions « lorsqu[e] . . . la justice l'exige » et « dans l'intérêt de la justice » employées aux par. 672.73(1) et 683(1) *C. cr.* tirent leur sens du contexte dans lequel on cherche à les appliquer. Bien que certaines considérations s'appliquent de manière générale, soit par exemple l'intérêt du public à assurer le règlement définitif des litiges et à éviter la réouverture du débat devant la Cour d'appel à partir d'un dossier différent de celui dont le tribunal de première instance disposait, il existe aussi des différences. L'appel d'une ordonnance de non-responsabilité criminelle sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas une procédure

least restrictive regime for an NCR detainee consistent with public safety. As Goldie J.A. wrote in *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at p. 277, “[u]nder s. 672.54 of the *Code*, the treatment of one unable to judge right from wrong is intended to cure the defect. It is not penal in purpose or effect. Where custody is imposed on such a person, the purpose is prevention of antisocial acts, not retribution.”

Even in the adversarial context of a criminal appeal, the test is not a mechanical application of the *Palmer* criteria but the statutory test of “the interests of justice”. Thus in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, the Court held that “failure to meet the due diligence requirement should not ‘override accomplishing a just result’” (para. 56).

In this context, the “interests of justice” includes not only justice to the NCR detainee, whose liberty is at stake, but also justice to the public, whose protection is sought to be assured. In light of the Court of Appeal’s criticism that the Board had unduly concerned itself with the respondent’s failure to control his drug habit without sufficient evidence of a continuing disposition to violent behaviour, the proffered evidence (including physical assaults and a recent death threat) was highly relevant.

If I had agreed with the Court of Appeal about the thinness of the record on the propensity for violence issue, I would think it all the more “in the interests of justice” to look at the latest reliable information on that issue.

Yet a different context (and a different statute) for the admission of fresh evidence is illustrated by

contradictoire d’appel d’une poursuite criminelle (comme dans les arrêts *Palmer*, précité, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480), mais bien une procédure administrative de nature inquisitoire visant à établir le régime le moins contraignant pour un détenu non responsable criminellement tout en préservant la sécurité du public. Comme le juge Goldie l’a dit dans *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), p. 277, [TRADUCTION] « [e]n vertu de l’art. 672.54 du *Code*, le traitement d’une personne qui ne peut distinguer le bien du mal vise à remédier à cette incapacité. Ni son objet ni son effet ne revêtent un caractère pénal. Lorsque la détention d’une telle personne est ordonnée, elle vise à prévenir l’accomplissement d’actes antisociaux, et non à châtier. »

Même dans le contexte contradictoire d’un appel en matière criminelle, le critère ne consiste pas en l’application mécanique du critère énoncé dans l’arrêt *Palmer*, mais bien en celui que prévoit la loi, soit « l’intérêt de la justice ». La Cour a ainsi statué dans l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, que « le défaut de satisfaire à l’obligation de diligence raisonnable ne doit pas [TRADUCTION] ‘l’emporter sur l’obtention d’un résultat juste’ » (par. 56).

Dans ce contexte, « la justice » s’entend non seulement de la justice à l’égard du détenu non responsable criminellement, dont la liberté est en jeu, mais également de la justice à l’égard du public, dont on cherche à assurer la protection. Comme la Cour d’appel a critiqué la Commission pour s’être indûment attardée sur le défaut de l’intimé de renoncer à sa consommation de drogue en l’absence d’une preuve suffisante d’une prédisposition persistante à la violence, la preuve dont la production était demandée (incluant celle des actes de violence physique et de la récente menace de mort) était extrêmement pertinente.

Si je m’étais rangé à l’avis de la Cour d’appel sur la minceur du dossier quant à la propension à la violence, j’estimerais à plus forte raison que « la justice exigeait » la prise en compte des renseignements fiables les plus récents à ce sujet.

L’arrêt *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 2003 CSC 32, rendu simultanément, illustre encore

53

54

55

56

Starson v. Swayze, [2003] 1 S.C.R. 722, 2003 SCC 32, released concurrently. In that case, the appellant, an attending physician, sought to introduce fresh evidence of his patient's mental condition in order to obtain consent of a substitute decision-maker to unwanted medical treatment under the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, which permits the court to "receive new or additional evidence as it considers just" (s. 80(9)). We concluded in that case that reception of the proffered evidence would not be "just". Unlike here, no issue of public safety was raised. Here, an absolute discharge of the NCR detainee would, for all practical purposes, terminate the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition under Part XX.1 of the *Criminal Code*. Under the substituted consent provisions of the *Health Care Consent Act, 1996*, on the other hand, the attending physician can always reapply to the Capacity and Consent Board based on up-to-date information. In short, the consequences of a misjudged denial of state intervention are much more serious in the case of an NCR detainee than in the case of a patient resisting unwanted medical treatment. The interests of justice in the circumstances of this case require a different result.

57 The proffered evidence went to the core of the Court of Appeal's concern about the insufficiency of evidence of the respondent's continuing propensity for violence and, if credible, ought to have been admitted as "bear[ing] on a decisive issue" (*Palmer*, at p. 776).

58 The evidence was credible. Nursing notes and hospital records have routinely been admitted for more than 30 years as *prima facie* proof of the truth of their contents under the hearsay exception for business records: *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, per Hall J., at p. 626:

Hospital records, including nurses' notes, made contemporaneously by someone having a personal

un autre contexte (et l'application d'une autre loi) d'admission de la nouvelle preuve. Dans cette affaire, l'appelant, un médecin traitant, cherchait à faire admettre une nouvelle preuve de l'état mental de son patient qui refusait de se soumettre à un traitement médical, afin d'obtenir le consentement de son mandataire spécial en vertu de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, laquelle permet au tribunal de « recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable » (par. 80(9)). Nous avons conclu dans cette affaire qu'il ne serait pas « équitable » de recevoir la preuve offerte. Contrairement au présent pourvoi, cette affaire ne soulevait pas la question de la sécurité du public. En l'espèce, la libération inconditionnelle du détenu non responsable criminellement mettrait en pratique un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler son état mental sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel*. En revanche, les dispositions de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* relatives au consentement du mandataire spécial n'empêchent pas le médecin traitant de soumettre une nouvelle demande à la Commission du consentement et de la capacité en s'appuyant sur des données à jour. Bref, les conséquences du rejet erroné de l'intervention de l'État sont beaucoup plus graves dans le cas d'un détenu non responsable criminellement que dans le cas d'un patient qui refuse de se soumettre à un traitement médical. La justice exige en l'espèce un autre résultat.

La preuve offerte concernait directement la réserve qu'avait la Cour d'appel quant à l'insuffisance de la preuve de la propension continue de l'intimé à la violence et, si elle était digne de foi, elle aurait dû être admise comme « port[ant] sur une question décisive » (*Palmer*, p. 776).

La preuve était digne de foi. Depuis plus de 30 ans, les notes des soins infirmiers et les dossiers d'hôpital sont couramment admis comme preuve *prima facie* de la véracité de leur contenu, en application de l'exception à l'exclusion du oui-dire pour les dossiers d'entreprise : *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, le juge Hall, p. 626 :

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une

knowledge of the matters then being recorded and under a duty to make the entry or record should be received in evidence as *prima facie* proof of the facts stated therein.

Under more recent jurisprudence, such business records would be admissible on a principled basis under the hearsay analysis adopted in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. If the respondent wished to contest the accuracy of the hospital records, it was open to him to do so, but he chose not to: *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47, at paras. 26-28. An absolute discharge, in my view, should be granted only upon consideration of all of the reliable evidence available both at the time of the Board hearing and, if appealed, at the time of the appellate review.

I should add that the absence of any reasons from the Court of Appeal for its rejection of the fresh evidence motion has complicated the conduct of this appeal. Both the respondent and the Crown were obliged to speculate about what the Court of Appeal decided and the possible reasons for it. Acceptance or rejection of a fresh evidence motion may have a dispositive impact on the outcome of an appeal. To paraphrase *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 28, if the deficiencies in the reasons of an intermediate appellate court prevent meaningful appellate review of the correctness of its decision in this Court, then an error of law has been committed. Reviewing courts should provide reasons for their decision to admit or reject fresh evidence pursuant to their mandate under s. 672.54 and s. 672.73(1) *Cr. C.* if justice is to be done to both the NCR detainee and the public.

In any event, it is my view that the fresh evidence ought to be admitted as part of the record on this appeal.

F. *The “Least Onerous and Least Restrictive” Disposition*

Having thus affirmed as reasonable the Board’s conclusion that the respondent continues to be a

connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu’ils relatent.

Selon la jurisprudence plus récente, ces dossiers d’entreprise seraient admissibles suivant les principes applicables à l’analyse relative au oui-dire qui a été consacrée dans l’arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. Si l’intimé voulait contester l’exactitude des dossiers d’hôpital, il pouvait le faire, mais il a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité : *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47, par. 26-28. On ne devrait, à mon avis, accorder la libération inconditionnelle qu’après avoir examiné tous les éléments de preuve fiables connus autant au moment de l’audition par la Commission qu’au moment du contrôle en appel, le cas échéant.

Je dois ajouter que le déroulement du présent pourvoi a été compliqué par l’absence de motifs à l’appui du rejet par la Cour d’appel de la requête en production d’une nouvelle preuve. L’intimé et le ministère public se sont tous deux vus contraints d’émettre des hypothèses sur la décision de la Cour d’appel et les motifs qui peuvent la sous-tendre. L’acceptation ou le rejet d’une requête en production d’une nouvelle preuve peut avoir une incidence déterminante sur l’issue d’un appel. Pour paraphraser l’arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 28, lorsque les lacunes des motifs d’une cour d’appel intermédiaire font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision devant notre Cour, une erreur de droit a été commise. Pour être juste envers le détenu non responsable criminellement et envers le public, le tribunal siégeant en révision devrait motiver sa décision d’admettre ou de rejeter la nouvelle preuve dans l’exécution du mandat que lui confèrent l’art. 672.54 et le par. 672.73(1) *C. cr.*

Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que la nouvelle preuve aurait dû être admise comme faisant partie du dossier dans le présent pourvoi.

F. *La décision « la moins sévère et la moins privative de liberté »*

Ayant donc confirmé le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission selon laquelle

59

60

61

62

significant threat to the safety of the public, I turn to the issue, under s. 672.54, whether the Board's disposition order is the least onerous and least restrictive for the respondent consistent with the assurance of public safety. In considering its order, the Board must again have regard to

the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the [NCR] accused, the reintegration of the [NCR] accused into society and the other needs of the [NCR] accused. . . .

(*Cr. C.*, s. 672.54; *Winko*, *supra*, at para. 62)

63

As mentioned, from 1994 to 1996, the respondent was granted conditional discharge orders. This was changed in 1997 because of drug use. A detention order with leave conditions was substituted. That detention order was continued in 1998 and 1999. In 2000, the "leave conditions" were made more restrictive because of the discovery, on January 25, 2000, that the respondent was on cocaine. At that point, in making its recommendation, the hospital staff told the Board that:

In the presence of close supervision [the respondent] consumed illicit substances. In the absence of direct supervision at all times, the hospital is not confident in its ability to prevent [the respondent] from engaging in these risky behaviours. [Emphasis added.]

Accordingly, in KPH's view, given the link it had made between the respondent's propensity for violence and the use of cocaine, the hospital detention order with restricted leave conditions represented "the least onerous and restrictive, in keeping with the need to protect the safety of the public".

64

The success or failure of an NCR detainee to follow a treatment program was noted as a relevant factor in *Winko*, *supra*, at para. 61.

l'intimé représente toujours un risque important pour la sécurité du public, je passe à présent à la question de savoir si, sous le régime de l'art. 672.54, l'ordonnance de la Commission est la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l'égard de l'intimé qui permette néanmoins d'assurer la sécurité du public. Pour rendre son ordonnance, la Commission doit, une fois de plus, tenir compte

de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé [non responsable criminellement] et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. . . .

(art. 672.54 *C. cr.*; *Winko*, précité, par. 62)

Comme je l'ai mentionné, l'intimé a bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996. Cette situation a changé en 1997, en raison de sa consommation de drogue. On a substitué à l'ordonnance de libération conditionnelle une ordonnance de détention assortie de conditions applicables aux absences. Cette dernière ordonnance a été maintenue en 1998 et en 1999. En 2000, les « conditions applicables aux absences » ont été rendues plus contraignantes lorsqu'on a découvert, le 25 janvier 2000, que l'intimé prenait de la cocaïne. À ce moment, le personnel de l'hôpital chargé de formuler ses recommandations a déclaré à la Commission :

[TRADUCTION] Sous surveillance étroite, [l'intimé] a consommé des drogues illicites. Sans une surveillance directe et constante, l'hôpital n'est pas convaincu de pouvoir empêcher [l'intimé] de se livrer à des actes hautement risqués. [Je souligne.]

De l'avis du personnel du KPH, vu le lien qu'il avait établi entre la propension de l'intimé à la violence et sa consommation de cocaïne, l'ordonnance de détention à l'hôpital assortie de conditions applicables aux absences s'avérait donc la décision [TRADUCTION] « la moins sévère et la moins privative de liberté en tenant compte de la nécessité de protéger la sécurité du public ».

Le paragraphe 61 de l'arrêt *Winko*, précité, mentionne le succès ou l'échec d'un programme de traitement suivi par un détenu non responsable criminellement comme un facteur pertinent.

The respondent says that if he were to re-offend while on drugs, he would be subject, like anyone else, to the strictures of the *Criminal Code*. But he is not like anyone else. He is an NCR detainee whose drug abuse is linked to a demonstrated propensity for violence, including murder, and Part XX.1 of the *Criminal Code* is designed to take measures to protect the public safety *before* violence occurs, not (as in the ordinary case) to punish the offender afterwards.

In making its disposition order, the Board noted that it was required to consider “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused . . .” (*Cr. C.*, s. 672.54).

Reference has already been made to the Board’s discussion of the respondent’s mental condition and the repeated efforts of the hospital authorities to help reintegrate the respondent into society. The Board was clearly sympathetic to the respondent’s desire to be reunited with his son and his evident level of frustration at his continued detention. The critical factor that tilted the Board against a less restrictive order was the respondent’s renewed (or rediscovered) taking of cocaine, and its pharmacological link to the amphetamines that triggered the 1978 murder. This discovery led the hospital authorities to recommend against a conditional release:

In the absence of direct supervision at all times, the team is not confident in its ability to prevent [the respondent] from engaging in high risk behaviour which may significantly increase the likelihood of recidivism.

The Board agreed with the hospital that there was little prospect of the respondent’s drug habit being effectively controlled with the sort of sporadic supervision available in the community. The Board recognized the ease with which the respondent had

L’intimé affirme que, s’il commet de nouvelles infractions sous l’influence de la drogue, il sera passible, comme n’importe qui d’autre, des sanctions prévues au *Code criminel*. Or, il ne s’agit pas de « n’importe qui d’autre ». Il s’agit d’un détenu non responsable criminellement chez qui il existe un lien entre l’abus de drogues et sa propension à la violence, y compris au meurtre, et la partie XX.1 du *Code criminel* est conçue pour prendre des mesures qui protégeront la sécurité du public *avant* que des actes de violence surviennent, et non (comme c’est le cas habituellement) pour punir le contrevenant après coup.

Dans son ordonnance, la Commission a noté qu’elle avait l’obligation de tenir compte « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale » (*C. cr.*, art. 672.54).

J’ai déjà fait mention de l’examen par la Commission de l’état mental de l’intimé ainsi que des efforts déployés maintes fois par les autorités de l’hôpital pour aider l’intimé à réintégrer la société. La Commission a de toute évidence compris le désir de l’intimé de vivre avec son fils et sa frustration évidente du fait d’être maintenu en détention. Le facteur déterminant qui a fait pencher la balance à l’encontre d’une ordonnance moins contraignante a été le fait que l’intimé a recommencé à consommer de la cocaïne (ou la nouvelle révélation à cet effet) et son lien pharmacologique avec les amphétamines qui ont provoqué le meurtre en 1978. Ce fait nouveau a incité les autorités de l’hôpital à se prononcer à l’encontre d’une ordonnance de libération conditionnelle :

[TRADUCTION] Sans une surveillance directe et constante, notre équipe n’est pas convaincue de pouvoir empêcher [l’intimé] de se livrer à des actes hautement risqués qui sont susceptibles d’accroître sensiblement la probabilité d’une récidive.

La Commission a convenu avec l’hôpital qu’on ne pouvait guère espérer contrôler efficacement les habitudes de consommation de l’intimé avec le type de surveillance ponctuelle qui pourrait être exercée sur lui dans la collectivité. La Commission

65

66

67

68

deceived its drug monitoring program in the past. In light of the connection between the respondent's violence and the newly discovered cocaine abuse, the Board concluded:

It is unfortunate that [the respondent] has chosen to retard his progress toward rehabilitation and thwart the efforts of his caregivers to return him to society. We note that as recent as August of 1999 the treatment team were prepared to support his transfer to the Chatham area, which remains [the respondent's] desired relocation. [The respondent] by his conduct is the agent of his own misfortune, albeit he is unlikely to recognize or appreciate his role in what he will undoubtedly determine to be punishment by the Review Board and the hospital.

69

I do not think it unreasonable for the Board to conclude, in light of the difficulty in monitoring the cocaine problem in the community, that the "least onerous and least restrictive" order for the time being was a detention order in KPH. The respondent's case is not an easy one, but once we affirm as reasonable the Board's finding that the respondent represents a "significant threat to the safety of the public" (*Cr. C.*, s. 672.54), we should not be too quick to overturn the Board's expert opinion about how that risk is to be managed. In this respect, as well, the fresh evidence of violent behaviour must be taken into account "in the interests of justice". Once the cocaine use by the respondent is under control, no doubt, a less restrictive order will be considered. Modified leave conditions might include a more closely monitored testing procedure in the community than was in place prior to 2000. However, it is not for the Court to micromanage the leave conditions and, as matters stand, I do not consider it unreasonable for the Board to have concluded that its disposition was the least onerous and least restrictive alternative, given the continuing use of cocaine and the consequent risk to society posed by the respondent.

a reconnu la facilité avec laquelle l'intimé avait déjoué son programme de dépistage de drogue dans le passé. Compte tenu du lien qui existe entre la violence de l'intimé et sa consommation de cocaïne découverte depuis peu, la Commission a conclu :

[TRADUCTION] Malheureusement, [l'intimé] a choisi de ralentir sa progression vers la réadaptation et d'entraver les efforts déployés par ses aidants pour le réintégrer dans la société. Nous notons que dès août 1999, l'équipe de traitement était disposée à appuyer son transfert dans la région de Chatham, qui demeure encore aujourd'hui l'endroit où [l'intimé] désire être relocalisé. Par son comportement, [l'intimé] a été l'artisan de son propre malheur, bien qu'il soit improbable qu'il reconnaisse ou qu'il apprécie son rôle dans ce qu'il considérera sans aucun doute comme une punition que lui infligent la Commission d'examen et l'hôpital.

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable pour la Commission de conclure, compte tenu qu'il est difficile de surveiller le problème de cocaïne dans la collectivité, qu'une ordonnance de détention au KPH est la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à l'heure actuelle. Il n'est pas facile de trancher le cas de l'intimé mais, une fois confirmé le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission que l'intimé représente « un risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54 *C. cr.*), nous devrions nous garder d'infirmier à la légère la décision d'expert rendue par la Commission quant à la gestion de ce risque. La nouvelle preuve du comportement violent doit être prise en compte aussi parce que « la justice l'exige ». Dès que l'intimé aura renoncé à sa consommation de cocaïne, on envisagera assurément de rendre une ordonnance moins contraignante. Parmi les conditions applicables aux absences de l'intimé susceptibles d'être modifiées, on pourrait prévoir une procédure de dépistage au sein de la collectivité qui ferait l'objet d'une surveillance plus étroite que celle qui existait avant 2000. Il n'appartient cependant pas à la Cour de se lancer dans la microgestion de ces conditions et, dans l'état actuel des choses, j'estime qu'il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure que sa décision était la moins sévère et la moins privative de liberté, étant donné la consommation de cocaïne à laquelle continue de se livrer l'intimé et le risque qu'il représente de ce fait pour la société.

V. Conclusion

In my view, the order of the Board dated May 17, 2000 was not unreasonable on the evidence before it. It is not enough for the respondent to suggest that other members of other review boards might have taken a different view of Dr. Chan's evidence, or its medical underpinning, or the significance of the respondent's freshly disclosed continuing drug habit, including cocaine. The Court of Appeal reweighed the evidence and found it wanting, but that assessment was for the Board to make, and the decision they made was reasonably open to them on the evidence.

Even if I were persuaded, as was the Court of Appeal, that the "evidence before the Board fell short of establishing that the appellant is a significant threat to the safety of the public, even when using drugs" (para. 29), I would nevertheless allow the appeal on the basis of the record as enlarged by the fresh evidence. In my view, it will generally be desirable for an appellate court to admit fresh evidence that is trustworthy and touches on the issue of risk to public safety as being "necessary . . . in the interests of justice" (*Cr. C.*, s. 672.73(1)). The NCR detainee should, of course, be given the opportunity of countering the fresh evidence of risk by cross-examination or filing additional evidence in response. In the end, however, the Crown has the onus of establishing a significant risk to public safety and, in the interest of public safety, it should be given every reasonable opportunity to do so.

The confinement of the respondent will, of course, be subject to ongoing review by the Board no less than once every 12 months. The disposition of this appeal does not therefore purport to address, let alone decide, whether at the present time the respondent still poses a significant threat to the safety of the public. We decide only that the Court

V. Conclusion

À mon sens, l'ordonnance de la Commission datée du 17 mai 2000 n'était pas déraisonnable au vu de la preuve dont elle disposait. Il ne suffit pas pour l'intimé d'avancer que d'autres membres d'autres commissions d'examen auraient pu interpréter différemment le témoignage du Dr Chan, les fondements médicaux qui le sous-tendent ou l'importance de la révélation récente du fait que l'intimé continue de consommer de la drogue, notamment de la cocaïne. La Cour d'appel a apprécié à nouveau la preuve et l'a jugée insuffisante, mais c'est à la Commission qu'il revenait de se prononcer à cet égard et celle-ci a rendu une décision que la preuve lui permettait raisonnablement de rendre.

Même si j'étais convaincu, à l'instar de la Cour d'appel, que [TRADUCTION] « la preuve présentée à la Commission ne permettait pas d'établir que l'appelant représente un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu'il consomme de la drogue » (par. 29), je serais néanmoins d'avis d'accueillir le pourvoi sur le fondement du dossier tel qu'il a été enrichi par la nouvelle preuve. J'estime qu'il est généralement souhaitable pour une cour d'appel d'admettre une nouvelle preuve qui est digne de foi et qui concerne la question du risque pour la sécurité du public, parce que « la justice l'exige » (*C. cr.*, par. 672.73(1)). Il va de soi qu'on doit donner l'occasion au détenu non responsable criminellement de contredire la nouvelle preuve selon laquelle il présente un risque en permettant la tenue d'un contre-interrogatoire ou la production d'éléments de preuve supplémentaires en réponse. Toutefois, il incombe en définitive au ministère public de démontrer que l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public et, à cet égard, on devrait lui offrir toutes les possibilités raisonnables de le faire.

L'internement de l'intimé sera, bien sûr, soumis à un processus continu de révision par la Commission au moins une fois tous les 12 mois. Le présent pourvoi n'aborde donc pas, et il vise encore moins à la trancher, la question de savoir si à l'heure actuelle l'intimé représente encore un risque important pour la sécurité du public. Nous

70

71

72

of Appeal was wrong to set aside the Board's disposition order of May 17, 2000.

VI. Disposition

73 The fresh evidence is admitted. The appeal is allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside, and the order of the Review Board dated May 17, 2000 is reinstated.

The following are the reasons delivered by

74 ARBOUR J. (dissenting) — The Court of Appeal overturned a detention order made by the Ontario Review Board ("Board") under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dealing with persons not criminally responsible ("NCR") by reason of mental disorder. I agree with the Court of Appeal that the ruling of the Board was unreasonable for two reasons. First, the Board made an unreasonable finding regarding the dangerousness of the respondent, and second, the Board imposed the most onerous and restrictive disposition without any consideration of whether less restrictive ones would be adequate. The latter represents also an error of law since s. 672.54 specifically requires the Board to impose the least onerous and the least restrictive disposition that would achieve the desired result.

I. The Facts

75 My colleague Justice Binnie has referred to the salient facts. I will highlight what I consider significant.

76 The respondent was found not guilty of murder in 1978 by reason of mental disorder. The diagnosis at the time was of a drug-induced psychosis, which has now been in remission for many years. At the time of the hearing, the respondent did not suffer from any major mental illness, nor had he been suffering from such for a long time. However he had been a regular consumer of alcohol and drugs, although he tried to hide his consumption by cheating on his required urine tests. The respondent suffers from an antisocial

décidons simplement que la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'ordonnance rendue par la Commission le 17 mai 2000.

VI. Dispositif

La nouvelle preuve est admise. Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance de la Commission d'examen, datée du 17 mai 2000, est rétablie.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente) — La Cour d'appel a infirmé une ordonnance de détention rendue par la Commission ontarienne d'examen (la « Commission ») sous le régime des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, traitant des personnes non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Je partage l'avis de la Cour d'appel que la décision de la Commission était déraisonnable à deux égards. Premièrement, la Commission a tiré une conclusion déraisonnable sur la dangerosité de l'intimé et, deuxièmement, elle lui a imposé la décision la plus sévère et la plus privative de liberté, sans se demander si d'autres décisions moins privatives de liberté conviendraient. Ce dernier motif constitue également une erreur de droit, car l'art. 672.54 oblige expressément la Commission à rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté qui puisse produire le résultat escompté.

I. Les faits

Mon collègue le juge Binnie a déjà exposé les faits saillants de l'affaire. Je soulignerai ce qui me paraît important.

L'intimé a été déclaré non coupable de meurtre en 1978 pour cause de troubles mentaux. Selon le diagnostic posé à l'époque, l'intimé souffrait d'une psychose provoquée par la drogue, dont il est maintenant en rémission depuis de nombreuses années. Au moment de l'audition, l'intimé n'était atteint d'aucune maladie mentale grave et n'en avait pas souffert depuis longtemps. Il consommait cependant de l'alcool et des drogues sur une base régulière, bien qu'il ait tenté de le dissimuler en déjouant les tests d'urine auxquels il était astreint. L'intimé

personality disorder which is exacerbated by substance abuse.

Immediately after his trial in 1978, the respondent was detained at the Penetanguishene Mental Health Centre where he remained more or less continuously until 1986. From then on, he was granted increased access to community living until 1990, when he was convicted of assault causing bodily harm for hitting a man with a pool cue, fracturing his jaw. The respondent was sentenced to 14 months' imprisonment for this offence, with two years' probation. The respondent had been drinking heavily at the time of the commission of this offence and according to one of the hospital records, when Mr. Owen was interviewed in jail shortly after his arrest "he stated that he had been using marijuana and a bunch of stuff for two or three weeks before his arrest". There is however no evidence that he was under the influence of amphetamines or other similar drugs or that he was not criminally responsible for that assault by reason of a mental disorder. When he was released from jail, the respondent was examined by a psychiatrist who concluded that Mr. Owen was not depressed, showed no evidence of anxiety, had no disorder of thought or speech and demonstrated no evidence of hallucinations or delusional thinking. Although he remained under the NCR *Criminal Code* regime since he had not been absolutely discharged from the original detention order of 1978, the respondent served his sentence in jail. He was subsequently transferred to Kingston Psychiatric Hospital ("KPH") and the subject of further reviews by the Board.

The hospital reports throughout the 1990s consistently note Mr. Owen's history of substance abuse as well as his inability or unwillingness to admit that he has a substance abuse problem.

In 1994, the Board ordered Mr. Owen's conditional discharge, and did so again in 1995 and 1996. In 1997, after a positive test for cannabis, at

souffre d'un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par son abus d'alcool et d'autres drogues.

77
Immédiatement après son procès en 1978, l'intimé a été détenu au Centre de santé mentale de Penetanguishene, où il est demeuré de façon plus ou moins permanente jusqu'en 1986. À partir de ce moment, il a bénéficié d'un accès élargi à la vie dans la collectivité jusqu'en 1990, année où il a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles pour avoir fracturé la mâchoire d'un homme avec une baguette de billard. Cette infraction lui a valu une peine d'emprisonnement de 14 mois assortie de deux ans de probation. L'intimé avait beaucoup bu avant de perpétrer cette infraction et, interrogé en prison peu de temps après son arrestation, [TRADUCTION] « il a déclaré avoir consommé de la marijuana et un tas d'autres choses au cours des deux ou trois semaines précédant l'arrestation », selon ce que révèle un dossier d'hôpital. Rien n'indiquait toutefois qu'il était sous l'influence d'amphétamines ou d'autres drogues similaires, ou encore qu'il n'était pas criminellement responsable pour cause de troubles mentaux quant à ces voies de fait. À la fin de son incarcération, l'intimé a été examiné par un psychiatre qui a conclu que M. Owen n'était pas déprimé, qu'il ne montrait aucun signe d'anxiété, qu'il ne souffrait d'aucun trouble de l'esprit ou de la parole et qu'il ne semblait pas être en proie à des hallucinations ou à des délires. Bien qu'il soit demeuré assujéti au régime de non-responsabilité criminelle prévu au *Code criminel* — n'ayant pas bénéficié d'une libération inconditionnelle depuis l'ordonnance initiale de détention rendue en 1978 —, l'intimé a purgé sa peine en prison. Il a par la suite été transféré au Kingston Psychiatric Hospital (« KPH ») et son cas a été examiné plusieurs fois par la Commission.

78
Tout au long des années 90, les rapports d'hôpitaux ont constamment fait état des antécédents d'abus d'alcool et d'autres drogues de M. Owen, ainsi que de son incapacité ou de son refus de reconnaître son problème d'abus.

79
En 1994, puis à nouveau en 1995 et en 1996, la Commission a ordonné que M. Owen soit libéré conditionnellement. En 1997, après qu'un test eut

the hospital recommendation the Board imposed a custodial order with terms allowing the respondent to live in the community at the hospital's discretion. The Review Board made similar orders in 1998 and 1999. It is interesting to note what triggered the change in the hospital's recommendation to the Board from conditional discharge to a detention order with discretion to release. There appears to be little difference between the two. In both cases the respondent is allowed to live in the community and has to report to KPH periodically. However, the hospital considered that as a matter of administrative convenience, it had more flexibility if a detention order was in place. This is explained in the KPH report to the Board of April 1997 as follows:

Mr. Owen has, once again, demonstrated that he is unlikely to refrain from petty criminal behaviour, or legal behaviour yet prohibited to him, over the longer-term. He has acknowledged this to the Board in previous hearings and history would appear to confirm it. However, in the hospital's opinion, Mr. Owen has, otherwise, managed reasonably well in the face of major medical, social, financial and domestic difficulties. Throughout these past several years, there has been no evidence of criminal behaviour which has resulted in the victimization of anyone. Indeed, Mr. Owen, with his c/l wife (herself suffering from a major mental illness), has made a reasonable job of raising a small son and living peacefully in the community with extremely limited resources. Despite occasional opposition, the hospital sees itself as playing an ongoing and important role in this exercise.

The hospital considers it unfortunate that it has not, on this occasion and others, had available a custodial disposition which would have provided the hospital with authority to act pro-actively in the face of obviously mounting difficulties in the Owen household. The occasion of such mounting difficulties culminating in consumption of prohibited substances is entirely predictable in this case. It has happened now on several occasions in the past and will happen in the future. On each such occasion, when the hospital is unable to require either hospital admission or significant changes in supervision, the community is placed at risk. The community would fail to appreciate why it is that KPH is unable to react quickly to known increases in risk. This situation is very likely to occur time and time again in the future. The role

révélé la présence de cannabis, la Commission a, sur la recommandation de l'hôpital, rendu à l'égard de l'intimé une ordonnance de garde dont les modalités lui permettaient de vivre dans la collectivité à la discrétion de l'hôpital. La Commission d'examen a rendu des ordonnances similaires en 1998 et en 1999. Il est intéressant de constater ce qui a poussé l'hôpital à changer sa position et à recommander à la Commission la détention avec possibilité de libération plutôt que la libération conditionnelle. Il semble y avoir peu de différence entre ces deux ordonnances. Dans les deux cas, l'intimé peut vivre au sein de la collectivité et doit se présenter régulièrement au KPH. Toutefois, du point de vue de la commodité administrative, l'hôpital estimait qu'une ordonnance de détention lui accordait une plus grande marge de manœuvre. Il l'explique en ces termes dans son rapport daté d'avril 1997 destiné à la Commission :

[TRADUCTION] Une fois de plus, M. Owen a démontré qu'il ne cessera vraisemblablement pas à plus long terme de commettre des infractions mineures ou des actes par ailleurs légaux qui lui sont interdits. Il l'a reconnu devant la Commission au cours d'auditions antérieures, et les faits semblent le confirmer. Cependant, de l'avis de l'hôpital, M. Owen s'en est par ailleurs relativement bien sorti face à de graves difficultés médicales, sociales, financières et familiales. Au cours des dernières années, rien n'indique qu'il se soit livré à des actes criminels dont quelqu'un aurait été victime. En fait, M. Owen, aidé de sa conjointe de fait (qui souffre elle-même d'une maladie mentale grave), s'est bien débrouillé pour s'occuper de son jeune fils et vivre en paix au sein de la collectivité malgré ses très maigres ressources. En dépit de conflits occasionnels, l'hôpital se voit jouer un rôle continu et important dans cet exercice.

L'hôpital déplore que, notamment à cette occasion, aucune ordonnance de garde n'ait été rendue qui lui aurait permis de prendre des mesures proactives face aux difficultés manifestement croissantes chez les Owen. En l'espèce, il est tout à fait prévisible que ces difficultés croissantes vont culminer dans la consommation de substances interdites. Cette situation est déjà survenue à plusieurs reprises et se reproduira. Dans ces cas-là, si l'hôpital ne peut demander l'hospitalisation ou d'importants changements dans la surveillance de M. Owen, la collectivité court un risque. La collectivité ne comprendrait pas pourquoi le KPH n'est pas en mesure de réagir rapidement à l'aggravation connue du risque. Cette situation se répétera fort probablement à maintes reprises. Le rôle de l'hôpital devrait être de

of the hospital should be to ensure that it is managed in a timely manner, consistent with the long-term rehabilitation needs of Mr. Owen and not contrary to the safety of the public. The hospital sees no useful purpose in a several month hospitalization every time this happens while Mr. Owen awaits the pleasure of the Board. Indeed, the results of the current administrative arrangement — a Conditional Discharge Order — are contrary to the rehabilitation needs of Mr. Owen and do nothing to protect the public.

It is clear from the above that the hospital considered, and the Board agreed, that an apparently more onerous and more restrictive disposition (a detention order rather than conditional discharge) was nevertheless appropriate but not because the respondent was a higher threat to the public. In fact, quite the opposite appears to have been the case. The hospital detention order was put in place in order to facilitate an earlier release of the respondent into the community by the hospital after a breach of condition than was possible under a conditional release order, where the respondent could only be released again by the Board and would have to await a hearing.

In August 1999, while under a hospital detention order, the respondent was charged with impaired driving and readmitted shortly thereafter to the hospital as an inpatient. Two months later, he resumed community living.

In January 2000, he tested positive for cannabis and cocaine. He admitted to ongoing use of alcohol and marijuana (although he denied using cocaine), and to substituting urine in earlier tests to avoid detection. He stated that he had no intention to abstain from the use of alcohol and drugs.

As the above demonstrates, the respondent has not exhibited psychotic symptoms nor the symptoms of any other major mental illness since the period of time immediately surrounding the commission in 1978 of the offence for which he was found not guilty by reason of a mental disorder

gérer la situation sans tarder par des mesures qui soient compatibles avec les besoins de M. Owen sur le plan de sa réadaptation à long terme et qui ne compromettent pas la sécurité du public. L'hôpital ne voit pas l'utilité d'hospitaliser chaque fois M. Owen pendant plusieurs mois jusqu'à ce que la Commission ait fait connaître son bon plaisir. En fait, l'arrangement administratif actuel — l'ordonnance de libération conditionnelle — produit des effets qui vont à l'encontre des besoins de M. Owen sur le plan de sa réadaptation et ne protège en rien la sécurité du public.

Cet extrait fait clairement ressortir que, de l'avis de l'hôpital — auquel la Commission a souscrit —, il convenait malgré tout de rendre une décision en apparence plus sévère et plus privative de liberté (soit une ordonnance de détention plutôt qu'une libération conditionnelle), mais non parce que l'intimé représentait un risque plus important pour le public. En fait, il semble que ce soit tout le contraire. On a ordonné que l'intimé soit détenu à l'hôpital pour que l'hôpital puisse, en cas de manquement à une condition, le réinsérer dans la collectivité plus rapidement que s'il était soumis à une ordonnance de libération conditionnelle, en exécution de laquelle seule la Commission aurait pu le libérer de nouveau après le délai d'attente requis pour la tenue d'une audition.

En août 1999, pendant qu'il était soumis à une ordonnance de détention à l'hôpital, l'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et réadmis à l'hôpital peu de temps après. Deux mois plus tard, il est retourné vivre dans la collectivité.

En janvier 2000, son test de dépistage de cannabis et de cocaïne s'est révélé positif. Il a admis qu'il prenait toujours de l'alcool et de la marijuana (niant toutefois consommer de la cocaïne) et qu'il avait substitué des échantillons d'urine au cours de tests antérieurs pour éviter de se faire prendre. Il a affirmé n'avoir nullement l'intention de s'abstenir de consommer de l'alcool et des drogues.

Comme en fait foi ce qui précède, l'intimé n'a présenté aucun symptôme d'une psychose ou d'une autre maladie mentale grave depuis les événements se rapportant directement à la perpétration, en 1978, de l'infraction pour laquelle il a été déclaré non coupable pour cause de troubles mentaux

80

81

82

83

(“index offence”). During that period of time, the respondent has been in conflict with the law on several occasions. The respondent has also shown, and has expressed, frustration for being detained within the NCR system. A KPH document referring to the period July 1991 to January 1992 contains the following entry:

Mr. Owen suffers from serious coronary heart disease and has been investigated extensively for this. He has a past history of heart attacks and had been taking a beta-blocker and Isordil. However, in December 1991 he began to refuse these medications as a way of expressing his feelings of frustration at being in the system.

Mr. Owen has, on the whole, found his time in our service frustrating because of the severe restrictions on his freedom. Essentially, his Warrant confines him to Medium Security with no off-ward privileges. This has been in response to his recent history of re-offending. Mr. Owen has a very clear philosophy of facing consequences for his actions and prefers that this be time-limited as would be the case in the criminal justice system. He finds the uncertainty of the WLG system quite stressful. He could not reassure us that whenever he is released in the community, there would be no incident. He did say that he would expect to face any consequences that went along with unlawful acts. Thus he appears very frustrated and angry with the way that his life has shaped up in a Medium Secure Unit and wishes to pursue accelerating the movement towards the community so that he could establish closer links and live with his girlfriend and her young child. [Emphasis added.]

84

In anticipation of a July 1993 Board hearing, the hospital wrote again:

Mr. Owen feels that much of his problematic behaviour over the past several years in the “W.L.G.” system have been as a result of his difficulties in dealing with the frustrations of being detained for so long in a system which is designed to deal with major mental health problems, when he has none. He observes that whenever he has broken the law, for example by absconding, he has been dealt with in the criminal justice system and that none of his behaviour over the past several years has been seen as arising out of mental disorder. He observes that whereas the existence of a mental illness is necessary to enter into this system, the absence of a mental illness appears to carry little or no weight in being removed from

(« l’infraction initiale »). Depuis, l’intimé a eu plusieurs démêlés avec la justice. Il a également manifesté de la frustration face à sa détention sous le régime de non-responsabilité criminelle. On a consigné les renseignements suivants dans un document du KPH touchant la période écoulée entre juillet 1991 et janvier 1992 :

[TRADUCTION] M. Owen souffre d’une coronaropathie grave, affection pour laquelle il est suivi de près. Il a déjà été victime de crises cardiaques et il prend un bêtabloquant et de l’Isordil. Cependant, en décembre 1991, il a commencé à refuser de prendre ces médicaments pour exprimer sa frustration d’être pris dans le système.

Tout compte fait, M. Owen est frustré de son séjour dans notre service en raison des restrictions importantes à sa liberté. Son mandat le confine essentiellement à une aile à sécurité moyenne, sans qu’il puisse jouir de privilèges à l’extérieur. Cette mesure lui a été imposée par suite de ses récentes récidives. M. Owen adhère à une philosophie très claire, soit d’assumer les conséquences de ses actes, et il préfère que sa sanction soit limitée dans le temps comme si elle relevait du système de justice pénale. Pour lui, l’incertitude que comporte le système de mandats du lieutenant-gouverneur est une importante source de stress. Il n’a pu nous assurer que sa réinsertion dans la collectivité se passerait sans incident. Il a tenu à dire qu’il s’attendait à subir les conséquences de tout acte illégal qu’il commettrait. Le sort qui l’attendait au sein de l’unité à sécurité moyenne a donc, semble-t-il, provoqué chez lui une grande colère et une grande frustration et il souhaite accélérer sa réinsertion dans la collectivité afin de pouvoir nouer des liens plus étroits avec son amie et son jeune enfant et vivre avec eux. [Je souligne.]

Le personnel de l’hôpital a aussi écrit ce qui suit en vue de l’audition devant la Commission prévue en juillet 1993 :

[TRADUCTION] M. Owen estime que son comportement problématique des dernières années dans le système de mandats du lieutenant-gouverneur est largement attribuable à la difficulté qu’il a eue à surmonter sa frustration d’être détenu aussi longtemps dans un système conçu pour traiter les problèmes de santé mentale graves, alors qu’il n’en éprouve aucun. Il fait remarquer que chaque fois qu’il a contrevenu à la loi, par exemple en s’esquivant, son cas a été soumis au système de justice pénale et que ses comportements des dernières années n’ont jamais été considérés comme imputables à des troubles mentaux. Il souligne que si l’existence d’une maladie mentale est nécessaire pour être admis dans le système, l’absence

it. He denies that he represents a significant danger to the public.

The hospital does not see Mr. Owen as suffering from a major mental illness and is of the view that he is fully in control of his behaviour. The need for secure placement arises solely as a result of Mr. Owen's high risk for elopement and the need to manage this type of risk in the context of Disposition Orders requiring custody. The hospital does not see this patient as representing a significant risk for violence in the community, if by "significant" is meant a higher probability of violent behaviour than expected of those persons living in the community to which Mr. Owen would return. Whereas it is acknowledged that Mr. Owen is at risk for future involvement with the criminal justice system in one way or another, it is proposed that the risk of this involvement arising out of violent behaviour is not significantly above the population average, particularly if abstention from drugs/alcohol is maintained. Mr. Owen would not currently be certifiable under the Mental Health Act as a danger to others, nor would he be a candidate for Mentally Disordered Dangerous Offender status in the event this section of the Criminal Code was implemented. Aside from addressing the possibility of ongoing drug/alcohol problems, there would appear to be little indication for currently available psychosocial treatments. [First emphasis added; second emphasis in original.]

As to the absence of mental illness, the hospital again noted in October 1994:

Mr. Owen does not suffer from a major mental illness. He is not certifiable under the Mental Health Act and were it not for his status under the O.C.C.R.B. he would be free to leave this hospital unencumbered. It is highly likely that he would be found culpable for any criminal activity that he may be subsequently found to engage in. [Emphasis added.]

II. Statutory Provisions

I will not reproduce here all the relevant statutory provisions which are contained in Binnie J.'s reasons. I will simply reproduce, for my own

de maladie mentale semble n'importer que très peu, sinon pas du tout, lorsqu'il s'agit d'en sortir. Il nie représenter un danger important pour le public.

Selon le personnel de l'hôpital, M. Owen n'est pas atteint d'une maladie mentale grave et il maîtrise parfaitement ses gestes. La nécessité de placer M. Owen dans un milieu de garde fermé tient uniquement au risque élevé qu'il s'enfuie et à la nécessité de gérer ce risque dans le cadre d'une ordonnance de garde. Ce patient ne représente pas aux yeux de l'hôpital un risque important de violence pour la collectivité si on entend par « important » une plus grande probabilité de comportement violent que celle à laquelle on s'attendrait des personnes vivant dans la collectivité dans laquelle M. Owen retournerait. Bien qu'on reconnaisse que M. Owen risque d'avoir, d'une façon ou d'une autre, des démêlés avec la justice pénale dans le futur, on estime que le risque que cela se produise par suite d'un comportement violent n'est pas sensiblement plus élevé que pour la moyenne de la population, tout particulièrement s'il continue à s'abstenir de consommer des drogues et de l'alcool. À l'heure actuelle, on ne pourrait certifier en vertu de la Loi sur la santé mentale que M. Owen constitue un danger pour autrui, et il ne pourrait pas non plus être considéré comme un délinquant dangereux atteint de troubles mentaux si la partie pertinente du Code criminel était mise en œuvre. Outre le traitement des problèmes persistants de drogue et d'alcool qu'il pourrait éprouver, il semblerait que les traitements psychosociaux disponibles présentement ne soient guère indiqués. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

En ce qui concerne l'absence de troubles mentaux, le personnel de l'hôpital a de nouveau noté, en octobre 1994 :

[TRADUCTION] M. Owen n'est pas atteint d'une maladie mentale grave. Il ne pourrait pas faire l'objet d'un certificat en vertu de la Loi sur la santé mentale et, n'eût été le statut que lui a décerné la Commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel, il aurait obtenu son congé de l'hôpital sans autre formalité. Il est très probable qu'il serait déclaré coupable s'il était établi dans le futur qu'il s'est livré à une activité criminelle. [Je souligne.]

II. Dispositions législatives

Je ne reproduirai pas intégralement les dispositions législatives pertinentes que le juge Binnie a citées dans ses motifs. Il suffira, pour les besoins

85

86

purposes, ss. 672.78(1) and (3) and s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, to which I now turn in my analysis. I also add, for convenience's sake, ss. 672.81(1) and 672.82, which I will refer to below.

672.78 (1) The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

- (a) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;
- (b) it is based on a wrong decision on a question of law; or
- (c) there was a miscarriage of justice.

. . .

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

- (a) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;
- (b) refer the matter back to the court or Review Board for rehearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or
- (c) make any other order that justice requires.

672.81 (1) A Review Board shall hold a hearing not later than twelve months after making a disposition and every twelve months thereafter for as long as the disposition remains in force, to review any disposition that it has made in respect of an accused, other than an absolute discharge under paragraph 672.54(a).

672.82 (1) A Review Board may hold a hearing to review any of its dispositions at any time, at the request of the accused or any other party.

(2) Where a party requests a review of a disposition under this section, the party is deemed to abandon any appeal against the disposition taken under section 672.72.

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

de mon analyse, de reproduire les par. 672.78(1) et (3) ainsi que l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*, que j'examinerai maintenant. Par souci de commodité, je reproduis également le par. 672.81(1) et l'art. 672.82, auxquels je renverrai plus loin.

672.78 (1) La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

- a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;
- b) il s'agit d'une erreur de droit;
- c) il y a eu erreur judiciaire.

. . .

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

- a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;
- b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;
- c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige.

672.81 (1) La commission d'examen qui a rendu une décision à l'égard d'un accusé tient une nouvelle audition au plus tard douze mois après la décision et à l'intérieur de chaque période de douze mois suivante si la décision rendue en vertu de ces alinéas est toujours en vigueur, à l'exception d'une libération inconditionnelle prononcée en vertu de l'alinéa 672.54(a).

672.82 (1) La commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie.

(2) Lorsqu'une révision d'une décision visée par un appel interjeté par une partie en vertu de l'article 672.72 commence à la demande de cette partie, l'appel est réputé avoir été abandonné.

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

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

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

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

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

III. Analysis

A. Standard of Review

I agree that the applicable standard of review of the disposition by the Board is that of reasonableness *simpliciter*, largely for the reasons expressed by Binnie J. I would however point out that the use by Parliament of virtually identical language in ss. 672.78 and 686(1)(a)(i) creates the obvious anomaly that the same words in different sections of the same statute — the *Criminal Code* — mean something entirely different. While, as expressed by Binnie J., “unreasonable” in s. 672.78 means “unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination” (para. 33), the same expression in s. 686 means that no reasonable trier of fact, properly instructed and acting judicially could have convicted (see *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 36; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). This, in my view, is akin to the standard of patent unreasonableness, rather than reasonableness *simpliciter*, as these standards are understood in administrative law.

In the end, despite this anomaly in Parliament’s having used identical wording in different sections of the same statute to express different concepts, I am satisfied that the standard of review under s. 672.78 is that of reasonableness *simpliciter*. The similarity of language is deceptive in that there are

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

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

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

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

III. Analyse

A. La norme de contrôle

Je conviens, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Binnie, que la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Je voudrais toutefois signaler que l’emploi par le législateur d’un libellé presque identique à l’art. 672.78 et au sous-al. 686(1)(a)(i) donne lieu à une anomalie manifeste, car les mêmes mots figurant dans différents articles de la même loi — le *Code criminel* — revêtent des sens tout à fait différents. Comme l’a souligné le juge Binnie, le terme « déraisonnable » employé à l’art. 672.78 signifie « déraisonnables en ce sens qu’elles n’étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 33), alors que la même expression employée à l’art. 686 renvoie à une décision qu’aucun juge des faits raisonnable ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire n’aurait pu rendre (voir *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 36; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185). À mon avis, c’est là une norme qui s’apparente à celle de la décision manifestement déraisonnable plutôt qu’à celle de la décision raisonnable *simpliciter*, telles qu’on les interprète en droit administratif.

En définitive, malgré l’anomalie créée par le législateur du fait qu’il a employé un libellé identique dans différents articles d’une même loi pour exprimer des concepts différents, j’estime que la norme de contrôle applicable sous le régime de l’art. 672.78 est celle de la décision raisonnable

important substantive differences between the two sections. In s. 686, an appellate court is reviewing the verdict of a court (composed of a judge alone or of a judge and jury) while under s. 672.78, the appellate review is that of a disposition by an administrative body. The difference is also well illustrated by the fact that the unreasonableness of a verdict is a question of law (*Biniaris, supra*) and when an appellate court concludes that a verdict of guilty is unreasonable, its only remedial power is to enter an acquittal. In contrast, in the case of appellate review under s. 672.78, in the face of an “unreasonable disposition”, the Court of Appeal may allow the appeal and substitute its own disposition to that of the Board, or refer the matter back to it (s. 672.78(3)). For the reasons expressed by Binnie J., I agree that the functional and pragmatic approach must be applied to ascertain the applicable standard of review. Here, that approach indicates that a standard of patent unreasonableness would be unduly deferential to the Board and that reasonableness *simpliciter* is the proper one.

89 Having said that, I disagree with Binnie J. that the conclusion of the Board here was reasonable.

B. *Whether the Disposition by the Board Was Reasonable*

(1) The Finding of Dangerousness

90 We should keep in mind at the outset the purpose of Part XX.1 of the *Criminal Code*, as outlined by this Court in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 21:

Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative. Under the new scheme, once an accused person is found to have committed a crime while suffering from a mental disorder that deprived him or her of the ability to understand the nature of the act or that it was wrong, that individual

simpliciter. La similarité du libellé est trompeuse, car il existe d'importantes différences quant au fond entre les deux articles. L'article 686 s'applique à une cour d'appel qui examine le verdict rendu par une cour (composée d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury) alors que, sous le régime de l'art. 672.78, l'examen en appel vise la décision d'un organisme administratif. La différence est également bien illustrée par le fait que le caractère déraisonnable d'un verdict constitue une question de droit (*Biniaris, précité*) et que le pouvoir de redressement de la cour d'appel qui conclut au caractère déraisonnable d'un verdict de culpabilité se limite à celui d'inscrire un verdict d'acquiescement. En revanche, dans le cadre d'un appel prévu à l'art. 672.78, la cour d'appel peut, en présence d'une « décision déraisonnable », accueillir l'appel et substituer sa propre décision à celle de la Commission, ou lui renvoyer l'affaire (par. 672.78(3)). Pour les motifs exposés par le juge Binnie, je suis d'avis qu'il y a lieu de recourir à la méthode fonctionnelle et pragmatique pour déterminer la norme de contrôle qui s'applique. Suivant cette méthode, il convient en l'espèce d'appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, la norme de la décision manifestement déraisonnable commandant une trop grande retenue à l'égard de la Commission.

Cela dit, je ne partage pas l'opinion du juge Binnie selon laquelle la conclusion de la Commission était raisonnable en l'espèce.

B. *La décision de la Commission était-elle raisonnable?*

(1) La conclusion de dangerosité

D'entrée de jeu, nous devons garder à l'esprit l'objet de la partie XX.1 du *Code criminel*, que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 21 :

La partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou acquitté; elle propose une troisième voie. Désormais, une fois établi que, lorsqu'il a commis le crime, il souffrait d'une maladie mentale qui l'empêchait de juger de la nature de l'acte ou de savoir que celui-ci était mauvais, l'accusé fait l'objet

is diverted into a special stream. Thereafter, the court or a Review Board conducts a hearing to decide whether the person should be kept in a secure institution, released on conditions, or unconditionally discharged. The emphasis is on achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately. [Emphasis added.]

The present case raises the issue of the extent and limits of the “special stream” designed for mentally ill people. It is not a special stream that permits the perpetual detention of regular delinquents who have once committed a crime while suffering from a mental disorder. The commission of an “index offence” does place an individual within the NCR system, but there is no indication in the statutory scheme that the differential treatment of NCR accused and members of the general population is meant to be indefinite — in fact, the opposite is clearly the case. *Winko, supra*, establishes that the threshold determination for taking an individual out of the NCR system is the determination of significant threat to the community. That threat has to be assessed in light of several factors, including the mental condition of the accused.

The respondent has been, and may continue to be, in conflict with the law. He has been and most likely would continue to be answerable to the criminal justice system for such behaviour. He has committed a most serious offence for which he was held not criminally responsible as a result of his mental condition at the time. The question now is whether his mental condition and the threat he may pose to the public are such as to require his continued handling by the special stream created by Part XX.1 of the *Criminal Code*, which places emphasis on “achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately” (*Winko, supra*, at para. 21 (emphasis added)).

The Board did find that Mr. Owen suffers from a “serious antisocial personality disorder”. On

d’une procédure spéciale. Le tribunal ou une commission d’examen tient alors une audition pour déterminer si la personne devrait être détenue dans un établissement sécuritaire, libérée sous condition ou libérée inconditionnellement. L’accent est mis sur la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux. [Je souligne.]

Le présent pourvoi soulève la question de l’étendue et des limites de la « procédure spéciale » visant les malades mentaux. Ce n’est pas une procédure spéciale qui permet la détention perpétuelle d’un délinquant d’habitude qui, une seule fois, a commis un crime à un moment où il était atteint de troubles mentaux. La perpétration d’une « infraction initiale » assujettit son auteur au régime de non-responsabilité criminelle, mais rien dans ce régime légal n’indique que la différence de traitement entre l’accusé non responsable criminellement et les membres de la population générale est censée durer indéfiniment — en fait, c’est tout le contraire. L’arrêt *Winko*, précité, établit que c’est l’existence d’un risque important pour la collectivité qui détermine s’il y a lieu de retirer ou non un individu du régime de non-responsabilité criminelle. Ce risque doit être apprécié à la lumière de plusieurs facteurs, y compris l’état mental de l’accusé.

L’intimé a déjà enfreint la loi, et il est possible qu’il l’enfreigne à nouveau. C’est dans le cadre du système de justice pénale qu’il a eu et qu’il aura vraisemblablement encore à répondre de ces comportements. Il a commis une infraction très grave de laquelle il a été déclaré non responsable criminellement en raison de son état mental à l’époque. Il s’agit à présent de savoir si l’état mental de l’intimé et le risque qu’il peut présenter pour le public sont tels qu’ils commandent encore sa prise en charge selon la procédure spéciale instaurée par la partie XX.1 du *Code criminel*, qui met l’accent sur « la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux » (*Winko*, précité, par. 21 (je souligne)).

La Commission a effectivement conclu que M. Owen souffrait d’un [TRADUCTION] « grave trouble

91

92

93

questioning, Dr. Chan explained this syndrome as follows:

A. Okay – that’s a personality syndrome characterized by a lifelong pattern of features such as: difficulty in sustaining long-term relationships; evading responsibility; indulging in behaviours for which they could be charged criminally; having problems with impulsivities; having difficulties with – sometimes it can overlap substance and alcohol abuse – I think – those would be the main features that come to mind.

94

While each of these personality attributes is clearly undesirable, the syndrome is not itself a mental illness but rather an assortment of symptoms which reflect poor adjustment to society. Dr. Chan confirmed this in cross-examination:

Q. Okay – now originally the index offence is a drug-induced, paranoid psychotic state?

A. That’s correct, yes.

Q. Is that a temporary and passing condition, or is that indicative of an underlying psychological problem, a mental illness, that is just exacerbated by drugs or alcohol?

A. Okay – I don’t think he has a predisposition to a schizophrenic illness. I don’t think he has a schizophrenic illness. I think that if anyone uses stimulants long enough we will all become paranoid.

So I think it will happen to anyone, regardless of our predisposition to a psychotic illness ... so that’s the way I would view his paranoid problem ... [Emphasis added.]

And later, on the respondent’s consumption of alcohol:

Q. ... Is he more predisposed to that kind of violent behaviour [when using alcohol] because of an underlying mental illness?

de la personnalité antisociale ». Interrogé à ce sujet, le Dr Chan a expliqué ce syndrome en ces termes :

[TRADUCTION]

R. D’accord – c’est un trouble de la personnalité caractérisé par un ensemble de traits qu’une personne manifeste sa vie durant : elle a de la difficulté à maintenir des relations à long terme; elle fuit ses responsabilités; elle se livre à des actes pouvant donner lieu à des accusations criminelles; elle est impulsive; elle a des problèmes de – parfois cela peut s’ajouter à l’abus d’alcool et d’autres drogues – je crois – ce sont les principales caractéristiques qui me viennent à l’esprit.

Il est certes clair que chacune de ces caractéristiques de la personnalité est indésirable, mais ce trouble ne constitue pas en soi une maladie mentale; il s’agit plutôt de symptômes qui témoignent d’une mésadaptation sociale. Le Dr Chan l’a confirmé en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. D’accord – alors, au départ, l’infraction initiale est un état psychotique paranoïaque provoqué par la drogue?

R. Oui, c’est exact.

Q. S’agit-il d’un état temporaire, passager, ou cet état est-il révélateur d’un problème psychologique sous-jacent, une maladie mentale, que les drogues ou l’alcool ne font qu’exacerber?

R. Bon – Je ne crois pas qu’il ait une prédisposition à la schizophrénie. Je ne crois pas qu’il soit schizophrène. Je crois que n’importe qui peut devenir paranoïaque en consommant des stimulants pendant une période assez longue.

Je pense donc que cela peut nous arriver à tous, peu importe notre prédisposition à une maladie psychotique [...] donc, c’est de cette manière que j’envisage son problème de paranoïa ... [Je souligne.]

Plus tard, le Dr Chan a dit ceci au sujet de la consommation d’alcool de l’intimé :

[TRADUCTION]

Q. ... Est-il plus prédisposé à ce genre de comportement violent [lorsqu’il boit] en raison d’une maladie mentale sous-jacente?

A. No, I don't think so – I wouldn't say "illness." I think it's a characteristic of the personality functioning, as well as the drug and alcohol abuse.

The key issue therefore in this case is whether after more than 20 years of increased community living while in the NCR system the circumstances of the respondent — his mental condition, his needs — had changed sufficiently in March 2000 to reasonably justify his detention with virtually no freedom. The hospital records indicate that the hospital was always aware that Mr. Owen had not abandoned, and more likely would not abandon, his alcohol and substance abuse habit.

Two things changed at the March 2000 hearing. The hospital uncovered traces of cocaine in Mr. Owen's urine. He also admitted that he had cheated in his urine testing in the past. Regarding the use of cocaine the Board said this: "Mr. Owen continues to suffer from a very serious antisocial personality disorder which in the past was complicated by a drug-induced psychosis and alcohol abuse resulting in the death of one person in 1978 and the very serious assault of another in 1990. . . . [He] has resumed the use of cocaine, drugs similar to that psychosis which preceded the events described at the time of the index offence" (emphasis added). As I indicated earlier, while there is evidence that the respondent had been drinking heavily at the time of the 1990 assault, there is no evidence that the respondent was in a drug-induced psychosis at that time. Had he been, he probably would have been found not criminally responsible by reason of a mental disorder as he had been at the time of the 1978 index offence.

What significance should then reasonably be placed on the discovery of traces of cocaine in the respondent's urine? A proper interpretation of the evidence as a whole does not in my view support the conclusion that there has been a recent resumption of cocaine intake on the part of the respondent, such as to make it likely that the conditions which were present when he committed the 1978 murder could

R. Non, je ne pense pas – je ne parlerais pas d'une « maladie ». À mon avis, c'est une caractéristique du fonctionnement de la personnalité, tout comme l'abus d'alcool et d'autres drogues.

La question fondamentale en l'espèce est donc celle de savoir si, après plus de 20 ans d'accès élargi à la vie au sein de la collectivité dans le cadre du régime de non-responsabilité criminelle, la situation de l'intimé — son état mental, ses besoins — avait suffisamment changé en mars 2000 pour justifier raisonnablement qu'il soit détenu et privé de presque toute liberté. Les dossiers d'hôpitaux révèlent qu'on a toujours su que M. Owen n'avait pas cessé et ne cesserait vraisemblablement pas de consommer régulièrement de la drogue et de l'alcool.

Deux changements sont survenus au moment de l'audition de mars 2000. L'hôpital a décelé la présence de cocaïne dans l'urine de M. Owen. Celui-ci a également admis avoir déjà déjoué les tests d'urine. Au sujet de la consommation de cocaïne, la Commission a déclaré : [TRADUCTION] « M. Owen continue de souffrir d'un très grave trouble de la personnalité antisociale compliqué dans le passé par une psychose provoquée par la drogue et l'abus d'alcool, lesquels ont mené à la mort d'une personne en 1978 et à la très grave agression commise contre une autre en 1990. [. . .] [Il] a recommencé à consommer de la cocaïne, des drogues semblables à la psychose qui a précédé les événements décrits au moment de l'infraction initiale » (je souligne). Comme je l'ai dit précédemment, bien que certaines preuves indiquent que l'intimé avait beaucoup bu au moment de l'agression en 1990, rien n'indique qu'il était alors plongé dans un état de psychose provoqué par la drogue. Si cela avait été le cas, il aurait probablement été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux comme pour l'infraction initiale commise en 1978.

Quelle importance devrait-on alors raisonnablement accorder à la découverte de traces de cocaïne dans l'urine de l'intimé? Interprétée comme il se doit, la preuve dans son ensemble n'étaye pas à mon avis la conclusion selon laquelle l'intimé a recommencé depuis peu à consommer de la cocaïne, de sorte que les conditions du meurtre commis en 1978 pourraient vraisemblablement se reproduire pour la

95

96

repeat themselves for the first time some 20 years later. It is true that the respondent always denied cocaine use. On the other hand he admitted virtually uninterrupted drug use since his detention, except for the 18-month period preceding the birth of his son, and he was caught with traces of cocaine in his urine when he could not cheat on the test. It is not reasonable on this record to conclude that amphetamines were present in the 1978 murder (and also, clearly erroneously, in the 1990 assault), then absent, such that it justified the respondent's release from 1994 to 1999, then "resumed", such as to create this new dangerousness because of the similarities between the effects of cocaine and amphetamines.

97

In reality, it is more likely that the respondent was a constant abuser of drugs and alcohol throughout his detention under the supervision of the Board, and that he escaped some detection by deceit during much of that time. In the 22 years since the commission of the index offence, the respondent has never exhibited the kind of psychotic episode which led to the 1978 murder, despite his continuous drug use, and despite his periodic delinquency. The only proper inference to draw from that evidence was that the respondent had been relatively harmless for many years, not because he was drug free, but in spite of the fact that he continued throughout to abuse alcohol and drugs. To assume that he had not used cocaine or similar drugs since his consumption of methamphetamines in 1978, simply because he so asserts, is simply not plausible. In fact, it is hard to reconcile the fact that the Board used the test of January 25, 2000, which showed traces of cocaine, as a basis of its new assessment of dangerousness, thereby rejecting the respondent's denial that he used cocaine prior to the test, with the fact that the Board assumed, on the other hand, that the respondent suddenly resumed cocaine use, even despite the respondent's admission that he has deceived the hospital on previous urine tests.

première fois près de 20 ans plus tard. Certes, l'intimé a toujours nié consommer de la cocaïne. Il a cependant admis qu'il n'avait pour ainsi dire jamais arrêté de consommer de la drogue depuis qu'il est détenu, mise à part une période de 18 mois précédant la naissance de son fils, et on a décelé des traces de cocaïne dans son urine lorsqu'il n'a pas réussi à déjouer le test. Il n'est pas raisonnable au vu du dossier de conclure à la présence d'amphétamines lors du meurtre commis en 1978 (et aussi, ce qui est clairement faux, lors de l'agression commise en 1990), puis à leur absence — ce qui justifiait la libération de l'intimé entre 1994 et 1999 — et enfin à leur réapparition, qui créerait cette nouvelle situation de dangerosité en raison des similitudes entre les effets de la cocaïne et ceux des amphétamines.

En réalité, il est plus probable que l'intimé ait consommé régulièrement de la drogue et de l'alcool tout au long de sa détention sous la surveillance de la Commission et qu'il ait pu, la plupart du temps, éviter de se faire prendre en déjouant les tests de dépistage. Au cours des 22 années écoulées depuis la perpétration de l'infraction initiale, l'intimé n'a jamais montré de signes d'une psychose semblable à celle qui l'a amené à commettre le meurtre en 1978, bien qu'il ait commis des infractions à l'occasion et qu'il n'ait jamais cessé de consommer de la drogue. La seule inférence qu'il convient de tirer de cette preuve est que l'intimé est relativement inoffensif depuis bon nombre d'années, non pas parce qu'il est demeuré sobre, mais plutôt malgré l'alcool et les drogues qu'il a continué à consommer tout au long de cette période. Il n'est pas plausible de tenir pour acquis simplement parce qu'il le prétend, que l'intimé n'a pas pris de cocaïne ni de drogues semblables depuis qu'il a consommé des méthamphétamines en 1978. En fait, je m'explique difficilement que la Commission se soit servie du test du 25 janvier 2000 qui a révélé la présence de cocaïne pour appuyer sa nouvelle évaluation de la dangerosité de l'intimé — rejetant par le fait même l'affirmation de l'intimé qui disait ne pas en avoir pris avant le test — tout en tenant par ailleurs pour acquis que l'intimé avait soudainement recommencé à consommer de la cocaïne, même s'il a admis avoir trompé le personnel de l'hôpital quant aux tests d'urine antérieurs.

The psychosis that led to the respondent's index offence was a temporary result of the ingestion of amphetamines, and Mr. Owen's dependence upon drugs (marijuana and, as he put it, "a bunch of stuff") and his alcoholism have not led to any violent behaviour in the preceding decade, and have not interfered with Mr. Owen doing "a reasonable job of raising a small son and living peacefully in the community with extremely limited resources".

In determining whether the accused is a significant threat to the safety of the public, the Board must consider all the factors listed in s. 672.54 which include not only the need to protect the public from dangerous persons, but also the mental condition of the accused, his reintegration into society and his other needs. If the mental condition of the accused is such that he no longer suffers from a mental disorder, his mental condition should not be confused with his propensity to commit crimes. In that respect, he should be treated no differently than anyone else: he should be answerable to criminal sanctions.

What the mental disorder detention regime seeks to guard against is the repetition of dangerous conduct that a mentally disordered accused is likely to engage in and for which he would not be held responsible. As this Court outlined in *Winko*, at para. 57:

To engage these provisions of the *Criminal Code*, the threat posed must be more than speculative in nature; it must be supported by evidence: *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), at para 21. The threat must also be "significant", both in the sense that there must be a real risk of physical or psychological harm occurring to individuals in the community and in the sense that this potential harm must be serious. A minuscule risk of a grave harm will not suffice. Similarly, a high risk of trivial harm will not meet the threshold. Finally, the conduct or activity creating the harm must be criminal in nature. . . .

In my view the Court of Appeal was correct in concluding that the Board improperly punished the respondent for his successful deception regarding his drug habit. The Board seems to have accepted

La psychose qui a amené l'intimé à perpétrer l'infraction initiale était le résultat momentané de son ingestion d'amphétamines et la dépendance de M. Owen aux drogues (marijuana et, pour reprendre ses termes, [TRADUCTION] « un tas d'autres choses ») et son alcoolisme ne l'ont pas amené à commettre des actes de violence au cours des dix dernières années, ni empêché de [TRADUCTION] « bien [se débrouiller] pour s'occuper de son jeune fils et vivre en paix au sein de la collectivité malgré ses très maigres ressources ».

Pour déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public, la Commission doit prendre en compte tous les facteurs énumérés à l'art. 672.54, soit non seulement la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, mais également l'état mental de l'accusé, ses besoins et la nécessité de sa réinsertion sociale. Si l'état mental de l'accusé est tel qu'il ne souffre désormais plus de troubles mentaux, on ne devrait pas confondre son état mental avec sa propension à commettre des crimes. À cet égard, il ne devrait pas être traité différemment d'une autre personne : il doit subir les sanctions imposées en matière pénale.

Le régime de détention pour cause de troubles mentaux vise à prévenir la répétition des actes dangereux auxquels la personne atteinte risque de se livrer et dont elle ne serait pas tenue criminellement responsable. Ainsi que l'a énoncé notre Cour dans l'arrêt *Winko*, au par. 57 :

Pour que ces dispositions du *Code criminel* s'appliquent, le risque ne doit pas être purement hypothétique; il doit être étayé par la preuve : *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), au par. 21. Le risque doit par ailleurs être « important ». Non seulement le risque qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité doit être véritable, mais ce préjudice appréhendé doit être grave. Un risque minime de préjudice grave ne suffit pas, non plus qu'un risque élevé de préjudice insignifiant. Enfin, la conduite ou l'activité préjudiciable doit être de nature criminelle. . . .

À mon sens, la Cour d'appel a correctement conclu que la Commission avait puni à tort l'intimé pour avoir réussi à tromper le personnel de l'hôpital quant à sa consommation de drogue. La

98

99

100

101

the risk assessment contained in the hospital administrator's report which it quotes as follows:

Risk Assessment:

Mr. Owen represents a significant risk to the safety of public. He has demonstrated that even with close controls he engages in behaviours that could potentially place members of the public at risk. The presence of cocaine is most troubling given its similar profile to amphetamine, which was implicated in his index offence and drug induced paranoid state.

In the absence of direct supervision at all times, the team is not confident in its ability to prevent Mr. Owen from engaging in high risk behaviour which may significantly increase the likelihood of recidivism.

102 The Board then added its own appreciation of the changes in Mr. Owen's circumstances as follows:

It is unfortunate that Mr. Owen has chosen to retard his progress toward rehabilitation and thwart the efforts of his caregivers to return him to society. We note that as recent as August of 1999 the treatment team were prepared to support his transfer to the Chatham area, which remains Mr. Owen's desired relocation. Mr. Owen by his conduct is the agent of his own misfortune, albeit he is unlikely to recognize or appreciate his role in what he will undoubtedly determine to be punishment by the Review Board and the hospital.

103 The problem with the reasoning of the hospital and of the Board is that if Mr. Owen is unable to conquer his addiction to drugs and alcohol — which seems likely — he will spend the remainder of his life in detention in a mental hospital, despite the fact that he does not suffer from a mental illness, has lived peacefully for ten years in the community raising his son, and would almost certainly be found criminally responsible if he ever committed another offence. A 1996 hospital report illustrates the problem created by using violations of conditions prohibiting substance use to justify detention within the NCR system. In that report, the hospital had invited

Commission semble avoir accepté l'évaluation du risque qui figurait dans le rapport soumis par l'administrateur de l'hôpital et dont elle cite les extraits suivants :

[TRADUCTION]

Évaluation du risque :

M. Owen représente un risque important pour la sécurité du public. Il a démontré que, même sous surveillance étroite, il adopte des comportements qui pourraient exposer le public à un danger. Ce qu'il y a de plus inquiétant, c'est la présence de cocaïne, de par ses effets semblables aux amphétamines qu'il avait prises lorsqu'il a commis l'infraction initiale et qui l'ont plongé dans un état de paranoïa provoqué par la drogue.

Sans une surveillance directe et constante, notre équipe n'est pas convaincue de pouvoir empêcher M. Owen de se livrer à des actes hautement risqués qui sont susceptibles d'accroître sensiblement la probabilité d'une récidive.

La Commission a ensuite commenté en ces termes les changements survenus dans la situation de M. Owen :

[TRADUCTION] Malheureusement, M. Owen a choisi de ralentir sa progression vers la réadaptation et d'entraver les efforts déployés par ses aidants pour le réintégrer dans la société. Nous notons que dès août 1999, l'équipe de traitement était disposée à appuyer son transfert dans la région de Chatham, qui demeure encore aujourd'hui l'endroit où M. Owen désire être relocalisé. Par son comportement, M. Owen a été l'artisan de son propre malheur, bien qu'il soit improbable qu'il reconnaisse ou qu'il apprécie son rôle dans ce qu'il considérera sans aucun doute comme une punition que lui infligent la Commission d'examen et l'hôpital.

Le raisonnement de l'hôpital et de la Commission pose problème en ce que, si M. Owen est incapable de vaincre sa toxicomanie et son alcoolisme — ce qui semble probable —, il sera détenu pour le reste de sa vie dans un hôpital psychiatrique en dépit du fait qu'il ne souffre d'aucune maladie mentale, qu'il a vécu sans incident pendant dix ans au sein de la collectivité en s'occupant de son fils et qu'il sera presque assurément tenu criminellement responsable des nouvelles infractions qu'il pourrait commettre. Un rapport d'hôpital daté de 1996 illustre le problème que crée la justification de la détention de l'intimé sous le régime de la non-responsabilité

“the Board to consider whether or not the order to abstain serves any useful purpose with regard to either the protection of the public, or the reintegration of Mr. Owen to society”:

It continues to be the opinion of the clinical team that Mr. Owen’s history of alcohol and substance abuse, and his problem behaviours, have generally been linked in the past and will likely be linked in the future. For this reason, drug and alcohol consumption has been specifically identified as a risk factor and consumption has been prohibited under the Order. . . . Mr. Owen has consumed alcohol. He now indicates that he does not think it likely that he will ever manage total and unremitting abstinence and will, therefore, never be able to ‘get out from under’ the Board’s jurisdiction. . . .

With regard to the present case, this hospital is concerned that, during a period of conditional discharge, Mr. Owen is ordered to refrain from engaging in an activity which is legal for the general public. If, by complying with that Order, Mr. Owen remains of good behaviour, what is learned that could lead a Board to subsequently find that Mr. Owen is no longer a significant risk to the safety of the public, and discharge him absolutely? The hospital is concerned that the Board, under these circumstances, will never have before it evidence which would support a conclusion that Mr. Owen, in the absence of extraordinary controls, is not a significant threat to the safety of the public, unless he is given a conditional period of living subject only to the laws of the land, while ordered to be of good behaviour. Compliance with such an Order would, presumably, argue in favour of an absolute discharge. Failure would result in criminal sanctions and, possibly, a return to a custodial Disposition Order with, or without, discretionary authority to place the accused in the community with hospital controls. [Emphasis added.]

Justifying the respondent’s detention within the NCR system by his continuous substance abuse problems is equivalent to imposing such a burden on the respondent so as to deny him the possibility of ever getting out of the system, despite a prolonged absence of any violent behaviour.

criminelle par son manquement aux conditions qui lui interdisent la consommation de drogues. L’hôpital y avait invité [TRADUCTION] « la Commission à s’interroger sur l’utilité réelle de rendre une ordonnance d’interdiction à l’égard de M. Owen pour assurer la protection du public ou sa réinsertion sociale » :

[TRADUCTION] L’équipe des soins cliniques continue de croire que les antécédents d’abus d’alcool et d’autres drogues de M. Owen et ses problèmes de comportement étaient généralement liés dans le passé et le seront probablement dans le futur. La consommation de drogue et d’alcool a donc été relevée expressément comme un facteur de risque et lui a, de ce fait, été interdite dans l’ordonnance. [. . .] M. Owen consomme de l’alcool. Il affirme aujourd’hui qu’il ne sera probablement jamais en mesure de s’abstenir entièrement pour toujours d’en consommer et qu’il ne pourra donc jamais « se soustraire » à la compétence de la Commission . . .

Dans le présent dossier, la préoccupation de l’hôpital tient à ce qu’on enjoint à M. Owen de s’abstenir de se livrer à une activité légale pour le public en général pendant qu’il se trouve en libération conditionnelle. Si, en obtempérant à cette ordonnance, M. Owen a une bonne conduite, qu’est-ce que la Commission aura appris qui lui permettrait subséquemment de conclure que M. Owen ne représente désormais plus un risque pour la sécurité du public et de le libérer inconditionnellement? L’hôpital s’inquiète du fait que, dans ces circonstances, la Commission ne disposera jamais d’éléments de preuve susceptibles d’étayer la conclusion selon laquelle, en l’absence de mesures de contrôle exceptionnelles, M. Owen ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, à moins qu’on consente à le libérer conditionnellement pour ne l’assujettir qu’aux lois du pays tout en exigeant qu’il ait une bonne conduite. Le respect d’une telle ordonnance militerait probablement en faveur d’une libération inconditionnelle. En cas de non-respect, M. Owen se verrait imposer des sanctions pénales et pourrait être soumis à nouveau à une ordonnance de garde, avec ou sans pouvoir discrétionnaire de l’hôpital de le placer dans la collectivité, sous sa surveillance. [Je souligne.]

Fonder la détention de l’intimé sous le régime de la non-responsabilité criminelle sur ses problèmes persistants d’abus d’alcool et d’autres drogues équivaut à lui imposer un fardeau tel qu’on le prive à tout jamais de la possibilité d’en sortir, malgré l’absence prolongée de tout comportement violent de sa part.

104 In my view, both the hospital officials and the members of the Board were unduly influenced by the recent discovery that Mr. Owen had regularly cheated on his drug and alcohol tests in the past. It had always been known that the respondent was likely to be engaging in substance abuse. To restrict the respondent's freedom severely after finding that he had deceived the hospital indicates that at its root the disposition was punitive in purpose. I agree with the Court of Appeal that the Board's assessment of the risk posed by the respondent was entirely speculative and not supported by a proper appreciation of the record.

(2) The Imposition of the Most Onerous Disposition

105 Section 672.54 requires the Board to consider several factors and, ultimately, to make the disposition that is "the least onerous and the least restrictive to the accused". The first option is to discharge the accused absolutely, provided that the Board finds that he is not a significant threat to the public. Should that not be appropriate, the Board may discharge the accused with conditions, or direct that the accused be detained in custody in hospital, subject to conditions that the Board judges appropriate.

106 The respondent had been in the NCR system for 22 years and had been the subject of 24 disposition or warrant orders when the Board rendered the decision under appeal. He did live in the community under different forms of supervision for extended periods of time commencing in 1986, and he resided full-time in the community from 1994 until this disposition was taken. Under this March 2000 disposition the respondent was ordered detained in hospital without entry into the community except under escort. This was the most restrictive disposition imposed upon him since 1990, after his conviction for assault and, apart from that one, the most restrictive since 1982. The Board ordered detention in hospital with only compassionate leave and staff-accompanied entry into the community. It gave no reason for its conclusion that this most restrictive

À mon avis, les autorités de l'hôpital et les membres de la Commission ont été indûment influencés par la découverte récente du fait que M. Owen déjouait régulièrement les tests de dépistage de drogue et d'alcool. On a toujours su que l'intimé avait de fortes chances de consommer de la drogue. Le fait pour la Commission de restreindre considérablement la liberté de l'intimé après avoir appris qu'il avait trompé le personnel de l'hôpital atteste que sa décision avait fondamentalement un caractère punitif. Je fais mien l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'évaluation par la Commission du risque posé par l'intimé reposait entièrement sur des hypothèses et n'était pas étayée par un examen adéquat du dossier.

(2) L'imposition de la décision la plus sévère

L'article 672.54 oblige la Commission à tenir compte de plusieurs facteurs et à rendre en définitive la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». La première option consiste à libérer inconditionnellement l'accusé dans la mesure où la Commission estime qu'il ne représente pas un risque important pour le public. Si cette option s'avère contre-indiquée, la Commission peut libérer l'accusé sous conditions ou ordonner sa détention dans un hôpital sous réserve des modalités qu'elle juge indiquées.

Placé sous le régime de non-responsabilité criminelle pendant 22 ans, l'intimé avait déjà fait l'objet de 24 décisions ou mandats lorsque la Commission a rendu la décision portée en appel. Il a vécu dans la collectivité sous diverses formes de surveillance pendant de longues périodes à partir de 1986, et y a vécu en permanence de 1994 jusqu'au prononcé de cette décision. Conformément à la décision rendue en mars 2000, l'intimé a été détenu dans un hôpital sans pouvoir sortir dans la collectivité, sauf sous escorte. C'est là la décision la plus privative de liberté rendue à l'égard de l'intimé depuis celle prononcée en 1990 à la suite de sa déclaration de culpabilité pour voies de fait et, mise à part cette dernière, la plus privative de liberté depuis 1982. La Commission a ordonné la détention de l'intimé dans un hôpital, ne l'autorisant à s'absenter que pour des

disposition was “the least onerous and least restrictive” one. In my view this disposition constituted an error of law and was not reasonable.

Even on the assumption that the respondent constituted a sufficient threat to the community to preclude his absolute discharge, the Board was required to embark on an evaluation of all four of the factors outlined in s. 672.54 — the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused — in order to determine whether a conditional discharge or a custodial order was the appropriate disposition. This could not adequately be done without considering that the respondent had lived in the community since 1994, that no violent incident occurred in a period of close to 10 years, the respondent’s desire to be reunited with his son, and the fact that despite his failure to abstain from substance abuse he had nonetheless made some successful efforts in recent years to manage various stressors in his life. In my view, on the facts of this case it was unreasonable for the Board to conclude that the custodial disposition imposed was the least onerous disposition available in the circumstances in that it accorded the respondent “as much liberty as is compatible with public safety”: *Winko, supra*, at para. 9.

C. *The Fresh Evidence Issue*

Section 672.73(1) of the *Code* permits the Court of Appeal to admit any evidence “that [it] finds necessary to admit in the interests of justice”. The Court of Appeal did not deal with the application for admission of fresh evidence in its reasons. It leaves us to speculate to some extent as to the view that the Court of Appeal took of the matter. There is no question that the court looked at the proffered evidence. We do not know however, whether the court thought that the evidence was weak and inconclusive and therefore gave no effect to it, or whether it simply

raisons humanitaires et à ne sortir dans la collectivité qu’accompagné par du personnel de l’hôpital. Elle n’a pas motivé sa conclusion selon laquelle cette décision, extrêmement privative de liberté, était « la moins sévère et la moins privative de liberté ». Cette décision constitue à mon avis une erreur de droit et n’était pas raisonnable.

Même en supposant que l’intimé représentait une menace pour la collectivité suffisamment importante pour que sa libération inconditionnelle soit exclue, la Commission était tenue d’examiner chacun des quatre facteurs énoncés à l’art. 672.54 — la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l’état mental de l’accusé, ses besoins, ainsi que la nécessité de sa réinsertion sociale — pour décider si une libération conditionnelle ou une ordonnance de garde était indiquée. La Commission ne pouvait pas s’acquitter correctement de cette tâche sans prendre en considération le fait que l’intimé vivait dans la collectivité depuis 1994, qu’il n’avait été impliqué dans aucun incident violent depuis près de 10 ans, qu’il désirait être avec son fils et que, s’il n’avait pas réussi à s’abstenir de consommer de la drogue, il avait néanmoins assez bien réussi, au cours des dernières années, à gérer diverses sources de stress dans sa vie. Je suis d’avis qu’au vu des faits du dossier, il était déraisonnable pour la Commission de conclure que la détention s’avérait la décision la moins sévère possible dans les circonstances parce qu’elle permettait à l’intimé de jouir « d’autant de liberté que la sécurité du public le permet » : *Winko*, précité, par. 9.

C. *La question de la nouvelle preuve*

Le paragraphe 672.73(1) du *Code* autorise la Cour d’appel à admettre tout élément de preuve « lorsqu’elle estime que la justice l’exige ». La Cour d’appel n’a pas traité dans ses motifs de la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Nous en sommes donc réduits, dans une certaine mesure, à émettre des hypothèses sur ce que la cour a décidé à ce sujet. Il ne fait aucun doute que la cour a pris connaissance de la preuve offerte. Nous ignorons cependant si elle a estimé que la preuve était mince et non concluante, n’y

decided not to admit it, in which case we are asked to rule that this was an error.

donnant donc aucune suite, ou si elle a tout simplement décidé de ne pas l'admettre, auquel cas on nous demande de statuer qu'il s'agissait d'une erreur.

109 This is not "fresh evidence" as contemplated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 (i.e., pre-existing evidence that was not brought before the trial court (here the Board)). Under *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, for such evidence, the test of admissibility on appeal is high, but if received, the fresh evidence leads inevitably to a new trial (or a new hearing), save for the rare cases where the fresh evidence will be in itself so conclusive that the appeal court will be able to act on it and dispose of the case accordingly (this will often be done on consent: see, for instance, fresh DNA evidence that exonerates a convicted accused: *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (Ont. C.A.)).

Il ne s'agit pas d'une « nouvelle preuve » comme celle dont il était question dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 (c'est-à-dire une preuve préexistante qui n'a pas été produite devant le tribunal de première instance (en l'occurrence la Commission)). Selon l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, le critère d'admissibilité d'une telle preuve en appel est élevé mais, une fois admise, la nouvelle preuve mène inévitablement à la tenue d'un nouveau procès (ou à une nouvelle audition), sauf dans les rares cas où, en soi, elle s'avérera à ce point concluante que la cour d'appel pourra agir sur la foi de cette preuve et disposer de l'affaire en conséquence (cela se fera souvent sur consentement : voir par exemple la nouvelle preuve d'ADN qui exonère un accusé déclaré coupable : *R. c. Morin* (1995) 37 C.R. (4th) 395 (C.A. Ont.)).

110 The evidence here was tendered under the *Code* "in the interests of justice". It obviously could not have affected the decision of the Board as it was post-disposition evidence. Evidence of post-sentence conduct is often tendered in sentence appeals as "update", to ensure that the decision of the Court of Appeal is not made in a vacuum. Here, the Court of Appeal had discretion as to whether to admit the evidence. It is clear from its disposition of the case that it gave no effect to it.

En l'espèce, la preuve a été soumise en vertu du *Code* afin que la cour l'admette parce que « la justice l'exige ». Elle n'aurait de toute évidence pas pu influencer la décision de la Commission puisqu'il s'agissait d'une preuve postérieure à la décision. Il arrive souvent que la preuve d'une conduite postérieure à l'infliction d'une peine soit soumise dans le cadre d'un appel de la peine pour valoir comme « mise à jour » et faire en sorte que la cour d'appel ne rende pas sa décision dans l'abstrait. En l'occurrence, la Cour d'appel possédait le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou non la preuve. Il ressort clairement de l'issue de l'affaire qu'elle n'y a pas donné suite.

111 Under s. 672.78(3) if it allows an appeal against disposition, the Court of Appeal may make any disposition under s. 672.54 that the Board could have made. It may also refer the matter back to the Board which, in any event, must hold annual reviews of the NCR dispositions. In the normal course of events, the "fresh evidence" such as tendered here should simply be placed before the next Board's review. The only issue therefore is whether the "fresh evidence" tendered before the Court of Appeal was

En application du par. 672.78(3), si elle accueille l'appel d'une décision, la cour d'appel peut rendre la décision en vertu de l'art. 672.54 que la Commission aurait pu rendre. Elle peut également renvoyer l'affaire à la Commission qui, de toute manière, doit réviser annuellement les décisions relatives à la non-responsabilité criminelle. Dans le cours normal des choses, la « nouvelle preuve » comme celle produite en l'espèce devrait tout simplement être présentée dans le cadre de la prochaine audition tenue par

such as to preclude the court from ordering the absolute discharge of the respondent.

Based on the rationale of *Stolar*, where a court of appeal is of the opinion that an NCR accused should have been granted an absolute discharge at the Board hearing, the new evidence should be virtually conclusive that an absolute discharge is not appropriate before a court of appeal should decide not to order it. Moreover, I wish to point out that contrary to the assumption expressed by my colleague Binnie J. at para. 56, it is not clear that an absolute discharge of an NCR detainee terminates the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition. Indeed, s. 672.82(1) of the *Criminal Code* provides for discretionary review of *any* disposition of the Board. When read in comparison to s. 672.81, which specifically excludes absolute discharges from mandatory annual reviews, s. 672.82(1) arguably opens the door to discretionary review even of an absolute discharge by the Board based on fresh evidence of dangerousness.

In any event, in my opinion, there is no reason to interfere with the exercise of the Court of Appeal's discretion in its appreciation of the fresh evidence tendered. The Court of Appeal was of the view, correctly I think, that the respondent should have been absolutely discharged by the Board in March of 2000. Rather, he was detained under very onerous and restrictive conditions. It was entirely open to the Court of Appeal, in the face of the reports as to his conduct while in detention, to maintain its conclusion that the respondent was not a significant threat to the safety of the public.

IV. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

la Commission. La seule question qui demeure est donc celle de savoir si la « nouvelle preuve » soumise à la Cour d'appel était telle qu'elle pouvait l'empêcher de prononcer la libération inconditionnelle de l'intimé.

Sur le fondement de l'arrêt *Stolar*, lorsqu'une cour d'appel est d'avis qu'un accusé non responsable criminellement aurait dû se voir accorder une libération inconditionnelle au terme de l'audition de la Commission, la nouvelle preuve devrait établir de façon quasi incontestable que la libération inconditionnelle serait inopportune pour que la cour d'appel décide de ne pas l'ordonner. En outre, je me dois de souligner que, contrairement au postulat énoncé par mon collègue le juge Binnie, au par. 56, il n'apparaît pas clairement que la libération inconditionnelle d'un détenu non responsable criminellement met un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler l'état mental de l'intimé. En fait, le par. 672.82(1) du *Code criminel* pourvoit à la révision facultative de toute décision de la Commission « *any of [the Board's] dispositions* ». Lorsqu'on le compare à l'art. 672.81, qui exclut expressément les libérations inconditionnelles du processus obligatoire de révision annuelle, le par. 672.82(1) ouvre la porte, pourrait-on soutenir, à un processus discrétionnaire de révision par la Commission sur le fondement d'une nouvelle preuve de dangerosité, même dans le cas d'une libération inconditionnelle.

Quoi qu'il en soit, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de toucher à l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la nouvelle preuve dont elle a été saisie. La Cour d'appel a estimé, à juste titre selon moi, que l'intimé aurait dû être libéré inconditionnellement par la Commission en mars 2000. Celle-ci a plutôt ordonné sa détention assortie de conditions très sévères et très privatives de liberté. La Cour d'appel pouvait tout à fait, au vu des rapports sur la conduite de l'intimé au cours de sa détention, maintenir sa conclusion que l'intimé ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

112

113

114

APPENDIX A*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

672.34 Where the jury, or the judge or provincial court judge where there is no jury, finds that an accused committed the act or made the omission that formed the basis of the offence charged, but was at the time suffering from mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), the jury or the judge shall render a verdict that the accused committed the act or made the omission but is not criminally responsible on account of mental disorder.

672.38 (1) A Review Board shall be established or designated for each province to make or review dispositions concerning any accused in respect of whom a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder or unfit to stand trial is rendered, and shall consist of not fewer than five members appointed by the lieutenant governor in council of the province.

672.39 A Review Board must have at least one member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry and, where only one member is so entitled, at least one other member must have training and experience in the field of mental health, and be entitled under the laws of a province to practise medicine or psychology.

672.4 (1) Subject to subsection (2), the chairperson of a Review Board shall be a judge of the Federal Court or of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to, or has retired from, such a judicial office.

672.43 At a hearing held by a Review Board to make a disposition or review a disposition in respect of an accused, the chairperson has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on persons appointed as commissioners under Part I of that Act.

672.51 (1) In this section, "disposition information" means all or part of an assessment report submitted to the court or Review Board and any other written information before the court or Review Board about the accused that is relevant to making a disposition.

APPENDICE A*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

672.34 Le jury ou, en l'absence de jury, le juge ou le juge de la cour provinciale, qui détermine que l'accusé a commis l'acte ou l'omission qui a donné lieu à l'accusation mais était atteint, à ce moment, de troubles mentaux dégageant sa responsabilité criminelle par application du paragraphe 16(1) est tenu de rendre un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

672.38 (1) Une commission d'examen est constituée ou désignée pour chaque province; elle est constituée d'un minimum de cinq membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province et est chargée de rendre ou de réviser des décisions concernant les accusés qui font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou qui ont été déclarés inaptes à subir leur procès.

672.39 Doivent faire partie d'une commission d'examen au moins une personne autorisée par le droit d'une province à exercer la psychiatrie et, s'il n'y a qu'un seul psychiatre, au moins une personne dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale et qui est autorisée par le droit d'une province à exercer la médecine ou la profession de psychologue.

672.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le président de la commission d'examen d'une province est un juge — ou un juge à la retraite — de la cour fédérale, d'une cour supérieure d'une province ou d'une cour de district ou de comté ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste.

672.43 Lors d'une audition de la commission d'examen, le président de la commission est investi des pouvoirs que les articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes* accordent aux commissaires nommés en vertu de la partie I de cette loi.

672.51 (1) Au présent article, « renseignements décisionnels » s'entend de la totalité ou d'une partie du rapport d'évaluation remis au tribunal ou à la commission d'examen et de tout autre document écrit dont ils sont saisis, qui concerne l'accusé et qui est pertinent dans le cadre de la décision à rendre.

(2) Subject to this section, all disposition information shall be made available for inspection by, and the court or Review Board shall provide a copy of it to, each party and any counsel representing the accused.

672.54 Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.73 (1) An appeal against a disposition by a court or Review Board or placement decision by a Review Board shall be based on a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice.

672.78 (1) The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

(a) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;

(b) it is based on a wrong decision on a question of law; or

(c) there was a miscarriage of justice.

(2) The court of appeal may dismiss an appeal against a disposition or placement decision where the court is of the opinion

(a) that paragraphs (1)(a), (b) and (c) do not apply; or

(b) that paragraph (1)(b) may apply, but the court finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les renseignements décisionnels sont à la disposition des autres parties et de l'avocat qui, le cas échéant, représente l'accusé; le tribunal ou la commission leur en fait parvenir une copie.

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.73 (1) L'appel est fondé sur la transcription déposée auprès de la cour d'appel et sur les autres éléments de preuve dont la cour d'appel accepte la présentation lorsqu'elle estime que la justice l'exige.

672.78 (1) La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

b) il s'agit d'une erreur de droit;

c) il y a eu erreur judiciaire.

(2) La cour d'appel peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) les alinéas (1)a), b) et c) ne s'appliquent pas;

b) l'alinéa (1)b) peut s'appliquer, mais elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit.

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

(a) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;

(b) refer the matter back to the court or Review Board for rehearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or

(c) make any other order that justice requires.

672.81 (1) A Review Board shall hold a hearing not later than twelve months after making a disposition and every twelve months thereafter for as long as the disposition remains in force, to review any disposition that it has made in respect of an accused, other than an absolute discharge under paragraph 672.54(a).

672.82 (1) A Review Board may hold a hearing to review any of its dispositions at any time, at the request of the accused or any other party.

(2) Where a party requests a review of a disposition under this section, the party is deemed to abandon any appeal against the disposition taken under section 672.72.

Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Pinkofskys, Toronto.

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;

b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;

c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige.

672.81 (1) La commission d'examen qui a rendu une décision à l'égard d'un accusé tient une nouvelle audition au plus tard douze mois après la décision et à l'intérieur de chaque période de douze mois suivante si la décision rendue en vertu de ces alinéas est toujours en vigueur, à l'exception d'une libération inconditionnelle prononcée en vertu de l'alinéa 672.54a).

672.82 (1) La commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie.

(2) Lorsqu'une révision d'une décision visée par un appel interjeté par une partie en vertu de l'article 672.72 commence à la demande de cette partie, l'appel est réputé avoir été abandonné.

Pourvoi accueilli, la juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Pinkofskys, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 2003 Vol. 1

and Tables

Cited as [2003] 1 S.C.R. { i-ii
835-1017

5^e cahier, 2003 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2003] 1 R.C.S. { i-ii
835-1017

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 / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	SALLY GRIFFIN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
ANDRES GARIN	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
	IDA SMITH	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
PAULINE MCTAVISH	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xxi
Table of Cases Cited	xxv
Statutes and Regulations Cited	xli
Authors Cited	xlvi
Index	1005

Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association.....884

Administrative law — Procedural fairness — Institutional independence — Impartiality — Canadian Human Rights Tribunal — Canadian Human Rights Commission — Canadian Human Rights Act authorizing Commission to issue guidelines binding on Tribunal concerning “a class of cases” — Act also authorizing Tribunal Chairperson to extend terms of Tribunal members in ongoing inquiries — Whether Commission’s guideline-making power compromises Tribunal’s independence and impartiality — Whether Chairperson’s power to extend appointments compromises Tribunal’s independence and impartiality — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2), 48.2(2) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e).

Ell v. Alberta.....857

Constitutional law — Judicial independence — Security of tenure — Justices of the peace — Provincial legislation requiring all justices of the peace who exercise judicial functions to meet qualifications decided upon by an independent Judicial Council — Whether legislation infringes guarantees of judicial independence — Whether removal from office of justices of the peace who did not meet qualifications violated their security of tenure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, preamble — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, c. J-3, s. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, c. 18.

Figuroa v. Canada (Attorney General).....912

Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights of citizens — Right to vote — Right to be qualified for membership in House of Commons or provincial legislative assembly — Right to meaningful participation in

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxiii
Table de la jurisprudence	xxv
Lois et règlements cités.....	xliiii
Doctrine citée.....	xlvi
Index	1011

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone.....884

Droit administratif — Équité procédurale — Indépendance institutionnelle — Impartialité — Tribunal canadien des droits de la personne — Commission canadienne des droits de la personne — Loi canadienne sur les droits de la personne autorisant la Commission à prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans une « catégorie de cas donnés » — Loi autorisant aussi le président du Tribunal à prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis — Le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Le pouvoir du président de prolonger les mandats compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11, 27(2), 48.2(2) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 2e).

Ell c. Alberta.....857

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité — Juges de paix — Loi provinciale exigeant que tous les juges de paix qui exercent des fonctions judiciaires aient les qualifications fixées par un conseil de la magistrature indépendant — La loi porte-t-elle atteinte aux garanties d’indépendance judiciaire? — La destitution des juges de paix n’ayant pas les qualifications requises porte-t-elle atteinte à leur inamovibilité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, ch. J-3, art. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, ch. 18.

Figuroa c. Canada (Procureur général).....912

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques des citoyens — Droit de vote — Éligibilité à la Chambre des communes et aux assemblées législatives

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

electoral process — Canada Elections Act providing that political parties must nominate candidates in at least 50 electoral districts to qualify for certain benefits — Whether provisions infringe right to vote or to run for office — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), 24(3), 28(2).

Trociuk v. British Columbia (Attorney General)835

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Vital statistics — Birth registration — Vital Statistics Act providing mother with absolute discretion to “unacknowledge” biological father on birth registration forms and not to include surname of father in child’s surname — Whether provisions infringe equality rights of fathers — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479, ss. 3(1)(b), 3(6)(b), 4(1)(a).

SOMMAIRE (Fin)

provinciales — Droit de participer utilement au processus électoral — Dispositions de la Loi électorale du Canada obligeant les partis politiques à présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales pour avoir droit à certains avantages — Ces dispositions portent-elles atteinte au droit de voter aux élections ou de se porter candidat à l’occasion de celles-ci? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 24(2), 24(3), 28(2).

Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général).....835

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — État civil — Déclaration de naissance — Loi sur les statistiques de l’état civil donnant à la mère le droit absolu de ne pas reconnaître le père biologique dans les déclarations de naissance et de ne pas inclure le nom de famille du père dans le nom de famille de l’enfant — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits des pères à l’égalité? — Si tel est le cas, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, ch. 479, art. 3(1)(b), 3(6)(b), 4(1)a).



2003 Volume 1

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 / Registrare de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

ERRATA

[1997] 3 S.C.R., p. 380, para. 76, line 1 of the French version. Read “Les raisons qui expliquent ce principe” instead of “Les raisons qui expliquent de ce principe”.

[1997] 3 R.C.S., p. 380, par. 76, 1^{re} ligne de la version française. Lire « Les raisons qui expliquent ce principe » au lieu de « Les raisons qui expliquent de ce principe ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to June 30, 2003 – 1^{er} janvier au 30 juin 2003)

- 2630-3602 *Québec Inc. c. Thrifty Canada Inc.* (Qué.), 29084, leave to appeal refused with costs, 30.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9050-3400 *Québec Inc. c. Riverin, Girard & Associés* (Qué.), 29515, leave to appeal granted with costs, 12.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- 91633 *Canada Inc. c. Ville de Châteauguay* (Qué.), 29492, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 934691 *Ontario Inc. v. Bell Canada* (Ont.), 29422, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A. H. c. Lafleur* (Qué.), 29220, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A. K. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29648, leave to appeal refused, 22.5.03, autorisation d'appel refusée.
- AB Hassle v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.), 29533, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Affordable Cottages Inc. v. 772592 Ontario Inc.* (Ont.), 29192, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Alexis Nihon Developments Ltd. c. Ville de Montréal* (Qué.), 29442, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alexis Nihon Developments Ltd. v. Commerce & Industry Insurance Co. of Canada* (Qué.), 29443, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Allstate Insurance Co. of Canada v. Craig* (Ont.), 29307, leave to appeal refused with costs, 20.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amselem v. Syndicat Northcrest* (Que.), 29253, leave to appeal granted, 10.4.03, autorisation d'appel accordée.
- Apotex Inc. v. Merck & Co.* (F.C.), 29324, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Parke-Davis Division* (F.C.), 29614, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Archean Resources Ltd. v. The Queen* (N.L.), 29390, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Assante c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29593, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Association of Architectural Technologists of Ontario v. Ontario Association of Architects* (F.C.), 29318, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association provinciale des enseignants et enseignantes du Québec c. Conseil des services essentiels* (Qué.), 29326, leave to appeal refused with costs, 24.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General for Ontario v. City of Ottawa* (Ont.), 29375, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Attorney General of British Columbia v. Auton* (B.C.), 29508, leave to appeal granted, 15.5.03, autorisation d'appel accordée.
- Audette c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29557, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Aylward v. Nova Scotia Human Rights Commission* (N.S.), 29312, notice of discontinuance filed, 24.1.03, avis de désistement produit.
- Bakht v. Minister of Human Resources Development, Canada* (F.C.), 29340, leave to appeal refused, 20.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Baksh v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29367, leave to appeal refused, 23.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Balanyk v. Greater Niagara General Hospital* (Ont.), 29423, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barreau du Québec c. McCulloch-Finney* (Qué.), 29344, leave to appeal granted, 17.4.03, autorisation d'appel accordée.
- Bilawchuk v. Wawryko* (Alta.), 29386, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Board of Governors of Lethbridge Community College v. Alberta Union of Provincial Employees* (Alta.), 29323, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.2.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Board of School Trustees of Regional Administrative Unit #3 v. Morin* (P.E.I.), 29417, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bogart v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29310, leave to appeal refused, 20.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Boivin c. Ville de Montréal* (Qué.), 29461, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bolingbroke v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29197, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Bonneau c. Laberge* (Qué.), 29369, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boutin c. La Reine* (C.F.), 29510, leave to appeal refused with costs, 19.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brebric v. Niksic* (Ont.), 29388, leave to appeal refused, 20.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Brett v. Superior Propane Inc.* (N.S.), 29466, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brown v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29633, leave to appeal refused, 19.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Butler v. Kronby* (Ont.), 29383, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Butt v. United Steelworkers of America* (N.L.), 29585, leave to appeal refused with costs, 5.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Byer v. The Queen* (F.C.), 29534, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Byer v. The Queen* (F.C.), 29535, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Byer v. The Queen* (F.C.), 29536, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cacciatore v. The Queen* (Ont.), 29354, leave to appeal refused, 6.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Caisse Desjardins de Maizerets c. Allan* (Qué.), 29382, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Campbell-High v. Agricultural Research Institute of Nova Scotia* (Ont.), 29549, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Campbell v. Jones* (N.S.), 29528, leave to appeal refused with costs, 29.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Campbell v. Metro Toronto Condominium Corporation #694* (Ont.), 29462, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Association of Internet Providers v. Society of Composers, Authors and Music Publishers* (F.C.), 29286, leave to cross-appeal is granted with costs, 27.3.03, demande d'appel incident est accordée avec dépens.
- Canadian Association of Internet Providers v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (F.C.), 29286, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 27.3.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Canadian Forest Products Ltd. v. The Queen*, (B.C.), 29266, leave to appeal granted, 23.1.03, autorisation d'appel accordée.
- Canadian Magen David Adom for Israel v. Minister of National Revenue* (F.C.), 29453, notice of discontinuance filed, 28.4.03, avis de désistement produit.
- Canadian Photonic Labs c. Simbol Test Systems Inc.* (Qué.), 29131, leave to appeal refused with costs, 23.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carlson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29346, leave to appeal refused, 20.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Carter v. The Queen* (Alta.), 29587, leave to appeal refused with costs, 19.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Casimir v. Attorney General of Quebec* (Que.), 29297, leave to appeal granted with costs, 24.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Casimir v. Attorney General of Quebec* (Que.), 29299, leave to appeal granted with costs, 24.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Caster v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28979, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Centre de rénovation FDS Inc. c. Boulianne* (Qué.), 29288, leave to appeal refused, 13.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Centre islamique du Québec-El Markaz v. 137193 Canada Inc.* (Que.), 29434, leave to appeal refused with costs, 10.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chambre des notaires du Québec c. Dugas* (Qué.), 29575, leave to appeal refused, 12.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Chaoulli c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29272, leave to appeal granted, 8.5.03, autorisation d'appel accordée.
- Chavali v. The Queen* (F.C.), 29361, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chavali v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29494, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- City of Calgary v. United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta* (Alta.), 29321, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.3.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- City of Calgary v. United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta* (Alta.), 29321, leave to cross-appeal refused with costs, 20.3.03, demande d'appel incident refusée avec dépens.
- Cléroux c. Procureur général du Canada* (C.F.), 29350, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Cloutier v. Zesta Engineering Ltd.* (Ont.), 29465, leave to appeal refused with costs, 19.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coady v. National Trust in trust for Keith Bradley* (Ont.), 29471, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Colby v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 29267, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Coldstream Deer Group Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29529, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission de la santé et de la sécurité au travail c. Nutribec Ltée* (Qué.), 29480, leave to appeal granted with costs, 12.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Commission de protection du territoire agricole c. C.B.R. Laser Inc.* (Qué.), 29178, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 29231, leave to appeal granted, 27.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Commission scolaire English-Montréal c. Williams* (Qué.), 29483, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurance du Canada sur la vie c. Compagnie d'assurance Halifax* (Qué.), 29111, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Congrégation des témoins de Jehovah de St-Jérôme c. Municipalité du village de Lafontaine* (Qué.), 29507, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 10.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Conohan v. Cooperators* (F.C.), 29154, leave to appeal granted with costs, 27.3.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Construction & General Workers' Union, Local 92 v. Voice Construction Ltd.* (Alta.), 29547, leave to appeal granted with costs, 12.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Conway v. Jacques* (Ont.), 29349, leave to appeal refused with costs, 6.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coomaraswamy v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 29274, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cooper v. Attorney General of Canada* (F.C.) (Crim.), 29613, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Coopérative agricole des animaux vivants de la Montérégie c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec* (Qué.), 29411, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coopérative agricole des animaux vivants de la Montérégie c. Les encans de la ferme (1984) Inc.* (Qué.), 29489, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation d'Hébergement du Québec c. Construction Ondel Inc.* (Qué.), 29496, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Kingston v. Ontario Energy Board* (Ont.), 29497, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the Town of Oakville v. Vann Niagara Ltd.* (Ont.), 29359, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.1.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Corrieri c. Investissements Cigmont Inc.* (Qué.), 28989, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Creighton v. Bjornson* (Ont.), 29558, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Cumberland Asset Management v. Deloitte & Touche Inc.* (Ont.), 29395, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Currie v. The Pine Shoppe* (Ont.), 29112, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Czaban v. MacPherson* (B.C.), 29481, leave to appeal refused, 20.3.03, autorisation d'appel refusée.
- D. J. M. v. Minister of Community Services* (N.S.), 29415, leave to appeal refused with costs, 20.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- DaimlerChrysler Corp. v. Robson* (B.C.), 29339, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Dallas Park Shopping Centre Ltd. v. Buy-Low Foods Ltd.* (B.C.), 29522, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dao v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29607, leave to appeal refused, 19.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Davis Moving & Storage Inc. v. Solway* (Ont.), 29606, leave to appeal refused with costs, 29.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deigan v. Attorney General of Canada (Industry Canada)* (F.C.), 29404, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.
- Deloitte & Touche Inc. v. Artisan Corp.* (Sask.), 29459, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deol v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 29371, leave to appeal refused with costs, 20.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Descôteaux c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 29159, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deslandes c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29385, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Desramaux v. Desramaux* (Ont.), 29429, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dickens v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29240, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Director, Income Maintenance Branch, Ministry of Community and Social Services v. Falkiner* (Ont.), 29294, leave to appeal granted, 20.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Down v. Interclaim Holdings Ltd.* (B.C.), 29576, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dupont Canada Inc. v. The Queen* (F.C.), 29561, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- East Broadway Residents Assn. v. City of Vancouver* (B.C.), 29603, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Edmonds v. Minister of National Revenue* (F.C.), 29347, leave to appeal refused with costs, 20.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Edmonton Journal Group Inc. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29214, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Ewanchuk v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29460, leave to appeal refused, 6.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Executive Director of the British Columbia Securities Commission v. Hartvikson* (B.C.), 29472, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 10.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

- F. H. c. V. J.* (Qué.), 29702, leave to appeal refused with costs, 19.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Farmer c. États-Unis d'Amérique* (Qué.) (Crim.), 29552, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Federal Express Corp. v. MDSI Mobile Data Solution* (B.C.), 29643, leave to appeal refused with costs, 29.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fitzgerald v. Mountain-West Resources Ltd* (B.C.), 29491, leave to appeal refused with costs, 10.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fondation Artisans c. Raymond Chabot Inc.* (Qué.), 29156, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Forest c. Ville de Shawinigan* (Qué.), 29710, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fortin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29513, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- G. S. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29203, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Garaga Inc. c. Ernst & Young Inc.* (Qué.), 29226, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- General Motors Corp. v. Oshaneck* (B.C.), 29338, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Genpharm Inc. v. Minister of Health* (F.C.), 29410, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gifford v. The Queen* (F.C.), 29416, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 27.3.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Giroux c. Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec* (Qué.), 29218, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Gobin v. The Queen* (B.C.), 29282, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Gosselin v. Attorney General of Quebec* (Que.), 29298, leave to appeal granted with costs, 24.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Granbury Developments Limited v. The Queen* (F.C.), 29539, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grill Newman Inc. c. Entreprises Cara Ltée* (Qué.), 29050, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groupe Impérial Windsor Inc. v. John Abbott College of General and Vocational Education*, (Que.), 28971, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guay c. Ghanimé* (Qué.), 29505, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guimond v. La Reine* (Man.) (Crim.), 29222, leave to appeal refused, 23.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Guitouni c. Société Radio-Canada* (Qué.), 29521, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H. M. c. Z. M.* (Qué.), 29554, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Hall v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29270, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.* (Ont.), 29225, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.1.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

- Harel, Drouin & Associés c. Vidal* (Qué.), 29122, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hartshorne v. Hartshorne* (B.C.), 29531, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.3.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Hatton c. Batshaw Youth and Family Centres* (Qué.), 29389, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hawker Siddeley Canada Inc. v. Canadian Steel Foundries Ltd.* (Que.), 29075, notice of discontinuance filed, 12.3.03, avis de désistement produit.
- Hébert c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29482, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste* (Qué.), 29532, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hogan v. The Queen* (N.B.) (Crim.), 29133, leave to appeal refused, 6.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Holder v. College of Physicians and Surgeons of Manitoba* (Man.), 29518, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Holly Big Canoe, Inquiry Officer v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 29572, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Holtam v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29308, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Hordo v. Bartlett* (Ont.), 29511, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Houle c. Comité des requêtes du Barreau du Québec* (Qué.), 29454, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Hughes v. Sunbeam Corporation (Canada) Ltd.* (Ont.), 29440, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ilnicki v. Hill* (Alta.), 29446, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Industries Vogues Ltée c. La Reine* (C.F.), 29246, leave to appeal refused with costs, 30.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Information and Privacy Commissioner of the Province of British Columbia v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (B.C.), 29626, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J. C. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29379, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- J. H. K. v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 29495, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Jazairi v. Scott & Ayles* (Ont.), 29357, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jeffrey c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29624, leave to appeal refused, 13.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Jones v. Attorney General of Canada* (B.C.), 29391, leave to appeal refused with costs, 8.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jones v. The Queen* (F.C.), 29194, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kalevar v. Liberal Party of Canada* (F.C.), 29296, leave to appeal refused with costs, 23.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Kaya v. The Gazette Newspaper of Montreal* (Que.), 29291, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Kemp v. Wittenberg* (B.C.), 29353, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kibale c. La Reine* (C.F.), 29486, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Kingfisher v. The Queen* (F.C.), 29302, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klevering v. The Queen* (F.C.), 29364, leave to appeal refused with costs, 30.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kolstee v. Metlin* (N.S.), 29330, leave to appeal refused, 20.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Kopp v. Saskatchewan Government Insurance* (Sask.), 29473, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Krelewetz v. Scopel* (Ont.), 29356, leave to appeal refused, 6.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Krop v. Discipline Committee of the College of Physicians and Surgeons of Ontario* (Ont.), 29377, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kroppmanns v. Townsend* (B.C.), 29345, leave to appeal granted, 27.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Kufeldt v. Memorial University of Newfoundland* (N.L.), 29208, leave to appeal refused with costs, 3.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L. D. c. R. B.* (Qué.), 29468, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- La Capitale Assurances MFQ Inc. c. Dumas* (Qué.), 29199, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- La compagnie d'assurance générale Kansa internationale c. Corporation de la ville de Hawsbury* (Qué.), 29573, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lambert c. Procureur général du Québec* (Qué.), 29227, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Lamirande v. La Reine* (Man.) (Crim.), 29205, leave to appeal refused, 23.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Landry c. Cour du Québec* (Qué.), 29169, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Landry c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29538, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Langlois c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 29247, leave to appeal refused with costs, 13.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Larose c. La Reine* (C.F.), 29250, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 29241, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 29425, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 29556, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Laurin c. Procureur général du Canada* (Qué.) (Crim.), 29313, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Le Jean Bleu Inc. c. Carignan* (Qué.), 29612, notice of discontinuance filed, 3.3.03, avis de désistement produit.
- League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Syndicat Northcrest* (Que.), 29252, leave to appeal granted, 10.4.03, autorisation d'appel accordée.
- Lee v. Sani Mobile Environment Inc.* (Que.), 29114, leave to appeal refused, 27.2.03, autorisation d'appel refusée.

- Lessard c. Commission scolaire des Mille-Îles* (Qué.), 29093, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lessard c. Société de l'assurance automobile du Québec* (Qué.), 29611, leave to appeal refused with costs, 5.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leung v. City of Edmonton* (Alta.), 29487, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Lewin c. La Reine* (C.F.), 29562, leave to appeal refused with costs, 19.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L'Heureux c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 29365, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. Li* (Ont.), 29478, leave to appeal refused costs on a party and party basis, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.
- Lizotte c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29493, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Louie v. Lastman* (Ont.), 29458, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Luu Thong Vuong v. Toronto East General & Orthopaedic Hospital* (Ont.), 29565, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lyttle v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29412, leave to appeal granted, 23.1.03, autorisation d'appel accordée.
- M. F. v. N. M. H.* (Que.), 29498, leave to appeal refused, 6.3.03, autorisation d'appel refusée.
- M. S. c. M. L.* (Qué.), 29352, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mack v. Attorney General of Canada* (Ont.), 29475, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- MacPhail v. MacKinnon* (P.E.I.), 29216, leave to appeal refused with costs, 20.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Madeley v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29602, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Magnaflux Industries Inc. v. Victoria Park Avenue Associates Ltd.* (Ont.), 29448, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mandel c. Banque Nationale de Paris (Canada)* (Qué.), 29523, leave to appeal granted with costs, 12.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Mann v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29477, leave to appeal granted, 27.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Manson v. The Queen* (F.C.), 29512, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maranda c. Ville de Montréal* (Qué.), 29679, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Markman v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29601, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Massé c. La Reine* (C.F.), 29153, this case is remanded to the Federal Court of Appeal in light of this Court's decision in *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46, 30.1.03, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel fédérale pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46.
- McElheran v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29372, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- McFadyen v. The Queen* (F.C.), 29591, leave to appeal refused with costs, 24.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Medd v. The Queen* (Ont.), 29414, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.

- Mehay c. Marcheterre* (Qué.), 29362, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Melco Developments Ltd. v. City of Portage La Prairie* (Man.), 29504, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Meunier c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29621, leave to appeal refused, 26.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Miller v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29501, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Millette c. La Reine* (C.F.), 29255, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Forests v. Council of the Haida Nation and Guujaaw* (B.C.), 29419, leave to appeal granted, 20.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Minister of Human Resources Development Canada v. Hodge* (F.C.), 29351, leave to appeal granted, 20.3.03, autorisation d'appel accordée.
- Minister of Justice for Canada v. Pacificador* (Ont.) (Crim.), 29398, leave to appeal refused, 20.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Mireille Boisvert c. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Qué.), 29544, leave to appeal granted, 12.6.03, autorisation d'appel accordée.
- Monsanto Canada Inc. v. Superintendent of Financial Services* (Ont.), 29586, leave to appeal granted, 5.6.03, autorisation d'appel accordée.
- Morguard Corporation v. Uni-Select Inc.* (Que.), 29449, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morissette c. Procureur général du Canada* (C.F.), 29447, leave to appeal refused with costs, 24.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Municipality of the County of Antigonish v. Town of Antigonish* (N.S.), 29378, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Munroe v. Holder* (Man.), 29281, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murphy c. Comité de surveillance de l'association des intermédiaires en assurance des personnes du Québec* (Qué.), 29509, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mutual Life Assurance Co. of Canada v. Thiessen* (B.C.), 29451, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Najdowski v. University of Montreal* (Que.), 29595, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 29424, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- New Solutions Financial Corp. v. Transport North American Express Inc.* (Ont.), 29355, leave to appeal granted with costs, 20.2.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- New York Life Insurance Company v. Vaughan* (Que.), 29469, leave to appeal refused, 19.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees v. The Queen* (N.L.), 29597, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 5.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Nova Growth Corp. v. Kepinski* (Ont.), 29334, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Ofume v. Vukelich* (N.S.), 29265, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Omineca Enterprises Ltd. v. Minister of Forests* (B.C.), 29333, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Federation of Anglers & Hunters v. The Queen* (Ont.), 29237, leave to appeal refused costs on a party and party basis, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.
- Ontario New Home Warranty Program v. Singer* (Ont.), 29599, leave to appeal refused with costs, 29.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Secondary School Teachers' Federation v. Ontario Teachers' Federation* (Ont.), 29341, leave to appeal refused with costs, 10.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Osselaer v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29441, leave to appeal refused, 13.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Ouellet c. Collège de Sainte-Anne-de-la-Pocatière* (Qué.), 29257, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Ouimette c. Procureur général du Canada* (Qué.), 29279, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P. A. c. C. G.* (Qué.), 29490, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Palma Olii c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec* (Qué.), 29099, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parker v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29264, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Parravano v. KPMG Inc.* (Ont.), 29464, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pearson v. Pearson* (Sask.), 29617, leave to appeal refused, 19.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Pearson v. The Queen* (F.C.), 29463, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Pearson v. The Queen* (F.C.), 29499, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Pictou v. The Queen* (F.C.), 29654, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pierce v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 29317, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Piersanti & Company v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29650, leave to appeal refused, 5.6.03, autorisation d'appel refusée.
- Pilotte v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29360, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Pinet v. Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital* (Ont.) (Crim.), 29254, leave to appeal granted, 23.1.03, autorisation d'appel accordée.
- Pneu Pro Pose Inc. c. Oliver Rubber Co.* (Qué.), 29170, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pochay v. Commissioner of Corrections Canada* (Ont.) (Crim.), 29550, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Potter v. Halifax Regional School Board* (N.S.), 29303, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prometic Biosciences Inc. c. Arcand* (Qué.), 29646, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Bégin* (Qué.) (Crim.), 29421, leave to appeal refused, 10.4.03, autorisation d'appel refusée.

- R. v. Bodner* (Alta.), 29525, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.5.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- R. v. Buckley* (Sask.) (Crim.), 29545, leave to appeal refused, 19.6.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Carpenter* (B.C.) (Crim.), 29301, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Carr* (Qué.) (Crim.), 29541, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Cooper* (Alta.) (Crim.), 29283, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Daoulov* (Qué.) (Crim.), 29295, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. E. B.* (Ont.) (Crim.), 29082, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Holmes* (Ont.) (Crim.), 29542, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Hurrell* (Ont.) (Crim.), 29376, leave to appeal granted, 20.2.03, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Lefebvre* (Qué.) (Crim.), 29256, leave to appeal refused, 23.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Mérioud* (Qué.) (Crim.), 29316, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Moore* (N.S.) (Crim.), 29579, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Morissette* (Qué.) (Crim.), 29343, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Ofume* (N.S.) (Crim.), 29273, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Penner International Inc.* (F.C.), 29559, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Telus Communications Inc. and Telus Communications Inc.* (Alta.), 29436, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Varga* (Ont.) (Crim.), 29278, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Vincent* (Qué.) (Crim.), 29337, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- R. F. v. Registered Nurses Association of Nova Scotia* (N.S.), 29555, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Raghavan v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29470, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Raïche c. Hudak* (Qué.), 29467, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rathé c. Lamarre* (Qué.), 29342, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ratzlaff v. Armstrong* (Sask.), 29248, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Re/Max 2001 Inc. c. El Sabbagh* (Qué.), 29017, leave to appeal refused with costs, 30.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reashore v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 29629, leave to appeal refused, 15.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Redd v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29319, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Reid c. Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc.* (Qué.), 29394, leave to appeal granted, 12.6.03, autorisation d'appel accordée.
- Remer v. Kraus Remer*, (Que.), 29092, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Riendeau c. Ville de Québec* (Qué.), 29433, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Ripplinger v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 29474, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roach v. Long* (Ont.), 29514, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robitaille v. Anspor Construction Ltd.* (Ont.), 29363, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rochon c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29277, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Roman Catholic Episcopal Corp. of St. George's v. John Doe* (N.L.), 29426, leave to appeal granted with costs, 24.4.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Rose v. The Queen* (Que.) (Crim.), 29420, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Ross v. The Queen* (F.C.), 29500, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rowatt v. CIBC Mortgage Corporation* (Ont.), 29524, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy c. Comeau* (Qué.), 29219, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29358, leave to appeal refused, 6.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Ruffo c. Comité d'enquête du Conseil de la magistrature formé pour entendre la plainte* (Qué.), 29479, leave to appeal refused, 22.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Runnalls v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29503, leave to appeal refused, 27.2.03, autorisation d'appel refusée.
- S.T.B. Holdings Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29517, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sala v. Government of Manitoba* (Man.), 29457, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sarg Oils Ltd. v. Energy Resources Conservation Board* (Alta.), 29314, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Save the Eaton's Building Coalition v. City of Winnipeg* (Man.), 29526, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schaeffler v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29409, leave to appeal refused, 27.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Schmeiser v. Monsanto Canada Inc.* (F.C.), 29437, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 8.5.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Schokbéton Québec Inc. c. St-Amour Building Inc.* (Qué.), 29064, leave to appeal refused with costs, 30.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Scott v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29408, leave to appeal refused, 6.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Scullion v. Attorney General of Quebec* (Que.) (Crim.), 29289, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Setlur v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29592, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sharpe v. Kirk* (Man.), 29540, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shuman v. Ontario New Home Warranty Program* (Ont.), 29373, leave to appeal refused, 13.2.03, autorisation d'appel refusée.

- Silver v. Business Development Corp.* (N.S.), 29381, leave to appeal refused, 20.3.03, autorisation d'appel refusée.
- Simanek v. Lamourie* (Ont.), 29384, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simmonds v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29315, leave to appeal refused, 20.2.03, autorisation d'appel refusée.
- Sinclair-Cockburn Insurance Brokers Ltd. v. Richards* (Ont.), 29431, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Singh v. Canada Post Corp.* (F.C.), 29244, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smithkline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (F.C.), 29328, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing Inc.* (Qué.), 29519, leave to appeal granted, 19.6.03, autorisation d'appel accordée.
- Spooner v. Alden* (B.C.), 29543, leave to appeal refused with costs, 26.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stadnick v. The Queen* (Que.) (Crim.), 29418, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Starr v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29374, leave to appeal refused, 23.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Stevenson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29560, leave to appeal refused, 27.3.03, autorisation d'appel refusée.
- St. James-Assiniboia Teachers' Association No. 2 of the Manitoba Teachers' Society v. St. James-Assiniboia School Division No. 2* (Man.), 29581, leave to appeal refused with costs, 22.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Suchon v. The Queen* (F.C.), 29430, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sudbury Downs Holding v. Ontario Harness Horse Assn.* (Ont.), 29259, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Susin v. Chapman* (Ont.), 29438, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat du personnel de soutien en éducation c. Commission scolaire de Laval* (Qué.), 29527, leave to appeal refused with costs, 12.6.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés de Cargill Ltée c. Cargill Ltée* (C.F.), 29368, leave to appeal refused with costs, 10.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat national des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes* (Qué.), 29158, leave to appeal refused with costs, 6.3.2003, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syntex (U.S.A) L.L.C. v. Minister of Health* (F.C.), 29396, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.D.L. Petroleums Inc. v. Montreal Trust Co.* (Sask.), 29401, leave to appeal refused with costs, 6.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tardif v. Halifax Shipyard, a division of Irving Building Inc.* (N.S.), 29261, leave to appeal refused with costs, 24.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tate v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29276, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Taylor v. Molloy* (Ont.), 29399, leave to appeal refused, 9.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Technologies Industrielles SNC Inc. c. La Reine* (Qué.), 29108, leave to appeal refused with costs, 23.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Teodorowych v. Pascal* (Ont.), 29284, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teskey v. Grzelak* (Ont.), 29402, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd.* (Ont.), 29235, leave to appeal refused with costs, 13.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Valentine* (Ont.), 29452, leave to appeal refused, 17.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Transport H. Cordeau Inc. c. La Reine* (C.F.), 29327, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section 501 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des Épiceries Unis Métro-Richelieu (CSN)* (Qué.), 29456, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tsukada v. The Queen* (F.C.), 29336, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turner-Lienaux v. Campbell* (N.S.), 29407, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vachon c. Lachance* (Qué.), 29325, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Venn v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29233, leave to appeal refused, 30.1.03, autorisation d'appel refusée.
- Viens c. Produits & Services de la Construction (Montréal) Inc.* (Qué.), 29160, leave to appeal refused with costs, 27.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vigneault c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29574, leave to appeal refused, 29.5.03, autorisation d'appel refusée.
- Ville de Laval c. Développement Drummond Inc.* (Qué.), 29239, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. 2952-1366 Québec Inc.* (Qué.), 29413, leave to appeal granted, 12.6.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Commerce & Industry Insurance Co. of Canada* (Qué.), 29637, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Société d'énergie Foster Wheeler* (Qué.), 28967, leave to appeal granted with costs, 27.2.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Ville de Sainte-Marthe-sur-le-Lac c. 161979 Canada Inc.* (Qué.), 29403, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Wacjman v. United States of America* (Que.) (Crim.), 29502, leave to appeal refused, 24.4.03, autorisation d'appel refusée.
- Wahab v. Canadian Arabs' Investment Co.*(Ont.), 29445, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wallace International Silversmiths, Inc. v. Heritage Silversmiths Inc.* (Ont.), 29439, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29392, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wcislo v. Ramsay Heights Cooperative Housing Ltd.* (Alta.), 29506, leave to appeal refused with costs, 17.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Webb v. Waterloo Regional Police Services Board (Ont.), 29397, leave to appeal refused with costs, 20.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Webster c. Storey (Qué.), 29076, leave to appeal refused with costs, 6.2.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Whitney v. The Queen (F.C.), 29366, leave to appeal refused with costs, 27.3.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Witkin v. The Queen (F.C.), 29290, leave to appeal refused with costs, 9.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wright v. Johnstone (B.C.), 29380, leave to appeal refused with costs, 23.1.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zellers Inc. c. Syndicat des employés(es) des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) (Qué.), 29435, leave to appeal refused with costs, 15.5.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zurich Insurance Co. v. 686234 Ontario Ltd. (Ont.), 29577, leave to appeal refused with costs, 24.4.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

	PAGE		PAGE
Guardian Insurance Co. of Canada, KP Pacific Holdings Ltd. v.	433		
H			
Harriott, R. v.	39		
Hay, R. v.	156		
K			
Knight, R. v.	156		
KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada.....	433		
L			
Larue, R. v.	277		
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	247		
M			
Manitoba (Attorney General), Siemens v.	6		
Markevich v. Canada.....	94		
Markevich v. Minister of National Revenue.....	94		
Markevich v. The Queen.....	94		
Martin v. American International Assurance Life Co.	158		
M. (E.J.), M. (L.S.) v.	303		
Minister of National Revenue, Markevich v.	94		
Minister see also "Canada" or the name of province			
M. (L.S.) v. M. (E.J.).....	303		
M. S., R. v.	125		
O			
Office see also "Canada" or the name of province			
Ontario (Minister of Labour), Canadian Union of Public Employees v.	539		
Ontario (Minister of Labour), C.U.P.E. v.	539		
Ottawa (City), Goudie v.	141		
Owen, R. v.	779		
P			
P. A., R. v.	275		
Pelletier, R. v.	4		
Q			
Queen see also "R."			
		R	
		R. v. A. (P.).....	275
		R. v. Allen.....	223
		R. v. Arradi.....	280
		R. v. Buhay.....	631
		R. v. Feeley.....	64
		R. v. Harriott.....	39
		R. v. Hay.....	156
		R. v. Knight.....	156
		R. v. Larue.....	277
		R. v. M. S.	125
		R. v. Owen.....	779
		R. v. P. A.	275
		R. v. Pelletier.....	4
		R. v. R. R.	37
		R. v. S. (M.).....	125
		R. v. Willis.....	127
		R. v. Wise.....	3
		R. v. Zinck.....	41
		Reference re Earth Future Lottery.....	123
		R. R., R. v.	37
		Ryan, Law Society of New Brunswick v.	247
		S	
		Siemens v. Manitoba (Attorney General).....	6
		S. (M.), R. v.	125
		Starson, Fleming v.	722
		Starson v. Swayze.....	722
		Swayze, Starson v.	722
		T	
		T. (D.W.) v. British Columbia (Attorney General)..	835
		The Queen see also "R."	
		The Queen, Markevich v.	94
		Trociuk v. British Columbia (Attorney General)...	835
		U	
		Union see also under abbreviated name	
		W	
		Willis, R. v.	127
		Wise, R. v.	3
		Z	
		Zinck, R. v.	41
		Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.	450

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta, Allen c.	128	Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada), Canada (Commissaire à l'information) c.	66
Alberta, Ell c.	857	Canada (Commission des droits de la personne), Bell Canada c.	884
Allen c. Alberta	128	Canada, Markevich c.	94
Allen, R. c.	223	Canada (Procureur général), Figueroa c.	912
A. (P.), R. c.	275	Canadian Union of Public Employees c. Ontario (Minister of Labour).....	539
Arradi, R. c.	280	Churchland c. Gore Mutual Insurance Co.	445
American International Assurance Life Co., Martin c.	158	Cie d'assurance Guardian du Canada, KP Pacific Holdings Ltd. c.	433
Assoc. canadienne de télévision par câble, Barrie Public Utilities c.	476	College of Physicians and Surgeons of British Columbia, Dr Q c.	226
Association canadienne des employés de téléphone, Bell Canada c.	884	Colombie-Britannique (Procureur général), Trociuk c.	835
B		C.T.E.A., Bell Canada c.	884
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan.....	247	C.U.P.E. c. Ontario (Minister of Labour).....	539
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble.....	476	D	
Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone	884	Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.	175
Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)	884	Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	226
Bell Canada c. C.T.E.A.	884	D.W.T. v. British Columbia (Attorney General)	835
Blouin, Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c.	666	E	
British Columbia (Attorney General), D.W.T. c. ..	835	Earth Future Lottery, Re	123
British Columbia (Attorney General), T. (D.W.) c.	835	ECU-Line N.V., Z.I. Pompey Industrie c.	450
Buhay, R. c.	631	Éditions Chouette (1987) inc., Desputeaux c.	175
C		Ell c. Alberta	857
Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin	666	F	
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada).....	66	Feeley, R. c.	64
		Figueroa c. Canada (Procureur général)	912
		Fleming c. Starson	722

	PAGE		PAGE
G		R	
Gore Mutual Insurance Co., Churchland c.	445	R. c. A. (P.).....	275
Goudie c. Ottawa (Ville).....	141	R. c. Allen	223
H		R. c. Arradi.....	280
Harriott, R. c.	39	R. c. Buhay.....	631
Hay, R. c.	156	R. c. Feeley	64
K		R. c. Harriott	39
Knight, R. c.	156	R. c. Hay	156
KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance		R. c. Knight.....	156
Guardian du Canada.....	433	R. c. Larue.....	277
L		R. c. M.S.	125
La Reine, Markevich c.	94	R. c. Owen.....	779
La Reine voir aussi « R. »		R. c. P. A.	275
Larue, R. c.	277	R. c. Pelletier.....	4
M		R. c. R. R.	37
Manitoba (Procureur général), Siemens c.	6	R. c. S. (M.).....	125
Markevich c. Canada.....	94	R. c. Willis.....	127
Markevich c. La Reine.....	94	R. c. Wise	3
Markevich c. Ministre du Revenu national.....	94	R. c. Zinck.....	41
Martin c. American International Assurance Life		Renvoi relatif à la Earth Future Lottery	123
Co.	158	Reine voir aussi « R. »	
M. (E.J.), M. (L.S.) c.	303	R. R., R. c.	6
Ministre du Revenu national, Markevich c.	94	Ryan, Barreau du Nouveau-Brunswick c.	247
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la pro-		S	
vince		S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail).....	539
M. (L.S.) c. M. (E.J.).....	303	Siemens c. Manitoba (Procureur général)	6
M. S., R. c.	125	S. (M.), R. c.	125
O		Starson c. Swayze	722
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province		Starson, Fleming c.	722
Ontario (Minister of Labour), Canadian Union of		Swayze, Starson c.	722
Public Employees c.	539	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Ontario (Minister of Labour), C.U.P.E. c.	539	T	
Ontario (Ministre du Travail), S.C.F.P. c.	539	T. (D.W.) v. British Columbia (Attorney Gene-	
Ottawa (Ville), Goudie c.	141	ral)	835
Owen, R. c.	779	Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur	
P		général).....	835
P. A., R. c.	275	W	
Pelletier, R. c.	4	Willis, R. c.	127
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom		Wise, R. c.	3
de la province		Z	
P. A., R. c.	275	Zinck, R. c.	41
Pelletier, R. c.	4	Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.	450

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club.....	(1995), 21 O.R. (3d) 547	154
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	625, 894
3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie).....	[2002] 1 C.F. 421, 2001 CAF 254	78
3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)	[2002] 1 F.C. 421, 2001 FCA 254	78
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	106
A		
Adler v. Dickson	[1954] 1 W.L.R. 1482	153
Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd. ..	[1997] 1 N.Z.L.R. 186	467
Aguilar v. London Life Insurance Co.	(1990), 70 D.L.R. (4th) 510.....	164
Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.	(1998), 156 D.L.R. (4th) 222.....	154
Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1986] 2 R.C.S. 539	589
Air Canada v. British Columbia (Attorney General).....	[1986] 2 S.C.R. 539	589
Ajax (Town) v. CAW, Local 222	[2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23	556
Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222	[2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23	556
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radio- diffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225	528
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	528
Allen v. Alberta	(2001), 286 A.R. 132	153
Allred v. Prudential Insurance Co. of America.....	100 S.E.2d 226 (1957)	170
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compen- sation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	464
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	[1993] 1 S.C.R. 897	463
American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.....	[1975] 1 All E.R. 504.....	454
Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co..	(2000), 262 N.R. 270	466
Ares v. Venner	[1970] S.C.R. 608	806
Ash v. Lloyd's Corp.	(1992), 9 O.R. (3d) 755	470
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville).....	[1990] 3 R.C.S. 1170	603
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1948] 1 K.B. 223	237
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117	526
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.	[1906] A.C. 204	527
Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation.....	[1946] A.C. 193	29
Auerbach v. Resorts International Hotel Inc.	[1992] R.J.Q. 302.....	211
Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.....	(1994), 113 D.L.R. (4th) 449	209

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	842
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	237, 259, 523, 558, 589, 895
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	237, 259, 523, 558, 589, 895
Balogh v. Crown Court at St. Albans.....	[1974] 3 All E.R. 283.....	292
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	20
Baron v. Canada	[1993] 1 S.C.R. 416	872
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	242, 529, 558, 610, 765, 796
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 214	292
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214	292
Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)	(1999), 138 C.C.C. (3d) 172.....	797
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	868
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	260, 509, 557
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722	260, 509, 557
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	493, 516
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.....	[1979] 1 S.C.R. 275	114
Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.....	(1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118	168
Bhaduria v. Toronto Board of Education	(1999), 173 D.L.R. (4th) 382.....	152
Bhairo v. Westfair Foods Ltd.	[1997] M.J. No. 219 (QL).....	152
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission).....	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44	31
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	31
Boston v. Boston	[2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43	355
Bou langer v. La Reine	[1995] R.J.Q. 1975.....	56
Bracklow v. Bracklow.....	[1999] 1 S.C.R. 420	325, 375
Bremen (The) v. Zapata Off-Shore Co.	407 U.S. 1 (1972).....	467
British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. ..	[1995] 2 S.C.R. 739	491, 509
Brousseau v. Alberta Securities Commission	[1989] 1 S.C.R. 301	599, 903
Brown v. Continental Casualty Co.	108 So. 464 (1926)	168
C		
Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.	[1990] 2 F.C. 641	899
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	239, 512
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 941	269, 536, 560
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada.....	[2000] 1 F.C. 146	901
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)	[1988] 3 C.F. 551	91
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626.....	208

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36	237, 260, 490, 511
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	77, 235, 259, 508, 555, 609, 763, 796
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	77, 235, 259, 508, 556, 609, 763, 796
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	204
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)	[1988] 3 F.C. 551	91
Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada	[2000] 1 C.F. 146	899
Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941	269, 536, 560
Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.	[1990] 2 C.F. 641	899
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	240, 512
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36	237, 260, 490, 511
Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.	[1993] 2 F.C. 425	461
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	514, 552, 591
Canadian Disability Rights Council v. Canada	[1988] 3 F.C. 622	969
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 309	167
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 122	847
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 122	847
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	569, 598, 873, 895
Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)	[1997] 1 S.C.R. 793	510, 561
Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	512, 554, 614
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	569, 598, 873, 895
Candler v. London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada	(1963), 40 D.L.R. (2d) 408	168
Captain v. Far Eastern Steamship Co.	(1978), 7 B.C.L.R. 279	458
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	601
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	601
Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute	499 U.S. 585 (1991)	468
Caron v. Caron	[1987] 1 S.C.R. 892	314, 361
Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)	[1996] 3 R.C.S. 84	269
Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)	[1996] 3 S.C.R. 84	269
Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	[2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41	237, 557, 589
Chamberlain v. Surrey School District No. 36	[2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86	259
Champagne v. Champagne	[2001] O.J. No. 2660 (QL)	413
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3	242, 518
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3	242, 518
Churchland v. Gore Mutual Insurance Co.	(2001), 92 B.C.L.R. (3d) 1, 2001 BCCA 470	443
Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier	[1989] R.J.Q. 550	695
City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. of Canada	(1906), 37 S.C.R. 232	527
Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.	(1963), 43 W.W.R. 355	163

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans).....	[1997] 1 R.C.S. 12	559
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans).....	[1997] 1 S.C.R. 12	559
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières).....	[2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37	261, 536
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369	324, 626, 893
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	324, 626, 893
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission).....	[2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37	261, 536
Compagnie nationale Air France c. Mbaye	[2000] R.J.Q. 717.....	217
Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée	[1990] R.J.Q. 2783.....	212
Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada	[1988] 3 C.F. 622	969
Coolidge v. New Hampshire.....	403 U.S. 443 (1971).....	649
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne).....	[1996] 3 R.C.S. 854	507, 906
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	507, 906
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1999] 2 R.C.S. 203	32, 846
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	32, 846
Corkum v. Corkum	(1988), 14 R.F.L. (3d) 275	327, 395
Corneau v. La Reine	[2001] R.J.Q. 2509	60
Cornish v. Accident Insurance Co.	(1889), 23 Q.B.D. 453	168
Corothers v. Slobodian.....	[1975] 2 S.C.R. 633	172
Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service.....	[1985] A.C. 374	602
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)...	[1991] 2 R.C.S. 5	507
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5	507
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	52

D

Dagg c. Canada (Ministre des Finances).....	[1997] 2 R.C.S. 403	79
Dagg v. Canada (Minister of Finance).....	[1997] 2 S.C.R. 403	79
Davidson v. British Columbia (Attorney-General).....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 269	805
Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.	(1998), 164 D.L.R. (4th) 257	153
Dixon v. British Columbia (Attorney General)	[1989] 4 W.W.R. 393	970, 930
Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.	(1990), 29 C.P.R. (3d) 481	112
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 R.C.S. 756	535, 554
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 S.C.R. 756	535, 554
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562	153
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570	507
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	258, 490, 506, 609, 763, 769
Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.	(1991), 57 B.C.L.R. (2d) 198	436
Drew Brown Ltd. v. Orient Trader (The).....	[1974] S.C.R. 1286	470

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Droit de la famille — 1404	[1991] R.J.Q. 1561	385
Droit de la famille — 1567	[1992] R.J.Q. 931	385
Droit de la famille — 1688	[1992] R.J.Q. 2797	385
Droit de la famille — 2249	[1995] R.J.Q. 2066	385
Droit de la famille — 2325	[1996] R.J.Q. 34	385
Droit de la famille — 2537	[1996] R.D.F. 735	385
D.V. v. J.A.F.	[2002] R.J.Q. 1309	385

E

E. H. Price Ltd. v. The Queen	[1983] 2 F.C. 841	115
E. (M ^{me}) c. Eve	[1986] 2 R.C.S. 388	759
E. (Mrs.) v. Eve	[1986] 2 S.C.R. 388	759
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	19, 935
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	19, 935
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	952
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	643
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	643
Entreprises H.L.P. inc. c. Logisco inc.	J.E. 93-1707	220

F

Fairfield v. Low	(1990), 71 O.R. (2d) 599	470
Fanjoy c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 233	290
Fanjoy v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 233	290
Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.	[2002] F.C.J. No. 1777 (QL), 2002 FCA 500	509
Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.	[2002] A.C.F. n ^o 1777 (QL), 2002 CAF 500	509
Fenton v. J. Thorley & Co.	[1903] A.C. 443	165
Fleming v. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	759
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	536
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	536
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	261
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports)	[1992] 1 R.C.S. 3	528
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port)	[1992] 1 S.C.R. 3	528
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	107

G

G. (L.) v. B. (G.)	[1995] 3 S.C.R. 370	329, 376
Gallucci (Syndic de)	J.E. 93-617	695
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	525
Giorno v. Pappas	(1999), 170 D.L.R. (4th) 160	152
Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.	1983 S.L.T. 241	165

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission).....	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	25, 525
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	25, 525
Godbout c. Longueuil (Ville).....	[1997] 3 R.C.S. 844	31
Godbout v. Longueuil (City).....	[1997] 3 S.C.R. 844	31
Gosselin c. Québec (Procureur général).....	[2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84	845
Gosselin v. Quebec (Attorney General).....	[2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84	845
Gould v. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 S.C.R. 571	515
Goulet c. Cie d'assurance-vie Transamerica du Canada	[2002] 1 R.C.S. 719, 2002 CSC 21	211
Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada.....	[2002] 1 S.C.R. 719, 2002 SCC 21	211
Grobstein c. A. Hollander and Son Ltd.	[1963] B.R. 440	679
Grobstein v. A. Hollander and Son Ltd.	[1963] Que. Q.B. 440	679
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 S.C.R. 423	471
Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.	[1994] R.J.Q. 1183.....	204
H		
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995	29, 931
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	931, 969
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	931, 969
Hébert c. Procureur général du Québec.....	[1966] B.R. 197	292
Hébert v. Procureur général du Québec.....	[1966] Que. Q.B. 197	292
Hémond c. Coopérative fédérée du Québec	[1989] 2 R.C.S. 962	138
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de).....	[2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90	463
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of).....	[2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90	463
Horsley v. MacLaren.....	[1972] S.C.R. 441	172
Housen v. Nikolaisen.....	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	174, 241, 653
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	155
Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée.....	[1989] 1 R.C.S. 426	471
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 426	471
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	640, 938, 979
I		
In re Preston.....	[1985] A.C. 835	608
Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le).....	[2002] A.C.F. n° 1699 (QL),	2002 CAF 479.....
Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor	(2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479	472
International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd. ..	[1994] R.J.Q. 2560.....	219
Irving Ungerman Ltd. v. Galanis	(1991), 4 O.R. (3d) 545	155
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927	851
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	851
Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500	[2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47	514, 556
Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500.....	[2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47	514, 556

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 282	623, 895
J		
Jadwani v. Canada (Attorney General).....	(2001), 52 O.R. (3d) 660	152
Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.	[1998] 3 F.C. 418	461
Johnson v. Attorney General of Alberta.....	[1954] S.C.R. 127	23
Johnson v. Mutual of Omaha Insurance Co.....	(1984), 45 O.R. (2d) 676	168
Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.....	(1990), 75 O.R. (2d) 609	151
Jory v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[1985] B.C.J. No. 320 (QL).....	232
K		
Katz v. Vancouver Stock Exchange	[1996] 3 S.C.R. 405	569, 624, 905
Khan v. St. Thomas Psychiatric Hospital	(1992), 7 O.R. (3d) 303	735
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture).....	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31	20
Koch (Re).....	(1997), 33 O.R. (3d) 485	759
KP Pacific Holdings Ltd. c. Cie d'assurance Guardian du Canada.....	[2003] 1 R.C.S. 433, 2003 CSC 25	445
KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada.....	[2003] 1 S.C.R. 433, 2003 SCC 25	445
L		
Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.	291 U.S. 491 (1934).....	164
Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie.....	[2000] R.J.Q. 1708.....	212
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles).....	[2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53	83
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	980
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	[2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53	83
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	980
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	19, 841
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	242, 529, 558, 610, 765, 796
Law Society of the Northwest Territories v. Jakubowski	[1995] L.S.D.D. No. 48 (QL)	254
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	19, 841
Leontowicz v. Seaboard Life Insurance Co.	(1984), 8 C.C.L.I. 290.....	164
Leopold v. Leopold.....	(2000), 12 R.F.L. (5th) 118.....	346, 387
Letang v. Cooper.....	[1964] 2 All E.R. 929.....	112
Leufkens v. Alba Tours International Inc.....	(2001), 53 O.R. (3d) 112	154
Libman c. Québec (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 569	938, 981
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	938, 981
Liteky v. United States.....	510 U.S. 540 (1994).....	902
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	850

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice).....	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	850

M

M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	949
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	108
MacBain v. Lederman	[1985] 1 F.C. 856	597
Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)	[2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71	78
Mackender v. Feldia A.G.	[1966] 3 All E.R. 847	469
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13	870
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)	[2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13	870
MacKinnon v. Canada	[2002] 4 C.T.C. 48, 2002 FCT 824	108
MacKinnon v. Prince Edward Island	(1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232	971
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110	460
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110	471
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.	(1996), 131 D.L.R. (4th) 471	466
Markus v. Nova Scotia Barristers' Society	(1989), 90 N.S.R. (2d) 156	254
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	646
McMaster University and McMaster University Faculty Assn.	(1990), 13 L.A.C. (4th) 199	599
Messier v. Delage	[1983] 2 S.C.R. 401	379
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	325, 375
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature) ..	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11	239, 261, 508, 557, 611, 795
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11	239, 262, 507, 558, 611, 795
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	463
Morrison v. Society of Lloyd's	(2000), 224 N.B.R. (2d) 1	466
Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.),	J.E. 94-1591	220
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)	[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41	237, 557, 589
Mousseau c. Société de gestion Paquin Itée	[1994] R.J.Q. 2004	212
Muldoon v. Canada	[1988] 3 F.C. 628	969
Munding v. Munding	(1968), 3 D.L.R. (3d) 338	405
Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats	[1978] 2 S.C.R. 1153	166
Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats	[1978] 2 R.C.S. 1153	166

N

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)...	[1990] 2 R.C.S. 1324	511, 554, 615
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	511, 554, 615
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commis- sioners of Public Utilities)	[1992] 1 R.C.S. 623	895
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commis- sioners of Public Utilities)	[1992] 1 S.C.R. 623	895

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	591
Noël c. Société d'énergie de la Baie James	[2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39	138
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh	[2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83	402
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh	[2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83	402
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1978] 2 S.C.R. 662	26
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	111
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	111
O		
Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier	[1985] 2 R.C.S. 164	618
Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier	[1985] 2 S.C.R. 164	618
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52	590, 895
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52	590, 895
O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	23
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170	603
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206	208
ONTARIO (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 206	208
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	27
P		
P. (D.) v. S. (C.)	[1993] 4 S.C.R. 141	849
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food	[1968] A.C. 997	553, 589
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	803, 830
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	803, 830
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	522, 555, 609
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba ..	[1991] 2 R.C.S. 869	261, 598
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869	261, 598
Peckham v. Ontario (Attorney-General)	(1994), 93 C.C.C. (3d) 443	797
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	314, 361
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	(1999), 131 C.C.C. (3d) 473	797
Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)	[1999] 3 R.C.S. 375	678, 711
Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)	[1999] 3 S.C.R. 375	678, 711
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	77, 239, 259, 510, 558, 609
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	77, 239, 259, 510, 558, 609
Poulin c. Serge Morency et Associés Inc.	[1999] 3 R.C.S. 351	697
Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.	[1976] C.A. 565	212
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	77, 235, 258, 490, 506, 552, 609, 763

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	77, 235, 258, 490, 506, 552, 609, 763

R

R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70	558, 980
R. v. B. (C.R.)	[1990] 1 S.C.R. 717	652
R. v. Belliveau	(1986), 75 N.B.R. (2d) 18	649
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	652
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	298
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	19, 930
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15	796, 819
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	643
R. v. Burlingham	[1995] 2 S.C.R. 206	663
R. v. Bush	(1888), 15 O.R. 398	861
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	655
R. v. Caucci	(1995), 43 C.R. (4th) 403	646
R. v. Chaisson	[1995] 2 S.C.R. 1118	53
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293	278
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	648
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	637
R. v. Cormier	(1999), 140 C.C.C. (3d) 87	57
R. v. Dankyi	(1993), 86 C.C.C. (3d) 368	54
R. v. Demedeiros	[1999] O.J. No. 1523 (QL)	56
R. v. Dinh	(2001), 42 C.R. (5th) 318	642
R. v. Dodd	(1999), 139 C.C.C. (3d) 2	57
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	661
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	652
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	647
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	638
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	851
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	654
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	660
R. v. Ferguson	(1995), 64 B.C.A.C. 211	56
R. v. Fitch	(1994), 47 B.C.A.C. 154	637
R. v. Fitt	(1995), 96 C.C.C. (3d) 341	649
R. v. Furtney	[1991] 3 S.C.R. 89	15
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	623, 875
R. v. Goncalves	[1993] 2 S.C.R. 3	652
R. v. Goulet	(1995), 97 C.C.C. (3d) 61	47
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	648
R. v. Greenbaum	[1993] 1 S.C.R. 674	906
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	652
R. v. Hanley	(1998), 228 A.R. 291	57
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	650
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	661
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	842
R. v. K. (B.)	[1995] 4 S.C.R. 186	292

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	935
R. v. Khan	[2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86	297
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	236, 807
R. v. Kitaitchik	(2002), 161 O.A.C. 169	664
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	649
R. v. Kouyas	(1994), 136 N.S.R. (2d) 195	649
R. v. Law	[2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10	642
R. v. Lévesque	[2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47	807
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	64
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	625, 897
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	51
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	637
R. v. Matwiy	(1996), 105 C.C.C. (3d) 251	57
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	652
R. v. Mercer	(1992), 70 C.C.C. (3d) 180	642
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	979
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	526
R. v. Morin	(1995), 37 C.R. (4th) 395	830
R. v. Nash-Levy	(1998), 207 N.B.R. (2d) 45	56
R. v. Nielsen	(1988), 43 C.C.C. (3d) 548	649
R. v. Noël	[2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67	224
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	849, 934
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	650
R. v. Osborne	(1996), 110 C.C.C. (3d) 161	56
R. v. Owen	[2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33	729, 777
R. v. Parks	(1993), 15 O.R. (3d) 324	626
R. v. Rhee	[2001] 3 S.C.R. 364, 2001 SCC 71	64
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	324, 626, 902
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	928, 979
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	593, 935
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	61, 655, 807
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	52
R. v. Sieben	[1987] 1 S.C.R. 295	661
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	655
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	664
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	236
R. v. Smith	(1995), 37 C.R. (4th) 360	56
R. v. Spindloe	(2001), 154 C.C.C. (3d) 8	649
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	236
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	652
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480	804, 830
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	660
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	793
R. v. Tarrant	(1981), 63 C.C.C. (2d) 385	291
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	651
R. v. Traverse	(1998), 126 C.C.C. (3d) 462	56
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	32
R. v. Warsing	[1998] 3 S.C.R. 579	805

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Wholesale Travel Group Inc.....	[1991] 3 S.C.R. 154.....	19
R. v. Williams.....	[1998] 1 S.C.R. 1128.....	626
R. v. Williston.....	(1999), 209 N.B.R. (2d) 270.....	57
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	652
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	640
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	796, 819
Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia.....	(1985), 24 D.L.R. (4th) 718.....	969
Re Law Society of Manitoba and Savino.....	(1983), 1 D.L.R. (4th) 285.....	261
Re The Initiative and Referendum Act.....	(1916), 27 Man. R. 1.....	29
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	861
Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	618
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.).....	[1991] 2 S.C.R. 525.....	603
Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta).....	(1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210.....	971
Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta).....	(1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1.....	971
Reference re Firearms Act (Can.).....	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31.....	22, 525
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	854
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	931, 968
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	594
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island.....	[1997] 3 S.C.R. 3.....	623, 868, 899, 952
Reference re Secession of Quebec.....	[1998] 2 S.C.R. 217.....	995
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	850
Reference re The Farm Products Marketing Act.....	[1957] S.C.R. 198.....	26
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act.....	[1949] S.C.R. 1.....	22
Régie de l'assurance-maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec.....	[1987] R.D.J. 555.....	219
Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch c. Construc- tions Méridien inc.	[1996] R.J.Q. 1236.....	219
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commis- sioners.....	[2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14.....	137, 150
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commis- sioners.....	[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14.....	137, 150
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252.....	164
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.).....	[1991] 2 R.C.S. 158.....	931, 968
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	850
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.).....	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31.....	22, 525
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	[1987] 1 R.C.S. 313.....	594
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1997] 3 R.C.S. 3.....	618, 868, 899, 952
Renvoi relatif à la sécession du Québec.....	[1998] 2 R.C.S. 217.....	995
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	618
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.).....	[1991] 2 R.C.S. 525.....	603
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	854
Richardson v. Richardson.....	[1987] 1 S.C.R. 857.....	314, 361

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	26
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	26
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	516, 593
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 311	464, 851
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	464, 851
Roberts v. Browning Ferris Industries Ltd.	(1998), 170 Nfld. & P.E.I.R. 228	153
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	553, 587
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	492, 507
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	23
Ross v. Canada	[2002] 2 C.T.C. 222, 2002 FCT 401	108
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	492, 507
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	23
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	650
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369	510
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 1 S.C.R. 369	510
Royce v. MacDonald (Municipality)	(1909), 12 W.L.R. 347	110
Russell v. Duke of Norfolk	[1949] 1 All E.R. 109	896
Russell v. The Queen	(1882), 7 App. Cas. 829	28
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	935

S

S. (J.R.) v. Glendinning	(2000), 191 D.L.R. (4th) 750	154
Santosuosso v. Santosuosso	(1997), 32 O.R. (3d) 143	334, 383
Sarabia v. "Oceanic Mindoro" (The)	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143	466
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	526
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	[2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68	937, 969
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	[2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68	937, 969
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	854, 952
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	935
Seapearl (Le) c. Seven Seas Corp.	[1983] 2 C.F. 161	466
Seapearl (The) v. Seven Seas Corp.	[1983] 2 F.C. 161	466
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	27
Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)	[2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48	514
Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)	[2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48	514
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 S.C.R. 382	614
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	899
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	899
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282	623, 895
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	507
Sloboda v. Continental Casualty Co.	[1938] 2 W.W.R. 237	163
Smith v. British Pacific Life Insurance Co.	[1965] S.C.R. 434	164
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	514, 552, 591
Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.	[1999] A.C.F. n° 1637 (QL)	511
Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.	(1999), 254 N.R. 266	511
Société Seagram France Distribution c. Société GE Massenez	Cass. civ. 2 ^e , 3 mai 2001, Rev. arb. 2001.4.805	213

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Société Seagram France Distribution v. Société GE Massenez	Cass. civ. 2 ^e , May 3, 2001, Rev. arb. 2001.4.805	213
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier	[1986] 1 R.C.S. 704	137, 150
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	137, 150
St-Jean v. Mercier	[2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15	626
Starson v. Swayze	[2003] 1 S.C.R. 722, 2003 SCC 32	806
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	241
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	241
Stuart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	106
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1 ...237, 557, 609	
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 ...237, 557, 609	
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	935
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	108
Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)	[1997] 1 R.C.S. 793	510, 561
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	512, 554, 614
T		
T. (I.) v. L. (L.) (1999),	46 O.R. (3d) 284	757
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	507
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	507
Texas v. Brown	460 U.S. 730 (1983)	649
The "Eleftheria"	[1969] 1 Lloyd's L.R. 237	454
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	[2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34	215
Therrien (Re)	[2001] 2 S.C.R. 3; 2001 SCC 35	873
Thibaudeau v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 627	317
Thompson v. Prudential Insurance Co. of America	66 S.E.2d 119 (1951)	170
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	19, 931
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	19, 931
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital	[1994] 1 S.C.R. 114	241
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance) c. Burnaby Hospital	[1994] 1 R.C.S. 114	241
Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)	(2001), 55 O.R. (3d) 737	514, 554
Toronto Corp. v. Bell Telephone Co. of Canada	[1905] A.C. 52	527
Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.	(1996), 28 O.R. (3d) 423	154
Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse	[1982] A.C. 679	466
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ...	[2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31	537
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	507
Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard	[1985] R.D.J. 556	219

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	77, 235, 258, 514, 590, 759, 795
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	507
Union internationale des employés des services, local n ^o 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 R.C.S. 382	614
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	261
United States v. Wilson	421 U.S. 309 (1975).....	294
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353	515
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ...	[2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31	537
University of British Columbia v. Berg	[1993] 2 S.C.R. 353	515
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	623, 867, 893
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	623, 867, 893
Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer.....	515 U.S. 528 (1995).....	468
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493	949
W		
Wagner v. International Ry. Co.....	133 N.E. 437 (1921)	172
Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.	(1987), 38 D.L.R. (4th) 760.....	151
Ward c. Canada (Procureur général).....	[2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17	525
Ward v. Canada (Attorney General)	[2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17	525
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929	137, 150, 210
Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'Énergie)	[1998] 1 R.C.S. 322	506
Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board).....	[1998] 1 S.C.R. 322	506
Whaling (Bankrupt), Re.....	(1998), 117 O.A.C. 51	694
Wilkinson v. Wilkinson.....	(1998), 43 R.F.L. (4th) 258.....	384
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada.....	[2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36	106
Williams v. Canada	[1992] 1 S.C.R. 877	121
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670	329, 374
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	792, 820
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	[1999] 2 S.C.R. 625	792, 820
Y		
Young Estate v. TransAlta Utilities Corp.....	(1997), 209 A.R. 89	153
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	849
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la per- sonne)	[1992] 2 R.C.S. 321	515
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission).....	[1992] 2 S.C.R. 321	516

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Access to Information Act</i> , R.S.C. 1985, c. A-1		<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64	
s. 19(1)	66	art. 1641	666
<i>Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters</i> , R.S.Q., c. S-32.01		art. 2639	175
s. 31	175	art. 2702	666
s. 34	175	art. 2703	666
s. 37	175	art. 2710	666
<i>Alberta Rules of Court</i> , Alta. Reg. 390/68		<i>Code of Civil Procedure</i> , R.S.Q., c. C-25	
Rule 129(1)	128	art. 946.4	175
		art. 946.5	175
C			
<i>Canada Elections Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-2		<i>Constitution Act, 1867</i>	
s. 24(2)	912	preamble	857
s. 24(3)	912	s. 91(27)	6
s. 28(2)	912	s. 92(13)	6
<i>Canadian Bill of Rights</i> , S.C. 1960, c. 44		s. 92(16)	6
s. 2(e)	884	<i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 37	175
s. 1	6, 835, 912	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 2(b)	6	s. 21(1)	223
s. 3	912	s. 672.54	779
s. 6	6	s. 672.73(1)	779
s. 7	6	s. 672.78	779
s. 8	631	s. 686(1)(a)(ii)	280
s. 11(d)	857	s. 686(1)(b)(iii)	280
s. 13	223	s. 743.6	41
s. 15(1)	6, 835	<i>Crown Liability and Proceedings Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-50	
s. 24(2)	631	s. 32	94
s. 32	631		
<i>Canadian Human Rights Act</i> , R.S.C. 1985, c. H-6		D	
s. 11	884	<i>Divorce Act</i> , R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)	
s. 27(2)	884	s. 9	303
s. 48.2(2)	884	s. 15.2	303
		s. 17	303
F			
		<i>Federal Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
		s. 50(1)	450

	PAGE		PAGE
G			
<i>Gaming Control Local Option (VLT) Act</i> , S.M. 1999, c. 44		<i>Labour Relations Code</i> , S.A. 1988, c. L-1.2, Div. 5	
s. 1 "plebiscite"	6	s. 38(1)	128
s. 1 "video lottery gaming"	6	s. 133	128
s. 3	6	s. 134	128
s. 16	6	<i>Limitation Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 266	
		s. 1 "action"	94
		s. 3(5)	94
H			
<i>Health Care Consent Act</i> , 1996, S.O. 1996, c. 2		M	
Sch. A	722	<i>Marine Liability Act</i> , S.C. 2001, c. 6	
		s. 46(1)	450
<i>Hospital Labour Disputes Arbitration Act</i> , R.S.O. 1990, c. H.14		P	
s. 6(5)	539	<i>Privacy Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-21	
I			
<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)		s. 3 "personal information" (b)	66
s. 248	666	s. 3 "personal information" (j)	66
<i>Insurance Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 200		<i>Public Service Employee Relations Act</i> , R.S.A. 1980, c. P-33	
s. 4(a)	445	s. 25	128
<i>Insurance Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 226		s. 61	128
s. 3(a)	433, 445	R	
s. 119	445	<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194	
J			
<i>Justice of the Peace Act</i> , R.S.A. 1980, c. J-3		r. 20.01	141
s. 2.4(8)	857	r. 21.01	141
<i>Justice Statutes Amendment Act</i> , 1998, S.A. 1998, c. 18	857	r. 21.02	141
L			
<i>Labour Relations Act</i> , R.S.O. 1990, c. L.2		T	
s. 45(1)	141	<i>Telecommunications Act</i> , S.C. 1993, c. 38	
		s. 43(5)	476
V			
		<i>Vital Statistics Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 479	
		s. 3(1)(b)	835
		s. 3(6)(b)	835
		s. 4(1)(a)	835

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		I	
<i>Alberta Rules of Court</i> , Alta. Reg. 390/68		<i>Insurance Act</i> , R.S.B.C. 1979, ch. 200	
art. 129(1).....	128	art. 4a).....	445
C		<i>Insurance Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 226	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		art. 3a).....	433, 445
art. 1.....	6, 835, 912	art. 119.....	433
art. 2b).....	6	J	
art. 3.....	912	<i>Justice of the Peace Act</i> , R.S.A. 1980, ch. J-3	
art. 6.....	6	art. 2.4(8).....	857
art. 7.....	6	<i>Justice Statutes Amendment Act</i> , 1998, S.A.	
art. 8.....	631	1998, ch. 18.....	857
art. 11d).....	857	L	
art. 13.....	223	<i>Labour Relations Code</i> , S.A. 1988, ch. L-1.2,	
art. 15(1).....	6, 835	sect. 5	
art. 24(2).....	631	art. 38(1).....	128
art. 32.....	631	art. 133.....	128
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		art. 134.....	128
art. 1641.....	666	<i>Limitation Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 266	
art. 2639.....	175	art. 1 « action ».....	94
art. 2702.....	666	art. 3(5).....	94
art. 2703.....	666	<i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> ,	
art. 2710.....	666	L.R.C. 1985, ch. H-6	
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 11.....	884
art. 21(1).....	223	art. 27(2).....	884
art. 672.54.....	779	art. 48.2(2).....	884
art. 672.73(1).....	779	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 672.78.....	779	préambule.....	857
art. 686(1)a)(ii).....	280	art. 91(27).....	6
art. 686(1)b)(iii).....	280	art. 92(13).....	6
art. 743.6.....	41	art. 92(16).....	6
<i>Code de procédure civile</i> , L.R.Q., ch. C-25		<i>Loi de 1996 sur le consentement aux soins de</i>	
art. 946.4.....	175	<i>santé</i> , L.O. 1996, ch. 2	
art. 946.5.....	175	ann. A.....	722
D			
<i>Déclaration canadienne des droits</i> , S.C. 1960,			
ch. 44			
art. 2e).....	884		

	PAGE		PAGE
<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.)		<i>Loi sur les relations de travail</i> , L.R.O. 1990, ch. L.2	
art. 248	666	art. 45(1).....	141
<i>Loi électorale du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. E-2		<i>Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs</i> , L.R.Q., ch. S-32.01	
art. 24(2).....	912	art. 31	175
art. 24(3).....	912	art. 34	175
art. 28(2).....	912	art. 37	175
<i>Loi sur l'accès à l'information</i> , L.R.C. 1985, ch. A-1		<i>Loi sur les télécommunications</i> , L.C. 1993, ch. 38	
art. 19(1).....	66	art. 43(5).....	476
<i>Loi sur la Cour fédérale</i> , L.R.C. 1985, ch. F-7			
art. 50(1).....	450	P	
<i>Loi sur la protection des renseignements personnels</i> , L.R.C. 1985, ch. P-21		<i>Public Service Employee Relations Act</i> , R.S.A. 1980, ch. P-33	
art. 3 « renseignements personnels » b).....	66	art. 25	128
art. 3 « renseignements personnels » j).....	66	art. 61	128
<i>Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux</i> , L.R.O. 1990, ch. H.14		R	
art. 6(5).....	539	<i>Règles de procédure civile</i> , R.R.O. 1990,	
<i>Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif</i> , L.R.C. 1985, ch. C-50		Règl. 194	
art. 32	94	règle 20.01.....	141
<i>Loi sur la responsabilité en matière maritime</i> , L.C. 2001, ch. 6		règle 21.01.....	141
art. 46(1).....	450	règle 21.02.....	141
<i>Loi sur le divorce</i> , L.R.C. 1985, ch. 3 (2 ^e suppl.)		V	
art. 9	303	<i>Vital Statistics Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 479	
art. 15.2	303	art. 3(1)b).....	835
art. 17	303	art. 3(6)b).....	835
<i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, ch. C-42		art. 4(1)a).....	835
art. 37	175		
<i>Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)</i> , L.M. 1999, ch. 44			
art. 1 « référendum ».....	6		
art. 1 « jeux de loterie vidéo »	6		
art. 3	6		
art. 16	6		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
<i>Alberta Hansard</i> , March 11, 1998, p. 811.	864
Antaki, Nabil N. <i>Le règlement amiable des litiges</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	204
Bachand, Frédéric. « Arbitrage commercial : Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres » (2001), 35 <i>R.J.T.</i> 465.	218
Bailey, Martha J. “ <i>Pelech, Caron, and Richardson</i> ” (1989-90), 3 <i>C.J.W.L.</i> 615.	327, 380
Bala, Nicholas, and Kirsten Chapman. “Separation Agreements & Contract Law: From the Trilogy to <i>Miglin</i> ”, in <i>Child & Spousal Support Revisited</i> , tab 1. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2002.	387
Bala, Nicholas. “Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: ‘A Deal is a Deal’” (1988), 13 <i>Queen’s L.J.</i> 1.	380
Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> (en vigueur le 1 ^{er} novembre 2000), règles 2.02(2), (3).	421
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	211
Belley, Jean-Guy. <i>Le contrat entre droit, économie et société : Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	390
Berg, Jessica W., et al. <i>Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice</i> , 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2001.	735
Black, Henry Campbell. <i>Black’s Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “cause of action”, “proceeding”.	110
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “relate”.	83
Blessing, Marc. “Arbitrability of Intellectual Property Disputes” (1996), 12 <i>Arb. Int’l</i> 191.	196
Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. <i>Droit de l’arbitrage de grief</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.	138
Bouscaren, C., R. Greenstein et A. Cordahi. <i>Les bases du droit anglais</i> . Paris : Ophrys, 1981.	112
Brierley, John E. C. « Chapitre XVIII de la convention d’arbitrage, articles 2638-2643 », dans <i>La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés</i> , t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l’Université Laval, 1993, 1067.	209
Brierley, John E. C. « La convention d’arbitrage en droit québécois interne », [1987] <i>C.P. du N.</i> 507.	209
Brierley, John E. C. « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d’arbitrage » (1987), 47 <i>R. du B.</i> 259.	212

Brisson, Jean-Maurice, et André Morel. « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 <i>R. du B. can.</i> 297.	694
Brown, Craig, and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.	437
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).	589
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.	208, 984
Cabrillac, Michel, et Christian Mouly. <i>Droit des sûretés</i> , 5 ^e éd. Paris : Litec, 1999.	686
Cairns, Alan C. "The Charter and the Constitution Act, 1982". In R. S. Blair and J. T. McLeod, eds., <i>The Canadian Political Tradition: Basic Readings</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1993, 62.	996
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VIII, 2 ^e sess., 28 ^e lég., 23 juin 1970, p. 8509.	999
Canada. Comité des dépenses électorales. <i>Rapport du Comité des dépenses électorales</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.	951, 985
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. <i>Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final</i> , vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.	983
Canada. Committee on Election Expenses. <i>Report of the Committee on Election Expenses</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.	951, 985
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VIII, 2nd Sess., 28th Parl., June 23, 1970, p. 8509.	999
Canada. Législature. <i>Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord</i> , 3 ^e sess., 8 ^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose & Lemieux, 1865.	995
Canada. Legislature. <i>Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces</i> , 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.	995
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. <i>Reforming Electoral Democracy: Final Report</i> , vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.	983
Caron, Yves. « L'article 9 du code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois », in Jacob S. Ziegel and William F. Foster, eds., <i>Aspects of Comparative Commercial Law : Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions</i> . Montreal : McGill University, 1969, 374.	707
Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).	121
Castelli, Mireille D. « Rapport de l'O.R.C.C. sur le nom et l'identité physique de la personne humaine » (1976), 17 <i>C. de D.</i> 373.	844
Ciotola, Pierre. <i>Droit des sûretés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	690
Cornu, Gérard. <i>Vocabulaire juridique</i> . Paris : Presses universitaires de France, 2000, « poursuite », « voie de droit ».	113
Courtney, John C. "Electoral Reform and Canada's Parties". In Henry Milner, ed., <i>Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System</i> . Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 91.	992
Cuming, Ronald C. C. "Article 9 North of 49°: The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code" (1996), 29 <i>Loy. L.A. L. Rev.</i> 971.	707

Deschamps, J. Michel. « La fiducie pour fins de garantie », dans <i>Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain</i> . Conférence Meredith. Montréal : Faculté de droit, Université McGill, 1997.....	696
Deschamps, J. Michel. "La fiducie pour fins de garantie", in <i>Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce</i> . Meredith Lectures. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1997.	696
de Smith, Stanley A. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.....	590
<i>Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues</i> , 2 ^e éd. Comité de rédaction : Paul-A. Crépeau et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.....	675
Doob, Anthony N., Patricia M. Baranek and Susan M. Addario. <i>Understanding Justices: A Study of Canadian Justices of the Peace</i> . Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1991.....	862
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	106, 493, 594
Dumont, Hélène. <i>Pénologie : Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences</i> . Montréal : Thémis, 1993.....	51
Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 <i>Can. Tax J.</i> 1.....	380
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.	268, 515, 557
Elliot, Robin. "Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term" (1991), 2 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> (2d) 83...	850
Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 143.....	212
Fouchard, P. E. Gaillard and B. Goldman. <i>Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration</i> , edited by E. Gaillard and J. Savage. The Hague : Kluwer Law International, 1999.....	213
Friedland, Martin L. <i>Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1965.	871
Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », [2003] <i>R. du B.</i> 271.	997
Goubau, Dominique. « La situation depuis la trilogie Pelech », dans <i>Droit de la famille québécois</i> , vol. 2. Farnham, Qué. : Publications CCH/FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour 2001).....	385
Goubau, Dominique. « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada » (1993), 72 <i>R. du B. can.</i> 279.	385
Grant, Stephen M. "The End of Finality" (1997), 27 <i>R.F.L.</i> (4th) 252.	387
Grantham, William. "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes" (1996), 14 <i>Berkeley J. Int'l L.</i> 173.....	196
Harvison Young, Alison. "Human Rights Tribunals and the Supreme Court of Canada: Reformulating Deference" (1993), 13 <i>Admin. L.R.</i> (2d) 206.	515
Hoffman, Brian F. <i>The Law of Consent to Treatment in Ontario</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.	735, 759
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. <i>Liability of the Crown</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.....	114
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.	979
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).....	528

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Ted Cook. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.....	106
Klinck, J. E. <i>Report of the Justice of the Peace Committee</i> . Alberta: Ministry of the Attorney General, 1986.....	962
Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> (effective November 1, 2000), rules 2.02(2), (3).....	421
LeDain, Gerald E. "Security Upon Moveable Property in the Province of Quebec" (1956), 2 <i>McGill L.J.</i> 77.....	706
Macdonald, Roderick A. "Change of Terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the <i>Civil Code of Quebec</i> Relating to Prior Claims and Hypothecs" (1992), 23 <i>R.G.D.</i> 357.....	708
Macdonald, Roderick A. "Modernization of Personal Property Law: A Quebec Perspective" (1985), 10 <i>Can. Bus. L.J.</i> 182.....	710
Macdonald, Roderick A. "On the Administration of Statutes" (1987), 12 <i>Queen's L.J.</i> 488.....	512
Macdonald, Roderick A. "The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec" (1991), 19 <i>Can. Bus. L.J.</i> 239.....	710
MacIvor, Heather. "A Brief Introduction to Electoral Reform". In Henry Milner, ed., <i>Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System</i> . Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 19.....	991
Macklin, Ruth. "Some Problems in Gaining Informed Consent from Psychiatric Patients" (1982), 31 <i>Emory L.J.</i> 345.....	735
Malaurie, Philippe, et Laurent Aynès. <i>Cours de droit civil</i> , t. IX, <i>Les sûretés : La publicité foncière</i> , 7 ^e éd. par Laurent Aynès. Paris : Cujas, 1995.....	685
Manitoba. Assemblée législative. <i>Journal des débats</i> , 5 ^e sess., 36 ^e lég., vol. XLIX, n ^o 57A, 8 juillet 1999, p. 4092.....	20
Manitoba. Commission de réforme du droit. <i>The Independence of Justices of the Peace and Magistrates</i> , Report No. 75. Winnipeg : Queen's Printer, 1991.....	862
Manitoba. Commission de régie du jeu. <i>Municipal VLT Plebiscite Review</i> . Winnipeg : La Commission, 1998.....	21
Manitoba. Gaming Control Commission. <i>Municipal VLT Plebiscite Review</i> . Winnipeg: The Commission, 1998.....	21
Manitoba. Law Reform Commission. <i>The Independence of Justices of the Peace and Magistrates</i> , Report No. 75. Winnipeg: Queen's Printer, 1991.....	862
Manitoba. Legislative Assembly. <i>Debates and Proceedings</i> , 5th Sess., 36th Leg., vol. XLIX, No. 57A, July 8, 1999, p. 4092.....	20
Manitoba Lottery Policy Review. <i>Working Group Report</i> . Winnipeg: The Manitoba Lottery Policy Review Working Group, 1995.....	21
Manson, Allan. "Judges and Parole Eligibility: Section 741.2" (1995), 37 <i>C.R.</i> (4th) 381.....	51
Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 135.....	408
Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. <i>Leçons de droit civil</i> , t. III, vol. 1, <i>Sûretés : Publicité foncière</i> , 7 ^e éd. par Yves Picod. Paris : Montchrestien, 1999.....	685
McLachlin, Beverley. "Spousal Support: Is It Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?" (1990), 9 <i>Can. J. Fam. L.</i> 131.....	328, 380

McLeod, James G. Annotation to <i>B. (G.) v. G. (L.)</i> (1995), 15 R.F.L. (4th) 216.....	406
McLeod, James G. Annotation to <i>Leopold v. Leopold</i> (2000), 12 R.F.L. (5th) 120.	389
McRuer, James Chalmers. <i>Royal Commission Inquiry Into Civil Rights</i> , Report No. 1, vol. 2, c. 38. Toronto: Queen's Printer, 1968.	862
Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1" in Gérald-A. Beaudoin and Errol P. Mendes, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1996, 3-1.	850
Mendes, Errol P. « The Crucible of the <i>Charter</i> : Judicial Principle v. Judicial Deference in the Context of Section 1 » dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 99.	850
Menear, Mike. " <i>Miglin v. Miglin</i> — Judicial Assault on Individual Liberty" (2002), 20 <i>C.F.L.Q.</i> 119.....	404
Mewett, Alan W. <i>Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1981.	862
Michell, M. Paul. "Forum Selection Clauses and Fundamental Breach: <i>Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune</i> " (2002), 36 <i>Can. Bus. L.J.</i> 453.....	464
Miller, Christopher J. <i>Contempt of Court</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.....	294
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	238
Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"" (1994), 44 <i>U.T.L.J.</i> 97.	408
Noyes, H. Pierre, and Scott Starson. "Discrete Anti-Gravity". Department of Energy, Stanford University, SLAC-PUB-5429. California: Stanford University, 1991.	754
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats</i> , n ^o 218, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 25 août 1997, p. 11462, 11464.....	579
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats</i> , n ^o R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577.....	579
Ontario. Department of Labour, Research Branch. "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", report prepared by Keith McLeod, November 1970.....	576
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.	575
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.	576
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.....	576
Ontario. <i>Official Report of Debates</i> , No. 218, 1st Sess., 36th Parl., August 25, 1997, pp. 11462, 11464.....	579
Ontario. <i>Official Report of Debates</i> , No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, p. R-2577.....	580
Ontario. <i>Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees</i> . Toronto: The Commission, 1964.....	573
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.	652
Payette, Louis. « Des priorités et des hypothèques », dans <i>La réforme du Code civil</i> , vol. 3, <i>Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 9.....	705

Payette, Louis. <i>Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.....	680, 696
Payette, Louis. "Prior Claims and Hypothecs", in <i>Reform of the Civil Code</i> , vol. 4 B, <i>Prior Claims and Hypothecs, Reform of Security, Publication of Rights</i> . Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993, 1.	705
Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. <i>Canadian Family Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.....	384
Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. <i>Dealing with Family Law: A Canadian Guide</i> . Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1993.....	346, 407
Peel, Edwin. "Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws", [1998] <i>L.M.C.L.Q.</i> 182.....	463
Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.....	589
<i>Petit Larousse</i> , 2003. Paris : Larousse, 2003, « poursuite ».	113
Pratte, Denise. <i>Priorités et hypothèques</i> . Sherbrooke, Qué. : Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995.....	696
Québec. Assemblée nationale. <i>Index du Journal des débats — Participants</i> , 2 ^e sess., 35 ^e lég., <i>Commission permanente des institutions</i> , 19 mars 1998, n ^o 110, p. 1-17.	711
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , 1 ^{re} sess., 34 ^e lég., 18 décembre 1990, n ^o 97, p. 6568-6569.....	708
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , 1 ^{re} sess., 34 ^e lég., 12 décembre 1991, n ^o 35, p. SCI-1412.	708
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. I, <i>Draft Civil Code</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978.....	708
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. II, t. 1, <i>Commentaries</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978.	687
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec</i> , t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.....	710
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.	708
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. II, t. 1, <i>Commentaires</i> . Québec : Éditeur officiel, 1978.	687
Racine, Jean-Baptiste. <i>L'arbitrage commercial international et l'ordre public</i> , t. 309. Paris : L.G.D.J., 1999.....	213
Reid, Hubert. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 2 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.	676
Reid, Hubert. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, « relatif ».....	83
Reid, Hubert. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 2 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « poursuite ».	113
Rendall, James A. Annotation to <i>Briggs v. B.C.A.A. Insurance Co.</i> (1990), 40 C.C.L.I. 282.	436
Rendall, James A. "Case Comment: <i>Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.</i> : A Revisitation" (1995), 28 C.C.L.I. (2d) 220.	443

Reynolds, F. M. B. <i>Bowstead and Reynolds on Agency</i> , 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.....	119
Rhéaume, Maxime B. « Le gage des valeurs mobilières par un particulier » (1995), 98 <i>R. du N.</i> 90.....	696
Roth, Loren H., Alan Meisel and Charles W. Lidz. “Tests of Competency to Consent to Treatment” (1977), 134 <i>Am. J. Psychiatry</i> 279.....	762
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.....	216
Ryder, Bruce. “Family Status, Sexuality and ‘The Province of the Judiciary’: The Implications of <i>Mossop v. A.-G. Canada</i> ” (1993), 13 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 3.....	515
Ryder, Bruce. « Le statut familial, la sexualité et le “domaine de la magistrature”, les suites de <i>Mossop c. l’A.-G. du Canada</i> » (1993), 13 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 3.....	515
Schnader, William A. “A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code” (1967), 22 <i>U. Miami L. Rev.</i> 1.....	707
Sgayias, David, et al. <i>The Annotated Crown Liability and Proceedings Act 1995</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.....	114
Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. “Contracting Spousal Support: Thinking Through <i>Miglin</i> ” (2003), 21 <i>C.F.L.Q.</i> 49.....	338, 406
Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. “Separation Agreements Post- <i>Moge, Willick</i> and <i>L.G. v. G.B.</i> : A New Trilogy?” (1999), 16 <i>Can. J. Fam. L.</i> 51.....	378
Simler, Philippe, et Philippe Delebecque. <i>Droit civil : Les sûretés — La publicité foncière</i> , 2 ^e éd. Paris : Dalloz, 1995.....	686
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.....	650
Stager, David A. A., and Harry W. Arthurs. <i>Lawyers in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1990.....	263
Stotland, Gerald, and Margo R. Siminovitch. “Renunciation to Spousal Support — The Great Escape” (1996), 14 <i>C.F.L.Q.</i> 159.....	407
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations : actes et responsabilités</i> , 6 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1997.....	701
Tetley, William. <i>Marine Cargo Claims</i> , 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988.....	458
Thuilleaux, Sabine. <i>L’arbitrage commercial au Québec : droit interne — droit international privé</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.....	204
Walsh, Catherine. “Registration, Constructive Notice, and the Rule in <i>Dearle v. Hall</i> — Judicial Reform in Nova Scotia: <i>Martin v. Shubenacadie</i> ” (1997), 12 <i>B.F.L.R.</i> 129.....	713
Weisstub, David N. <i>Enquête sur la capacité mentale : Rapport final</i> . Toronto : Imprimeur de la Reine pour l’Ontario, 1990.....	733, 760
Weisstub, David N. <i>Enquiry on Mental Competency: Final Report</i> . Toronto: Queen’s Printer for Ontario, 1990.....	733, 760
White, James J., and Robert S. Summers. <i>Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code</i> , 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1980.....	707
White, James J., and Robert S. Summers. <i>Uniform Commercial Code</i> , 4th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.....	715
Young, Alison Harvison. “The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada” (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 749.....	329

Darrell Wayne Trociuk *Appellant*

v.

**Attorney General of British Columbia,
Director of Vital Statistics and Reni
Ernst** *Respondents*

**INDEXED AS: TROCIUK v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2003 SCC 34.

File No.: 28726.

2002: December 4; 2003: June 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Vital statistics — Birth registration — Vital Statistics Act providing mother with absolute discretion to “unacknowledge” biological father on birth registration forms and not to include surname of father in child’s surname — Whether provisions infringe equality rights of fathers — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479, ss. 3(1)(b), 3(6)(b), 4(1)(a).

The appellant and the respondent, Ernst, are the estranged father and mother of triplets. The mother filled out and submitted the statement of live birth on her own, and marked the father as “unacknowledged by the mother”. She alone chose and registered the children’s surname, pursuant to ss. 3(1)(b) and 4(1)(a) of the British Columbia *Vital Statistics Act*. Under s. 3(6)(b) of the Act, the father is precluded from having the registration altered. The Director of Vital Statistics accordingly refused both of the father’s requests to have the birth registration forms amended to include his particulars. The British Columbia Supreme Court dismissed the father’s request for a declaration that the legislation violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld that decision.

Darrell Wayne Trociuk *Appelant*

c.

**Procureur général de la Colombie-
Britannique, Directeur des statistiques
de l’état civil et Reni Ernst** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : TROCIUK c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2003 CSC 34.

N^o du greffe : 28726.

2002 : 4 décembre; 2003 : 6 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel et Deschamps.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — État civil — Déclaration de naissance — Loi sur les statistiques de l’état civil donnant à la mère le droit absolu de ne pas reconnaître le père biologique dans les déclarations de naissance et de ne pas inclure le nom de famille du père dans le nom de famille de l’enfant — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits des pères à l’égalité? — Si tel est le cas, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, ch. 479, art. 3(1)(b), 3(6)(b), 4(1)(a).

L’appelant et l’intimée Ernst sont les parents de triplets et sont séparés. La mère a rempli et présenté elle-même la déclaration de naissance vivante sur laquelle elle a inscrit le père comme « non reconnu par la mère ». Elle a choisi et enregistré seule le nom de famille des enfants, conformément aux al. 3(1)(b) et 4(1)(a) de la *Vital Statistics Act* de la Colombie-Britannique. L’alinéa 3(6)(b) de la Loi interdit au père de faire modifier l’enregistrement. Le directeur des statistiques de l’état civil a donc refusé les demandes du père de modifier les déclarations de naissance et d’inscrire les renseignements permettant de l’identifier. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de jugement déclarant que la loi contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel, à la majorité, a confirmé la décision.

Held: The appeal should be allowed. Sections 3(1)(b) and 3(6)(b) of the *Vital Statistics Act* are unconstitutional. The declaration of invalidity will be suspended for a period of 12 months.

Sections 3(1)(b) and 3(6)(b) of the Act violate s. 15(1) of the *Charter* because they constitute discrimination on the basis of sex. The impugned provisions explicitly draw a distinction on an enumerated ground, and the claimant was subject to differential treatment on the basis of that ground. On the basis of his sex, the impugned provisions expose the father to the possible arbitrary exclusion of his particulars from his children's birth registration and, consequently, of his participation in choosing their surname. Moreover, having been so exposed, the father is provided no recourse. The impugned distinctions affect significant interests and do so in a way that the reasonable claimant in the appellant's circumstances would perceive as harmful to his dignity. A birth registration is not only an instrument of prompt recording. It evidences the biological ties between parent and child, and including one's particulars on the registration is a means of affirming these ties. Contribution to the process of determining a child's surname is another significant mode of participation in the life of a child. For many in our society, the act of naming a child holds great significance, is often the occasion for celebration and symbolizes familial bonds across generations. Arbitrary exclusion from these means of participation negatively affects an interest that is significant to a father. It is the possibility of his arbitrary and absolute exclusion from the birth registration and the process of naming that gives rise to the reasonable father's perception that his dignity has been infringed. The fact that the impugned provisions permit a mother to "unacknowledge" for good reasons, for example where pregnancy results from rape or incest, does not justify arbitrarily exposing a father, without recourse, to the possible disadvantages that flow from an unacknowledgment that protects neither her legitimate interests nor the best interests of the child.

The impugned provisions are not saved under s. 1 of the *Charter*. While the Act's objective — namely, the accurate and prompt recording of births — is sufficiently important to warrant overriding *Charter* rights and the legislation is rationally connected to that legislative objective, the impugned provisions do not impair the rights of fathers as little as reasonably possible. The risks of mothers falsifying records from fear of the potential negative effects consequent on applications by fathers who have been justifiably unacknowledged can

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les alinéas 3(1)(b) et 3(6)(b) de la *Vital Statistics Act* sont inconstitutionnels. La déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue pour une période de 12 mois.

Les alinéas 3(1)(b) et 3(6)(b) de la Loi créent une discrimination fondée sur le sexe et contreviennent donc au par. 15(1) de la *Charte*. Les dispositions contestées font expressément une distinction fondée sur un motif énuméré et le demandeur a subi un traitement différent en raison de ce motif. Suivant ces dispositions, les renseignements concernant l'identité du père peuvent être exclus arbitrairement de la déclaration de naissance de ses enfants et ce, en raison de son sexe. En conséquence, il ne peut participer au choix de leur nom de famille. De plus, le père n'a aucun recours contre l'effet de ces dispositions. Les distinctions contestées ont une incidence sur des intérêts importants, et ce, d'une manière qui pourrait être perçue comme une atteinte à sa dignité par un demandeur raisonnable se trouvant dans la même situation que l'appelant. La déclaration de naissance n'est pas seulement une façon d'assurer l'enregistrement rapide des naissances. Elle témoigne des liens biologiques entre le parent et son enfant, et l'inscription de l'identité des parents dans la déclaration est un moyen d'affirmer ces liens. La contribution au choix du nom de famille est un autre important moyen de participer à la vie d'un enfant de façon significative. Pour beaucoup dans notre société, le fait de donner un nom à un enfant revêt une importance considérable, est souvent l'occasion de réjouissances et symbolise le lien familial qui unit les générations. L'exclusion arbitraire de tels modes de participation porte atteinte à un intérêt important pour un père. C'est la possibilité d'être arbitrairement et absolument exclu de la déclaration de naissance et du processus menant au choix du nom qui fait naître chez le père raisonnable le sentiment d'être atteint dans sa dignité. Le fait que les dispositions contestées permettent à la mère de ne pas reconnaître le père pour des motifs valables, par exemple quand la grossesse résulte d'un viol ou de l'inceste, ne justifie pas d'exposer arbitrairement le père, sans recours, aux désavantages pouvant découler du refus de reconnaissance dont le but n'est pas de protéger les intérêts légitimes de la mère ou l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Quoique l'objectif de la loi — l'enregistrement précis et rapide des naissances — soit suffisamment important pour justifier la violation de droits protégés par la *Charte* et que la loi ait un lien rationnel avec l'objectif visé par le législateur, les dispositions contestées ne restreignent pas les droits des pères aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire. Le risque que des mères falsifient des inscriptions, par crainte des effets négatifs découlant de demandes

be essentially eliminated through means that do not negatively affect unjustifiably unacknowledged fathers' interests. Moreover, the legislature itself has chosen means that are less impairing of the father's rights by enacting amendments to the impugned provisions, which provide that the Director of Vital Statistics must include a father's particulars on his child's registration of birth, if the application is accompanied by a paternity order. These amendments demonstrate that the legislature could have chosen less drastic means than it did in the original legislation.

Cases Cited

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 13(1)(c), (2)(a).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Health Planning Statutes Amendment Act, S.B.C. 2002, c. 15, s. 23.
Name Act, R.S.B.C. 1996, c. 328, s. 4(3), (4).
Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479, ss. 3(1)(b), (d), 3(6)(b), (d), 3(6.1), 4(1)(a).

Authors Cited

Castelli, Mireille D. "Rapport de l'O.R.C.C. sur le nom et l'identité physique de la personne humaine" (1976), 17 *C. de D.* 373.
 Elliot, Robin. "Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term" (1991), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83.

faites par des pères qui n'ont pas été reconnus pour des raisons justifiables, peut essentiellement être éliminé par des moyens qui ne portent pas atteinte aux droits des pères qui sont injustement exclus. De plus, le législateur lui-même a choisi des moyens qui portent moins atteinte aux droits du père en modifiant les dispositions contestées pour prévoir que le directeur des statistiques de l'état civil doit inscrire les renseignements concernant l'identité du père sur la déclaration de naissance de son enfant si la demande est accompagnée d'une ordonnance de déclaration de paternité. Ces modifications démontrent que le législateur pouvait choisir des moyens moins draconiens que ceux de la loi initiale.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 13(1)c), (2)a).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).
Health Planning Statutes Amendment Act, S.B.C. 2002, ch. 15, art. 23.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Name Act, R.S.B.C. 1996, ch. 328, art. 4(3), (4).
Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, ch. 479, art. 3(1)b), d), 3(6)b), d), 3(6.1), 4(1)a).

Doctrine citée

Castelli, Mireille D. « Rapport de l'O.R.C.C. sur le nom et l'identité physique de la personne humaine » (1976), 17 *C. de D.* 373.
 Elliot, Robin. « Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83.

Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1", in Gérald-A. Beaudoin and Errol P. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1996, 3-1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 90 B.C.L.R. (3d) 1, 152 B.C.A.C. 243, 200 D.L.R. (4th) 685, 18 R.F.L. (5th) 172, 83 C.R.R. (2d) 74, [2001] 7 W.W.R. 415, [2001] B.C.J. No. 1052 (QL), 2001 BCCA 368, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 389, 47 R.F.L. (4th) 79, 64 C.R.R. (2d) 323, [1999] B.C.J. No. 1146 (QL). Appeal allowed.

Dairn O. Shane, for the appellant.

Jeffrey M. Loenen, for the respondents the Attorney General of British Columbia and the Director of Vital Statistics.

Martin O. Screech, for the respondent Reni Ernst.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. —

I. Introduction

1 Can legislation validly permit the arbitrary exclusion of a father's particulars from his children's birth registrations and, as a result, preclude him from participating in the choice of their surname?

2 Mr. Darrell Wayne Trociuk and Ms. Reni Ernst are the parents of triplets born on January 29, 1996. The mother filled out and submitted the statement of live birth on her own, and marked the father as "unacknowledged by the mother". She alone chose and registered the children's surname. She acted in accordance with ss. 3(1)(b) and 4(1)(a) of the *Vital Statistics Act*, R.S.B.C. 1996, c. 479 (the "Act"). Section 3(1)(b) provides that:

3 (1) Within 30 days after the birth of a child in British Columbia,

Mendes, Errol P. « The Crucible of the *Charter* : Judicial Principle v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 99.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 90 B.C.L.R. (3d) 1, 152 B.C.A.C. 243, 200 D.L.R. (4th) 685, 18 R.F.L. (5th) 172, 83 C.R.R. (2d) 74, [2001] 7 W.W.R. 415, [2001] B.C.J. No. 1052 (QL), 2001 BCCA 368, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 389, 47 R.F.L. (4th) 79, 64 C.R.R. (2d) 323, [1999] B.C.J. No. 1146 (QL). Pourvoi accueilli.

Dairn O. Shane, pour l'appelant.

Jeffrey M. Loenen, pour les intimés le procureur général de la Colombie-Britannique et le Directeur des statistiques de l'état civil.

Martin O. Screech, pour l'intimée Reni Ernst.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

I. Introduction

Une loi peut-elle valablement permettre d'exclure arbitrairement de la déclaration de naissance de ses enfants les renseignements concernant l'identité d'un père et, par conséquent, l'empêcher de participer au choix de leur nom de famille?

M. Darrell Wayne Trociuk et M^{me} Reni Ernst sont les parents de triplets nés le 29 janvier 1996. La mère a rempli et présenté elle-même la déclaration de naissance vivante sur laquelle elle a inscrit que le père était [TRADUCTION] « non reconnu par la mère ». Elle a choisi et enregistré seule le nom de famille des enfants. Elle agissait conformément aux al. 3(1)b) et 4(1)a) du *Vital Statistics Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 479 (la « Loi »). L'alinéa 3(1)b) prévoit :

[TRADUCTION]

3 (1) Dans les 30 jours qui suivent la naissance d'un enfant en Colombie-Britannique,

(b) the child's mother, if the father is incapable or is unacknowledged by or unknown to the mother,

b) la mère de l'enfant doit, si le père est incapable ou si elle ne reconnaît pas ou ne connaît pas le père,

must complete and deliver to the district registrar a statement in the form required by the director respecting the birth.

remplir et délivrer au registraire de district une déclaration dans la forme prescrite par le directeur.

Section 4(1)(a) provides that:

et l'alinéa 4(1)a) dispose :

[TRANSLATION]

4 (1) The surname of a child must be registered as follows:

4 (1) Le nom de famille de l'enfant doit être enregistré comme suit :

(a) if only one parent completes the statement under section 3, the surname must be the one chosen by that parent;

a) si un seul des deux parents remplit la déclaration visée à l'article 3, le nom de famille doit être choisi par ce parent.

Section 3(6)(b) of the Act precludes the father from altering the registration. It provides that:

Le paragraphe 3(6)(b) de la Loi interdit au père de faire modifier l'enregistrement :

[TRANSLATION]

3...

3...

(6) If a statement completed by only one parent of the child or by a person who is not the child's parent is registered, the director must alter the registration of birth on application of any of the following persons:

(6) Si une déclaration remplie par le père ou la mère de l'enfant ou par une personne qui n'est ni le père ni la mère de l'enfant est enregistrée, le directeur peut modifier l'enregistrement de la naissance sur demande de l'une ou l'autre des personnes suivantes :

(b) the child's mother, if the father is incapable or is unacknowledged by or unknown to the mother;

b) la mère de l'enfant si le père est incapable ou si elle ne reconnaît pas ou ne connaît pas le père;

The father and mother became estranged. On April 2, 1997, the father obtained court-ordered supervised access. On May 15, 1997, the court ordered that the mother have interim custody and child support and that paternity testing be undertaken. On September 5, 1997, the court recognized Mr. Trociuk as the father. In that and subsequent hearings, the chambers judge declined to amend the birth registration forms to include the father's particulars and to change the surnames of the triplets. The father twice requested that the Director of Vital Statistics amend the birth registration forms to include his particulars. Both requests were refused.

Le père et la mère se sont séparés. Le 2 avril 1997, le père obtient une ordonnance de droits d'accès supervisés. Le 15 mai 1997, la cour accorde à la mère la garde intérimaire et une pension alimentaire pour les enfants. La cour ordonne aussi au père de se soumettre à un test de paternité. Le 5 septembre 1997, la cour reconnaît la paternité de M. Trociuk. À cette audience et aux audiences suivantes, le juge en chambre refuse de modifier les déclarations de naissance pour y ajouter les renseignements concernant l'identité du père. Il refuse aussi de changer le nom de famille des triplets. Le père demande à deux reprises au directeur des statistiques de l'état civil de modifier les déclarations de naissance et d'inscrire les renseignements permettant de l'identifier. Ses demandes sont refusées.

5 The father petitioned for mandamus orders compelling the Director of Vital Statistics to register him on the birth registration forms and to change the names of the children from “Ernst” to “Ernst-Trociuk”. He also asked the court to exercise its *parens patriae* jurisdiction to order that the children bear the hyphenated name. Finally, the father asked for a declaration that s. 3(1) of the Act discriminates on the basis of sex and violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

6 In a decision released May 17, 1999, Collver J. dismissed the petition for mandamus, the request that the court exercise its *parens patriae* jurisdiction, and the *Charter* claim (*T. (D.W.) v. British Columbia (Attorney General)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 389). Collver J. did not directly address the question of whether the impugned legislation breached s. 15(1), finding instead that if there were such a breach, the legislation would be saved under s. 1. Mr. Trociuk appealed. In concurring reasons released May 23, 2001, Southin and Newbury J.J.A. wrote to dismiss. They also rejected arguments supporting Mr. Trociuk’s position put forward by an *amicus curiae* who represented the children (*T. (D.W.) v. British Columbia (Attorney General)* (2001), 90 B.C.L.R. (3d) 1). Prowse J.A. dissented with respect to the s. 15(1) claim. She would have found that there was a violation and that it was not saved under s. 1.

II. Analysis

7 The only points in issue before this Court are whether ss. 3(1)(b) and 3(6)(b) of the Act violate s. 15(1) of the *Charter* because they constitute discrimination on the basis of sex and if so, whether the impugned provisions are saved under s. 1. While the impugned legislation necessarily touches a variety of interests, including the best interests of children, these are to be addressed in the present case within the parameters of the ss. 15(1) and 1 analyses.

A. *Section 15(1) and the Law Test*

8 Section 15(1) provides that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right

Le père demande par requête des ordonnances de *mandamus* enjoignant au directeur des statistiques de l’état civil d’inscrire son nom sur les déclarations de naissance et de modifier le nom de famille des enfants de « Ernst » à « Ernst-Trociuk ». Il demande aussi à la cour d’exercer sa compétence *parens patriae* et d’ordonner que les enfants portent ce nom composé. Finalement, le père demande un jugement déclarant que le par. 3(1) de la Loi est discriminatoire en fonction du sexe et contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans une décision rendue le 17 mai 1999, le juge Collver rejette la requête en *mandamus*, la demande d’exercice de la compétence *parens patriae* et la demande fondée sur la *Charte* (*T. (D.W.) c. British Columbia (Attorney General)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 389). Le juge Collver ne traite pas directement de la question de savoir si la Loi contrevient au par. 15(1), mais conclut que, si elle y contrevenait, elle serait justifiée au regard de l’article premier. M. Trociuk se pourvoit. Dans des motifs distincts rendus le 23 mai 2001, les juges Southin et Newbury rejettent son appel. Elles rejettent aussi les arguments avancés à l’appui de la position de M. Trociuk par un *amicus curiae* représentant les enfants (*T. (D.W.) c. British Columbia (Attorney General)* (2001), 90 B.C.L.R. (3d) 1). La juge Prowse est dissidente sur la question du par. 15(1). Elle estime que la Loi y contrevient et qu’elle n’est pas justifiée au regard de l’article premier.

II. Analyse

Les seules questions en litige devant la Cour sont de savoir si les al. 3(1)(b) et 3(6)(b) de la Loi discriminent en fonction du sexe, contrevenant ainsi au par. 15(1) de la *Charte* et, dans l’affirmative, si les dispositions contestées sont justifiées au regard de l’article premier. Bien que les dispositions affectent nécessairement des intérêts divers, notamment l’intérêt supérieur des enfants, ces intérêts devront, en l’espèce, être examinés dans le cadre des analyses relatives au par. 15(1) et à l’article premier.

A. *Le paragraphe 15(1) et le test de l’arrêt Law*

Le paragraphe 15(1) dispose : « La loi ne fait acception de personne et s’applique également à

to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

Applications of s. 15(1) are now guided by the test set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. In the present case, the first two elements of that test are clearly satisfied. The impugned provisions explicitly draw a distinction on an enumerated ground, and the claimant was subject to differential treatment on the basis of that ground (para. 39).

Sections 3(1)(b) and 3(6)(b) of the Act distinguish between mothers and fathers. This distinction is drawn on the basis of sex as only women can be mothers and men fathers. The distinction gives rise to differential treatment as fathers are disadvantaged by comparison to mothers. When unacknowledged by the mother, fathers are disadvantaged with respect to their ability to have their particulars included on the birth registration and to participate in determining their children’s surname.

First, taken together, the impugned provisions allow the permanent exclusion of a father’s particulars from the birth registration if a mother, for any or no reason, chooses to “unacknowledge” (list on the birth registration as “unacknowledged”) him. If a mother under s. 3(1)(b) so chooses and registers the birth without his particulars, s. 3(6)(b) precludes the father from altering the registration.

Second, ss. 3(1)(b) and 4(1)(a) of the Act permit a mother to unacknowledge a father for any or no reason and thereby to exclude him from the process of determining the surname of his children. After the initial decision to unacknowledge, neither the Act nor the *Name Act*, R.S.B.C. 1996, c. 328, provides the father any recourse. Under the latter legislation, even if he were the custodial parent, he would require the mother’s consent to change the surname (s. 4(3) and (4)).

tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

L’application du par. 15(1) est maintenant régie par le test établi dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. En l’espèce, les deux premières étapes du test sont clairement franchies. Les dispositions contestées font expressément une distinction fondée sur un motif énuméré et le demandeur a subi un traitement différent en raison de ce motif (par. 39).

Les alinéas 3(1)b) et 3(6)b) de la Loi font une distinction entre les pères et les mères. Cette distinction est fondée sur le sexe car seules les femmes peuvent être mères et seuls les hommes peuvent être pères. Cette distinction entraîne une différence de traitement car les pères sont désavantagés par rapport aux mères. Ils sont désavantagés en ce que, lorsqu’ils ne sont pas reconnus par la mère, ils ne peuvent être identifiés dans la déclaration de naissance et ne peuvent participer au choix du nom de famille de leurs enfants.

Premièrement, interprétées ensemble, les dispositions contestées permettent d’exclure de façon permanente les renseignements concernant l’identité du père de la déclaration de naissance, si la mère, avec ou sans motif, choisit de ne pas le reconnaître (en l’inscrivant comme « non reconnu »). Si la mère choisit de ne pas le reconnaître aux termes de l’al. 3(1)b) et enregistre la naissance sans identifier le père, l’al. 3(6)b) empêche alors le père de faire modifier l’enregistrement.

Deuxièmement, les al. 3(1)b) et 4(1)a) de la Loi permettent à la mère de ne pas reconnaître le père, avec ou sans motif, et donc de l’exclure du choix du nom de famille de ses enfants. Après la décision initiale de ne pas le reconnaître, ni la Loi, ni le *Name Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 328, ne prévoient de recours pour le père. En vertu du *Name Act*, le père, même s’il a la garde des enfants, ne peut changer leur nom de famille qu’avec le consentement de la mère (par. 4(3) et (4)).

9

10

11

12

13 The foregoing discussion leads to the conclusion that the impugned provisions draw an explicit distinction on the enumerated ground of sex and that this distinction gives rise to differential treatment. On the basis of his sex, these provisions expose the father to the possible arbitrary exclusion of his particulars from his children's birth registration and, consequently, of his participation in choosing their surname. Moreover, having been so exposed, the father is provided no recourse. The sole remaining question under the *Law* test is whether, from the perspective of the reasonable claimant, the present differential effects constitute a violation of dignity (para. 61). To answer this question, I will begin by assessing the claim that the father's interest in the present case is insignificant.

The Dignity Analysis

(a) *The Significance of the Father's Interest*

14 The respondents before this Court characterized the effects of the impugned legislative distinctions on the claimant as insignificant and claimed therefore that they cannot give rise to discrimination. Southin J.A. agreed that the distinction did not result in discrimination (para. 85). I find the opposite. The impugned distinctions affect significant interests and do so in a way that the reasonable claimant in the appellant's circumstances would perceive as harmful to his dignity.

15 Parents have a significant interest in meaningfully participating in the lives of their children. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 85, La Forest J. wrote that "individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children". In a similar vein, Wilson J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 319, wrote: "The relations of affection between an individual and his family and his assumption of duties and responsibilities towards them are central to the individual's sense of self and of his place in the world."

L'analyse qui précède permet de conclure que les dispositions contestées font expressément une distinction fondée sur le motif énuméré du sexe et que cette distinction donne lieu à une différence de traitement. Suivant ces dispositions, les renseignements concernant l'identité du père peuvent être exclus arbitrairement de la déclaration de naissance de ses enfants et ce, en raison de son sexe. En conséquence de cette exclusion, il ne peut participer au choix de leur nom de famille. De plus, le père n'a aucun recours contre l'effet de ces dispositions. La dernière question à étudier, selon le test de l'arrêt *Law*, est celle de l'atteinte à la dignité résultant, du point de vue du demandeur raisonnable, de cette différence de traitement (par. 61). En y répondant, j'analyserai d'abord la prétention selon laquelle l'intérêt du père en l'espèce est peu important.

L'analyse de l'atteinte à la dignité

a) *L'importance de l'intérêt du père*

L'avocat des intimés devant notre Cour a soutenu que les effets sur le père des distinctions faites dans les dispositions contestées ont peu d'importance et, par conséquent, ne sont pas susceptibles de créer une discrimination. La juge Southin de la Cour d'appel s'est aussi dite d'avis que la distinction n'engendrait pas de discrimination (par. 85). Je diffère d'opinion. Les distinctions contestées ont une incidence sur des intérêts importants et ce, d'une manière qui pourrait être perçue comme une atteinte à sa dignité par un demandeur raisonnable se trouvant dans la même situation que l'appelant.

Les parents ont un intérêt clair dans une participation significative à la vie de leurs enfants. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 85, le juge La Forest affirme que « les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants ». Dans la même veine, la juge Wilson écrit, dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 319 : « L'affection qui lie l'individu à sa famille et les obligations et responsabilités qu'il assume envers elle sont au cœur de son individualité et de son rôle dans le monde. »

Including one's particulars on a birth registration is an important means of participating in the life of a child. A birth registration is not only an instrument of prompt recording. It evidences the biological ties between parent and child, and including one's particulars on the registration is a means of affirming these ties. Such ties do not exhaustively define the parent-child relationship. However, they are a significant feature of that relationship for many in our society, and affirming them is a significant means by which some parents participate in a child's life. The significance of this affirmation is not only subjectively perceived. The legislature of British Columbia has attached important consequences to the presence of a father's particulars on his child's birth registration. It has decided that where a father's particulars are included on the birth registration, his consent is always required for his child's adoption. However, where his particulars are not included, a father must fulfill at least one of an alternative set of conditions. As Prowse J.A. notes, ss. 13(1)(c) and 13(2)(a) of the *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, provide that "a father who is named on the birth registration must be given notice of the proposed adoption of his child. He may, or may not, qualify for notice apart from registration" (para. 141).

Contribution to the process of determining a child's surname is another significant mode of participation in the life of a child. For many in our society, the act of naming a child holds great significance. As Prowse J.A. notes, naming is often the occasion for celebration and the surname itself symbolizes, for many, familial bonds across generations (paras. 138-39).

The significance of choosing a surname is particularly evident if viewed in light of the rationales for reforms which extended to mothers the ability to transmit their surnames to their children. As Professor Castelli wrote on this subject, in a comment on the (Quebec) Civil Code Revision Office's

L'inscription de l'identité d'un parent dans la déclaration de naissance est un important moyen de participer à la vie de son enfant. La déclaration de naissance n'est pas seulement une façon d'assurer l'enregistrement rapide des naissances. Elle témoigne des liens biologiques entre le parent et son enfant, et l'inscription de l'identité des parents dans la déclaration est un moyen d'affirmer ces liens. Ces liens ne définissent pas totalement la relation parent-enfant. Toutefois, dans notre société, ils constituent pour plusieurs un élément crucial de cette relation et leur affirmation est une façon importante pour ces parents de participer à la vie de leur enfant. L'importance de cette affirmation ne relève pas seulement d'une perception subjective. La législature de la Colombie-Britannique a attaché des conséquences importantes à la présence des renseignements concernant l'identité du père dans la déclaration de naissance de son enfant. Elle a statué que, lorsque l'identité du père figure dans la déclaration de naissance, son consentement est toujours requis pour l'adoption de son enfant. Toutefois, lorsque l'identité du père n'y paraît pas, il doit remplir au moins une des diverses autres conditions énumérées. La juge Prowse souligne que les al. 13(1)c) et 13(2)a) de l'*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, disposent qu'[TRADUCTION] « un père dont le nom est inscrit dans la déclaration de naissance doit recevoir avis de l'adoption proposée de son enfant. S'il n'est pas inscrit, il peut devoir être avisé ou non, selon le cas » (par. 141).

La contribution au choix du nom de famille est un autre important moyen de participer à la vie d'un enfant de façon significative. Pour plusieurs dans notre société, le fait de donner un nom à un enfant revêt une importance considérable. La juge Prowse souligne que l'attribution d'un nom est souvent l'occasion de réjouissances et le nom de famille lui-même symbolise pour plusieurs le lien familial qui unit les générations (par. 138-139).

L'importance du choix d'un nom de famille est particulièrement évidente lorsque l'on considère les raisons mises de l'avant lors de l'adoption de réformes permettant aux mères de transmettre leur nom de famille à leurs enfants. La professeure Castelli écrivait ce qui suit dans un commentaire à ce propos,

16

17

18

Report on the Name and Physical Identity of Human Persons:

[TRANSLATION] . . . one of the most serious and most fundamental inequalities is indeed for women not to be able to pass on their surnames; for that matter, this is how that impossibility has always been viewed: a sign of the inferiority of women and their incapacity to perpetuate a line by filiation; was it not regarded . . . as a misfortune not to have a son, precisely because the "line", the "name", died out with girls, who were unable to perpetuate them. People in our time have admittedly become relatively indifferent to those sorts of considerations; nevertheless, transmission of the surname remains the symbol of filiation, and it is not normal to deny to women any possibility of seeing their surnames passed on to their children or to some of them.

(M. D. Castelli, "Rapport de l'O.R.C.C. sur le nom et l'identité physique de la personne humaine" (1976), 17 *C. de D.* 373, at p. 374)

Although the activity of naming may not hold the same significance for all, it is clearly important to many in our society. A father who is arbitrarily excluded from this activity would reasonably perceive that a significant interest has been affected.

19

The conclusion flowing from the above is that a father's ability to include his particulars on a child's birth registration and to contribute to the process of determining the child's surname can reasonably be perceived to be modes of meaningful participation in a child's life. As a further consequence, arbitrary exclusion from such means of participation negatively affects an interest that is significant to a father. I turn now to the question of whether the impugned provisions affect this interest in a way that a reasonable claimant would view as demeaning to his dignity.

(b) *The Effect of the Distinction on the Father's Dignity*

20

Counsel for the mother cites *Law, supra*, to support the argument that the father's s. 15(1) claim is "weakened" because he does not belong to an historically disadvantaged group. This argument is ill founded as a matter of logic and law. Although the Court in *Law* held that historical disadvantage is "probably the most compelling factor favouring a

du Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine publié par l'Office de révision du Code civil :

. . . l'une des plus graves et des plus fondamentales inégalités consiste bien pour les femmes à ne pouvoir transmettre leur nom; c'est d'ailleurs ainsi qu'a toujours été conçue cette impossibilité : le signe de l'infériorité des femmes et leur impuissance à perpétuer une lignée par filiation; ne considérait-on pas [. . .] comme un malheur de ne pas avoir de fils, parce que précisément la « lignée », le « nom » s'éteignait avec les filles, incapables de les perpétuer. Les gens à notre époque sont certes devenus relativement indifférents à ces sortes de considérations; il n'en demeure pas moins que la transmission du nom reste le symbole de la filiation, et qu'il est anormal d'interdire aux femmes toute possibilité de voir leur nom transmis à leurs enfants ou à certains d'entre eux.

(M. D. Castelli, « Rapport de l'O.R.C.C. sur le nom et l'identité physique de la personne humaine » (1976), 17 *C. de D.* 373, p. 374)

Bien que, dans notre société, le fait de choisir le nom ne revête pas la même importance pour tous, elle est certainement considérable pour plusieurs. Un père arbitrairement exclu d'un tel processus pourrait raisonnablement penser qu'on a porté atteinte à un intérêt réel.

Je conclus de cette étude que la possibilité pour un père de voir son identité inscrite dans la déclaration de naissance et la possibilité de contribuer au choix du nom de famille peuvent raisonnablement être perçues comme des façons significatives de participer à la vie de l'enfant. En conséquence, l'exclusion arbitraire de tels modes de participation porte atteinte à un intérêt important pour un père. J'examine maintenant la question de savoir si les dispositions contestées affectent cet intérêt d'une manière qu'un demandeur raisonnable estimerait attentatoire à sa dignité.

(b) *L'effet de la distinction sur la dignité du père*

L'avocat de la mère cite l'arrêt *Law*, précité, pour soutenir que la demande du père fondée sur le par. 15(1) est « affaiblie » parce qu'il n'appartient pas à un groupe historiquement défavorisé. Cet argument est mal fondé du point de vue de la logique et du droit. Bien que notre Cour ait décidé dans l'arrêt *Law* que le désavantage historique est « le

conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory” (para. 63), it does not follow that the absence of historical disadvantage is a compelling factor against a finding of discrimination. Moreover, it is settled law that neither the presence nor absence of any of the contextual factors set out in *Law* is dispositive of a s. 15(1) claim (*Law*, at para. 62; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 126, *per* L’Heureux-Dubé J.). This is so because no single factor can determine, in all circumstances, whether a reasonable claimant would perceive that an impugned distinction infringes his or her dignity.

In the present case, the reasonable claimant in the father’s position, apprised of all relevant circumstances, would observe that the impugned provisions impose a disadvantage on him that they do not impose on a mother. It would be reasonable for him to perceive that the legislature is sending a message that a father’s relationship with his children is less worthy of respect than that between a mother and her children. Given the centrality of such relationships to an individual’s identity, a reasonable claimant would perceive the message to be a negative judgment of his worth as a human being (*Law, supra*, at para. 64).

The impugned provisions affect the claimant’s dignity in another way. Under the Act, there are three categories of fathers whose particulars can be excluded from the registration, and who can be precluded from participating in deciding the surname of their children. The first is composed of those fathers who are arbitrarily unacknowledged pursuant to s. 3(1)(b). The second category contains fathers who are unacknowledged for valid reasons, pursuant to the same section. The third is composed of those fathers who are incapable or unknown under ss. 3(1)(b) and 3(1)(d). The latter provision states:

3 (1) Within 30 days after the birth of a child in British Columbia,

facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire » (par. 63), il n’en résulte pas que l’absence de désavantage historique ne permet pas de conclure que des dispositions sont discriminatoires. De plus, il est bien établi que ni la présence ni l’absence d’un des facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law* ne permet de trancher une demande fondée sur le par. 15(1) (*Law*, par. 62, *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 126, la juge L’Heureux-Dubé). Il en est ainsi parce qu’aucun facteur ne permet, à lui seul, de déterminer, en toutes circonstances, si un demandeur raisonnable estimerait qu’une distinction contestée porte atteinte à sa dignité.

En l’espèce, le demandeur raisonnable se trouvant dans la situation du père, informé de toutes les circonstances pertinentes, constaterait que les dispositions contestées le désavantagent par rapport à la mère. Il pourrait raisonnablement y voir un message du législateur que le lien qui existe entre un père et ses enfants mérite moins de respect que celui qui existe entre une mère et ses enfants. Compte tenu de l’importance d’un tel lien pour son identité personnelle, un demandeur raisonnable pourrait voir dans ce message un jugement négatif sur sa valeur en tant qu’être humain (*Law, précité*, par. 64).

Les dispositions contestées portent aussi atteinte d’une autre manière à la dignité du demandeur. Selon la Loi, il existe trois catégories de pères dont les renseignements personnels peuvent être exclus de la déclaration de naissance, et qui peuvent être écartés du choix du nom de famille de leurs enfants. La première comprend les pères qui ne sont pas reconnus pour des motifs arbitraires (al. 3(1)b)). La deuxième comprend les pères qui ne sont pas reconnus pour des motifs valables. La troisième est composée des pères qui sont incapables ou inconnus (al. 3(1)b) et 3(1)d)). L’alinéa 3(1)d) prévoit :

[TRADUCTION]

3 (1) Dans les 30 jours qui suivent la naissance d’un enfant en Colombie-Britannique,

21

22

(d) if neither parent is capable or if the mother is incapable and the father is unacknowledged by or unknown to her, the person standing in the place of the parents of the child

must complete and deliver to the district registrar a statement in the form required by the director respecting the birth.

d) si les deux parents sont incapables ou si la mère est incapable et ne reconnaît pas ou ne connaît pas le père, la personne qui remplace les parents de l'enfant

doit remplir et délivrer au registraire de district une déclaration dans la forme prescrite par le directeur.

23

A father who belongs to the first category would reasonably perceive that the legislature considers his relationship with his children to be similar to the relationships of fathers in the other categories. Such an association is pejorative. It is demeaning to one's dignity to be perceived as incapable or unknown within the meaning of s. 3(1)(b) when one is not. In addition, fathers in the first category, to whom no reasons justifying their exclusion from the registration of birth apply, should not be compared or confused with fathers who are justifiably excluded. Among those included in the latter category are rapists and perpetrators of incest. Finally, since there is no mechanism for redress in the event of an unjustified exclusion, fathers who want to create a symbolic tie between themselves and their children may be confused with fathers who do not attempt to have their particulars included on the registration of birth. Such confusion is disrespectful to fathers who want to participate in their children's lives through the inclusion of their particulars.

24

Such false and pejorative associations have a communicative effect similar to stereotypes or prejudices. The impugned legislation subjects the claimant to this negative attribution because of a personal characteristic, namely being a male. In addition, a father burdened with the present unfair associations, like the racial minority subject to a stereotype, cannot change the personal characteristic, sex or race, which is the determining cause of the association (see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13). Such a state of affairs is definitional of discrimination.

25

It is the possibility of his arbitrary and absolute exclusion from the birth registration and the process of naming that gives rise to the reasonable father's perception that his dignity has been infringed. There may be compelling reasons for permitting a mother

Un père qui appartient à la première catégorie pourrait raisonnablement penser que le législateur estime que sa relation avec ses enfants est semblable à celle des pères des autres catégories. Cette association est péjorative. Être perçu comme étant incapable ou inconnu au sens de l'al. 3(1)b), alors que ce n'est pas le cas, porte atteinte à la dignité. De plus, les pères de la première catégorie, exclus sans justification de la déclaration de naissance, ne devraient pas être comparés ou assimilés aux pères exclus pour des raisons valables. Dans cette deuxième catégorie, on trouve les agresseurs sexuels et les auteurs d'inceste. Enfin, comme les pères n'ont aucun recours en cas d'exclusion injustifiée, ceux qui veulent créer un lien symbolique avec leurs enfants risquent d'être confondus avec ceux qui n'ont pas tenté de faire inscrire leur identité dans la déclaration de naissance. Une telle confusion constitue un manque de respect envers les pères qui désirent participer à la vie de leurs enfants en faisant inscrire les renseignements concernant leur identité.

Ces associations erronées et péjoratives véhiculent un message de même nature qu'un stéréotype ou un préjugé. Les dispositions législatives contestées soumettent le demandeur à une qualification négative en raison d'une caractéristique personnelle, le fait d'être de sexe masculin. De plus, tout comme une minorité raciale victime de stéréotype, un père victime de ces associations injustes ne peut changer la caractéristique personnelle, sexe ou race, qui en est la cause principale (voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13). Une telle situation est caractéristique de la discrimination.

C'est la possibilité d'être arbitrairement et absolument exclu de la déclaration de naissance et du processus menant au choix du nom qui fait naître chez le père raisonnable le sentiment d'être atteint dans sa dignité. Une mère peut avoir des motifs

to unacknowledge a father at birth, to exclude his particulars from the registration, and to permanently preclude his participation in determining the child's surname. Such is the case of a mother who has become pregnant as a result of rape or incest. However, the fact that the impugned provisions permit a mother to unacknowledge for good reasons does not justify arbitrarily exposing a father, without recourse, to the possible disadvantages that flow from an unacknowledgment that protects neither her legitimate interests nor the best interests of the child.

(c) *Proposed Ameliorative Purposes or Effects*

Newbury J.A. held, and counsel for the respondent, Reni Ernst, argued, that in cases where a mother has good reasons for unacknowledging a father, providing the latter the opportunity to dispute the unacknowledgement would lead to negative effects. Newbury J.A. reasoned that such an opportunity would be “a serious incursion into the interests of the mother” and would not be in the best interests of the child (paras. 177 and 186). Counsel for the respondents, the Attorney General of British Columbia and the Director of Vital Statistics, drew an analogy between the present case and *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at pp. 131-32. Counsel argued that the aim of the legislation was to provide a mother who has valid reasons for unacknowledging the father with certainty that there would be no disclosure of the father's identity. This certainty, it was argued, would encourage mothers to report the birth event. Counsel argued that to give a father an opportunity to challenge and possibly overturn the unacknowledgement would be to remove this certainty.

Placed within the rubric of the *Law* test, this reasoning is best evaluated under the “ameliorative purpose or effects” contextual factor of the dignity analysis. In *Law*, this factor was described, at para. 72:

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged

impérieux de ne pas reconnaître un père à la naissance, d'exclure son identité de la déclaration de naissance et de l'empêcher de façon permanente de participer au choix du nom de famille de l'enfant. C'est le cas, par exemple, d'une mère enceinte à la suite d'un viol ou d'un acte d'inceste. Toutefois, le fait que les dispositions contestées permettent à la mère de ne pas reconnaître le père pour des motifs valables ne justifie pas d'exposer arbitrairement le père, sans recours, aux désavantages pouvant découler du refus de reconnaissance dont le but n'est pas de protéger les intérêts légitimes de la mère ou l'intérêt supérieur de l'enfant.

c) *L'objet ou l'effet d'amélioration envisagé*

La juge Newbury conclut — et c'est aussi la thèse de l'avocat de l'intimée Reni Ernst — que, dans les cas où la mère a des motifs valables de ne pas reconnaître le père, lui donner la possibilité de contester le refus de reconnaissance entraînerait des effets négatifs. La juge Newbury explique qu'une telle possibilité constituerait [TRADUCTION] « une incursion sérieuse dans les intérêts de la mère » et ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 177 et 186). Le procureur général de la Colombie-Britannique et le directeur des statistiques de l'état civil, intimés, font une analogie entre la présente affaire et *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, p. 131-132, et soutiennent que le but de la loi est de donner à la mère qui a des raisons valables de ne pas reconnaître le père, la certitude que l'identité du père ne sera pas révélée. Il fait valoir qu'une telle certitude encourage les mères à déclarer les naissances. Il prétend que donner à un père la possibilité de contester et peut-être celle de faire annuler le refus de reconnaissance priverait la mère de cette certitude.

Selon le test de l'arrêt *Law*, il faut évaluer ce raisonnement en fonction du facteur contextuel de l'« objet ou effet d'amélioration » de l'analyse relative à la dignité. Dans *Law*, ce facteur est décrit de la façon suivante (au par. 72) :

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes

individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

In the submissions of counsel for the respondents and Newbury J.A.'s reasons on this point, there are two relevant disadvantaged groups in the present case: (1) women, and more specifically, women who have valid reasons to unacknowledge a father, and (2) children.

28

It must be emphasized that the inquiry into this factor, as with all the contextual factors, must be conducted from the perspective of the reasonable claimant, that is, of a "reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (*Law*, at para. 60). Also, as noted above, neither the presence nor absence of any contextual factor determines the outcome of the dignity analysis. Therefore, even if a legislative distinction serves a relevant ameliorative purpose, the reasonable claimant may still perceive that his or her dignity has been infringed.

29

In the present case, a reasonable claimant would perceive that the legislature could protect a mother from the unwanted disclosure of a justifiably unacknowledged father's identity, without exposing other fathers to the risk of arbitrary exclusion. This possibility is discussed below in the s. 1 analysis. The reasonable claimant would conclude that his exclusion was not necessary to achieving the ameliorative objective. He would reasonably perceive that his significant interest in participating in his children's lives was superfluously sacrificed in the pursuit of that objective. The reasonable claimant would conclude that, despite a correspondence between the ameliorative purpose and the legislative exclusion, his dignity was infringed.

30

With respect to children, the reasonable claimant would contest Newbury J.A.'s implication that preventing conflict at the cost of excluding him from a mode of meaningful participation in his child's life is necessarily in the child's best interests (para. 186). The father who has been arbitrarily unacknowledged

concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

Selon l'argumentation de l'avocat des intimés et les motifs de la juge Newbury sur cette question, deux groupes défavorisés sont visés en l'espèce : (1) les femmes, plus précisément les femmes qui ont des motifs valables de ne pas reconnaître le père, et (2) les enfants.

Il faut souligner que l'examen de ce facteur, comme pour tous les facteurs contextuels, doit être effectué du point de vue du demandeur raisonnable, c'est-à-dire d'une « personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (*Law*, par. 60). De plus, comme on l'a vu plus haut, ni la présence ni l'absence d'un facteur contextuel ne détermine l'issue de l'analyse sur la dignité. Par conséquent, même si une distinction établie par la loi a pour objet d'améliorer le sort d'un groupe défavorisé, le demandeur raisonnable peut néanmoins s'estimer atteint dans sa dignité.

En l'espèce, le demandeur raisonnable estimerait que le législateur pourrait protéger une mère contre la divulgation non souhaitée de l'identité d'un père non reconnu pour des motifs valables, sans exposer les autres pères au risque d'être exclus de façon arbitraire. Je traite plus loin de cette possibilité dans le cadre de l'analyse relative à l'article premier. Le demandeur raisonnable conclurait qu'il n'est pas nécessaire de l'exclure pour atteindre l'objectif d'amélioration. Il serait raisonnable pour lui de penser que l'intérêt significatif qu'il a de participer à la vie de ses enfants a été inutilement sacrifié afin de réaliser cet objectif. Le demandeur raisonnable conclurait que, même si un lien pouvait être établi entre l'objectif d'amélioration et l'exclusion établie par la loi, sa dignité est affectée.

En ce qui concerne les enfants, le demandeur raisonnable contesterait l'inférence découlant de la proposition de la juge Newbury selon laquelle éviter un conflit, au prix de l'élimination d'un mode de participation significative par un père à la vie de son enfant, sert nécessairement l'intérêt supérieur

might refer to the reasons of McLachlin J. (as she then was) in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 119, for the proposition that “conflict between parents . . . does not necessarily indicate harm” (see also *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141). He might conclude that even at the cost of parental conflict, it is in the best interests of a child to maintain meaningful involvement with him by having his particulars registered and by the choice of that child’s surname.

Since the above discussion has revealed that including his particulars on a child’s birth registration and participating in choosing the surname are means by which a father participates in his child’s life, arbitrarily leaving him out of these activities is to exclude him from meaningful involvement. Such exclusion cannot be presumed to be in the best interests of the child, and therefore is not an ameliorative purpose that would justify excluding a father from a mode of meaningful participation in his children’s lives.

B. Section 1

Having concluded that despite providing a potential benefit to some mothers the impugned provisions infringe s. 15(1), I now turn to the question of whether they are saved under s. 1. Section 1 provides:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The content of the s. 1 test is well established and consists of two broad inquiries: (1) does the legislation relate to an objective that is sufficiently important to warrant the overriding of *Charter* rights? and (2) are the means chosen to reach this objective proportionate to the objective? (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39) The parties agree that the Act’s objective was the accurate and prompt recording of births, and that this objective satisfied the first

de l’enfant (par. 186). Le père non reconnu de façon arbitraire pourrait invoquer les motifs de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 119-120, selon lesquels « le conflit opposant les parents [. . .] n’est pas nécessairement l’indice d’un préjudice » (voir aussi *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141). Il pourrait conclure que, même au prix d’un conflit entre les parents, il est dans l’intérêt supérieur de l’enfant qu’il maintienne des liens significatifs avec lui par l’inscription de son identité et par sa participation au choix du nom de famille.

Puisque, selon l’analyse qui précède, l’inscription de l’identité du père dans la déclaration de naissance de son enfant et sa participation au choix du nom de famille sont des moyens par lesquels le père participe à la vie de son enfant, l’exclure arbitrairement de ces activités équivaut à le priver d’un engagement important dans la vie de son enfant. On ne peut présumer qu’une telle exclusion sert l’intérêt supérieur de l’enfant et, par conséquent, qu’elle constitue un objectif d’amélioration pour lequel il serait justifié d’exclure le père d’un mode de participation significative à la vie de ses enfants.

B. L’article premier

Ayant conclu que, malgré l’avantage qu’elles peuvent accorder à certaines mères, les dispositions contestées portent atteinte au par. 15(1), je dois examiner si elles sont justifiées au regard de l’article premier. L’article premier prévoit :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Le contenu de l’analyse selon l’article premier est bien établi et comporte deux grandes questions : (1) la mesure législative vise-t-elle un objectif suffisamment important pour justifier la violation de droits protégés par la *Charte*? et (2) les moyens choisis sont-ils proportionnels à l’objectif visé? (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-139) Les parties conviennent que l’objectif de la Loi est l’enregistrement précis et rapide des naissances et que cet

31

32

33

inquiry under *Oakes*. The disagreement focusses on the second branch.

34

If it can be shown that the impugned provisions are not rationally connected to the legislative objective, then they will necessarily fail to be proportionate to the objective (*Oakes*, at pp. 139 and 141). Lamer J. (as he then was), in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1195, held that the rational connection requirement is satisfied where there is “a link or nexus based on and in accordance with reason, between the measures enacted and the legislative objective”. Iacobucci J. in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 228, remarked that “[t]his test is not particularly onerous”. As Professor R. Elliot has noted, it will be satisfied “[s]o long as those actions can rationally be said to further the objectives the government seeks to rely on” (“Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term” (1991), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83, at p. 144; see also E. P. Mendes, “The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1”, in G.-A. Beaudoin and E. P. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 3-1, at p. 3-21).

35

In considering the present legislation, Newbury J.A. reasoned that a mother who wanted to unacknowledge a father for *bona fide* reasons might falsify the birth registration to avoid negative effects flowing from a father’s subsequent attempt to alter the registration or participate in determining the child’s surname (paras. 177 and 183-86). If legislation does not provide for the possibility of such an attempt, the incentive for a mother to falsify the registration is reduced, and so is the likelihood of such falsification. By excluding precisely this possibility, the present legislation aims at furthering accurate reporting, and is therefore rationally connected to the legislative objective.

36

Although the legislative means are rationally connected to the legislative objective, if it can be

objectif satisfait au premier volet du test de l’arrêt *Oakes*. C’est sur le deuxième volet que les parties ne s’entendent pas.

Si aucun lien rationnel ne peut être établi entre les dispositions contestées et l’objectif visé par la loi, les dispositions ne pourront être jugées proportionnelles à cet objectif (*Oakes*, p. 139 et 141). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1195, était d’avis que l’exigence du lien rationnel est remplie lorsqu’il existe un « lien rationnel entre les mesures adoptées et l’objectif législatif ». Le juge Iacobucci, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 228, fait remarquer que « [c]e critère n’est pas particulièrement exigeant ». Comme le souligne le professeur R. Elliot, il est rempli [TRADUCTION] « dans la mesure où l’on peut rationnellement dire que les mesures favorisent la réalisation des objectifs sur lesquels veut s’appuyer le gouvernement » (« Developments in Constitutional Law : The 1989-90 Term » (1991), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83, p. 144, voir également E. P. Mendes, « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans G.-A. Beaudoin et E. P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 1996), 99, p. 121).

Examinant la loi actuelle, la juge Newbury explique qu’une mère qui a des motifs valables de refuser de reconnaître un père pourrait falsifier la déclaration de naissance afin d’éviter les effets négatifs pouvant découler d’une tentative ultérieure du père de faire modifier l’enregistrement ou de participer au choix du nom de famille de l’enfant (par. 177 et 183-186). Une loi qui ne laisse pas place à une telle éventualité réduit l’éventail des motifs pouvant inciter une mère à falsifier le certificat et réduit, de ce fait même, les possibilités d’une falsification. En excluant spécifiquement cette éventualité, la loi actuelle vise à favoriser l’exactitude de l’enregistrement et a, par conséquent, un lien rationnel avec l’objectif visé par le législateur.

Même si les moyens choisis par le législateur ont un lien rationnel avec l’objectif visé par la loi,

shown that they do not minimally impair the right at issue, they will still fail to satisfy the proportionality element of the *Oakes* test (*supra*, at p. 139). In applying the minimal impairment requirement, a court is required to afford the legislature a margin of appreciation (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999). That a court can propose means that are less impairing than the impugned legislation is not sufficient to give rise to a finding that an impairment is not minimal (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1138). However, if legislation does not impair an individual's rights "as little as is reasonably possible" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772), if in other words, legislation falls beyond "a range of reasonable alternatives" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160), it will not satisfy the minimal impairment requirement.

The present legislation does not impair the rights of fathers as little as reasonably possible. The risks of mothers falsifying records from fear of the potential negative effects consequent on applications by fathers who have been justifiably unacknowledged, can be essentially eliminated. Most importantly, this result can be achieved through means that do not negatively affect unjustifiably unacknowledged fathers' interests.

An application procedure could be designed to control the particular negative effects on mothers that may flow from post-unacknowledgement applications. Such effects include unwanted public disclosure of the identities of fathers who have been justifiably unacknowledged, and confrontation in court between mothers and men who have caused them harm. Prowse J.A. has proposed a procedure that would eliminate both these effects. The legislature could provide that a judge in chambers would alone determine whether a father has been justifiably excluded, based solely on affidavit evidence (para. 158). A mother informed of such a procedure would not reasonably seek to protect her privacy and to avoid having to confront in court a

ils ne satisferont pas au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* (précité, p. 139) s'il ressort qu'ils ne constituent pas une atteinte minimale au droit en cause. Dans l'étude du critère de l'atteinte minimale, le tribunal doit accorder au législateur une certaine latitude (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999). Le fait qu'un tribunal puisse proposer des moyens moins attentatoires que la mesure législative contestée ne suffit pas pour conclure que l'exigence n'est pas remplie (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, p. 1138). Toutefois, si la loi contestée ne restreint pas les droits d'une personne « aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772), autrement dit, si elle se situe à l'extérieur « d'une gamme de mesures raisonnables » (*RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160), elle ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale.

La loi actuelle ne restreint pas les droits des pères aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire. Le risque que des mères falsifient des inscriptions, par crainte des effets négatifs découlant de demandes faites par des pères qui n'ont pas été reconnus pour des raisons justifiables, peut essentiellement être éliminé. Plus important encore, ce risque peut être éliminé en ayant recours à des moyens qui ne portent pas atteinte aux droits des pères qui sont injustement exclus.

Le législateur peut prévoir une procédure permettant de contrôler les effets négatifs particuliers que pourraient avoir sur une mère les demandes présentées à la suite de l'exclusion d'un père. Ces effets comprennent la divulgation publique non souhaitée de l'identité de pères qui n'ont pas été reconnus pour des raisons valables et la confrontation en cour avec des hommes qui leur ont fait du tort. La juge Prowse propose une procédure qui éliminerait ces deux effets. Le législateur pourrait prévoir qu'un juge en chambre décide seul, sur preuve par déclaration uniquement, de la validité de l'exclusion (par. 158). Il est raisonnable de croire que la mère, informée d'une telle procédure, ne chercherait pas à falsifier la déclaration de naissance de son enfant pour

37

38

man who has harmed her, by falsifying her child's registration.

39

The preceding discussion has set out means by which the stated legislative objective could have been met without exposing a father to the arbitrary and final exclusion of either his particulars from the birth registration or his participation from the process of determining his child's surname. These means permit the attainment of the stated objectives without impairing a father's interests. Given these possibilities, it can be concluded that the impugned legislation did not impair the present father's rights as little as reasonably possible.

40

Moreover, the legislature itself has chosen means that are less impairing of the father's rights. The respondents the Attorney General of British Columbia and the Director of Vital Statistics brought to this Court's attention that on October 1, 2002, s. 23 of the *Health Planning Statutes Amendment Act*, S.B.C. 2002, c. 15, came into force, amending s. 3 of the Act. That section provides:

23 *Section 3 of the Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479, is amended*

(a) *in subsection (6) by adding the following paragraph:*

- (d) the child's mother or father, if the application is accompanied by a copy of an order of the court declaring the child's paternity, unless the court orders that the father's particulars are not to be included on the child's registration of birth., *and*

(b) *by adding the following subsection:*

(6.1) Subsection (6)(d) does not apply to an order of the court declaring the child's paternity made before October 1, 2002, but

- (a) the mother or father may apply to the court in the proceeding in which the paternity order was made for an order that the father's particulars are to be included on the child's registration of birth, and

protéger sa vie privée et éviter une confrontation en cour avec un homme qui lui a fait du tort.

L'analyse qui précède fait état de moyens par lesquels l'objectif déclaré de la loi aurait pu être atteint sans exposer le père à ce que son identité soit exclue de façon arbitraire et définitive de la déclaration de naissance ou à ce qu'il soit écarté du choix du nom de famille de son enfant. Ces moyens permettent d'atteindre les objectifs déclarés de la loi sans porter atteinte aux intérêts du père. Compte tenu de ces possibilités, on peut conclure que la loi contestée ne restreint pas les droits actuels du père aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire.

De plus, le législateur lui-même a choisi des moyens qui portent moins atteinte aux droits du père. Le procureur général de la Colombie-Britannique et le directeur des statistiques de l'état civil, intimés, ont signalé à la Cour que, le 1^{er} octobre 2002, l'art. 23 de la *Health Planning Statutes Amendment Act*, S.B.C. 2002, ch. 15, modifiant l'art. 3 de la Loi est entré en vigueur. Il prévoit :

[TRADUCTION]

23 *L'article 3 du Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, ch. 479, est modifié*

a) *dans son paragraphe (6) par l'ajout de l'alinéa suivant :*

- d) la mère ou le père de l'enfant, si la demande est accompagnée d'une copie d'une ordonnance judiciaire de déclaration de paternité, à moins que la cour n'ait ordonné que les renseignements concernant l'identité du père ne soient pas inscrits dans la déclaration de naissance de l'enfant, *et*

b) *par l'ajout du paragraphe suivant :*

(6.1) L'alinéa (6)d ne s'applique pas à une ordonnance judiciaire de déclaration de paternité rendue avant le 1^{er} octobre 2002, mais

- a) la mère ou le père peuvent demander à la cour qui a rendu l'ordonnance de déclaration de paternité d'ordonner que les renseignements concernant l'identité du père soient inscrits dans la déclaration de naissance de l'enfant, *et*

- (b) the director must alter the registration of birth on application of the mother or father if the application is accompanied by a copy of an order under paragraph (a).

Since these amendments were not in issue before this Court, the present reasons do not decide the question of whether they adequately remedy the constitutional defect in the impugned legislation. However, I do note that the amendments provide that the Director of Vital Statistics must include a father's particulars on his child's registration of birth, if the application is accompanied by a paternity order. Only if the court orders that the father's particulars are not to be included can such an application be denied. I have found above that the impugned provisions prejudice a father's right to equality, in part, because they deny him any possibility of altering the birth registration after a mother's unacknowledgement. Since these amendments provide for such a possibility, they impair the father's rights less than the impugned provisions, which had the effect of excluding this possibility entirely. These amendments evidence that the legislature could have chosen less drastic means than it did in the unamended legislation. Therefore, the impugned provisions were not minimally impairing as they fell short of a less impairing alternative crafted by the legislature itself.

The amendments also show that the impugned provisions were not minimally impairing in the context of naming. As discussed above, precluding fathers from post-unacknowledgement applications has been justified on the grounds that it will deter mothers from falsifying registrations, and eliminate their fear of negative effects that may accompany such applications. However, the simple fact that the amendments provide for any application procedure at all evidences that these justifications are insufficient. If these grounds are not sufficient to preclude fathers' post-unacknowledgement applications in the context of including their particulars on birth registrations, it is difficult to see how they can support precluding a similar application to change their

- b) le directeur doit modifier la déclaration de naissance sur demande de la mère ou du père si la demande est accompagnée d'une copie d'une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa a).

Comme ces modifications n'étaient pas en cause devant la Cour, les présents motifs ne tranchent pas la question de savoir si elles remédient adéquatement à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Toutefois, je note que les modifications prévoient que le directeur des statistiques de l'état civil doit inscrire les renseignements concernant l'identité du père sur la déclaration de naissance de son enfant si la demande est accompagnée d'une ordonnance de déclaration de paternité. Ce n'est que si la cour ordonne que les renseignements concernant l'identité du père ne soient pas inscrits qu'une telle demande peut être refusée. J'ai conclu plus haut que les dispositions contestées portent atteinte au droit du père à l'égalité, en partie parce qu'elles lui refusent toute possibilité de modifier la déclaration de naissance si la mère ne le reconnaît pas. Comme ces modifications prévoient une telle possibilité, elles portent moins atteinte aux droits du père que les dispositions contestées qui, elles, l'excluent totalement. Ces modifications démontrent que le législateur pouvait choisir des moyens moins draconiens que ceux de la loi non modifiée. Par conséquent, les dispositions contestées ne constituent pas une atteinte minimale parce qu'elles sont plus attentatoires qu'une autre solution plus respectueuse conçue par le législateur lui-même.

Les modifications démontrent aussi que les dispositions contestées ne constituent pas une atteinte minimale dans le contexte du choix du nom. Comme je l'explique plus haut, on a justifié l'interdiction faite aux pères de présenter des demandes après le refus de reconnaissance par l'argument voulant qu'elle dissuaderait les mères de falsifier les déclarations de naissance et dissiperait leur crainte des effets négatifs découlant de telles demandes. Toutefois, le simple fait que les modifications prévoient une procédure de demande montre que ces justifications sont insuffisantes. Si elles ne sont pas suffisantes pour empêcher les pères qui n'ont pas été reconnus de demander de faire inscrire leur identité dans les déclarations de

children's surnames. As a result, the fact that the legislature provided an application procedure for including particulars, but failed to do so for naming, suggests that this failure is outside the range of minimally impairing legislative alternatives.

III. Remedies

43 In conclusion, ss. 3(1)(b) and 3(6)(b) of the Act are invalid because they have the effect of infringing the claimant's s. 15 right to be protected against discrimination based on sex and they are not saved by s. 1. As has been done before (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721), the declaration of invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* will be delayed to provide the legislature an opportunity to remedy the constitutional defects. A delayed declaration of invalidity is the appropriate remedy in the present circumstances. This Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, held that a delayed declaration is appropriate where an immediate declaration of invalidity harms those who rightly benefit from a legislative regime, while extending nothing to those who are improperly excluded from it. In the present case, an immediate declaration of invalidity would harm mothers who would want to unacknowledge fathers for legitimate reasons, while extending no benefits to fathers who are excluded. By contrast, a delayed declaration permits the legislature to remedy the constitutional defect without compromising the interests of mothers.

44 Mr. Trociuk asks this Court to order that his particulars be included on the registration of birth and that his children's surname be changed to Ernst-Trociuk. The amended legislation provides a procedure by which Mr. Trociuk can apply to have his

naissance, il est difficile de voir comment ces justifications peuvent être suffisantes pour empêcher des demandes similaires visant cette fois à faire modifier le nom de famille des enfants. Par conséquent, le fait que le législateur a prévu une procédure permettant d'indiquer les renseignements concernant l'identité mais a fait défaut de faire de même pour le choix du nom de famille indique que les dispositions se situent en dehors de la gamme des mesures législatives satisfaisant au critère de l'atteinte minimale.

III. Mesures correctives

En conclusion, les al. 3(1)b) et 3(6)b) de la Loi sont invalides parce qu'ils portent atteinte au droit du demandeur, fondé sur l'art. 15, d'être protégé contre la discrimination fondée sur le sexe et ne sont pas justifiés au regard de l'article premier. Comme cela a déjà été fait (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721), la déclaration d'invalidité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sera suspendue afin de permettre au législateur de corriger l'inconstitutionnalité. La suspension de la déclaration d'invalidité est la mesure corrective appropriée dans les circonstances de l'espèce. Dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour a décidé que la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est appropriée lorsqu'une déclaration immédiate d'invalidité cause un préjudice à ceux qui bénéficient à juste titre d'un régime législatif alors qu'elle n'apporte rien à ceux qui en sont exclus à tort. En l'espèce, une déclaration immédiate d'invalidité causerait un préjudice aux mères qui voudraient refuser de reconnaître le père pour des raisons légitimes, sans apporter d'avantage aux pères qui sont exclus. Par contre, la suspension de la déclaration d'invalidité permet au législateur de corriger l'inconstitutionnalité sans porter atteinte à l'intérêt des mères.

M. Trociuk demande à la Cour d'ordonner que les renseignements concernant son identité soient inscrits sur la déclaration de naissance de ses enfants et que leur nom de famille soit remplacé par Ernst-Trociuk. La loi modifiée

particulars included on the birth registration. That is the appropriate means by which to achieve this end. The children are now 7 years old. This Court is not in a position to determine whether the asked-for change of surname is in the best interests of the children and, absent the consent of both parents, this surely must be considered before an order to change the surname can be made. The request is therefore denied.

In conclusion, it is noted that it is not appropriate for this Court to set out a legislative regime that would satisfy the requirements of s. 15(1). However, any adequate legislative response to the declaration of invalidity must account for the variety of interests discussed above, including the legitimate interests of the mother, the right of the father not to be discriminated against on the basis of his sex and the best interests of the child.

IV. Disposition

For the foregoing reasons, the appeal is allowed with costs throughout. The Court's declaration of invalidity with respect to ss. 3(1)(b) and 3(6)(b) will be suspended for a period of 12 months. If the constitutional defect has not been remedied at that time, the provisions will be of no force and effect by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The constitutional questions, stated by the Chief Justice on July 9, 2002, are answered as follows:

Question 1: Do ss. 3(1)(b) and 3(6)(b) of the British Columbia *Vital Statistics Act*, R.S.B.C. 1996, c. 479, on their own or in their effect, discriminate against biological fathers on the basis of sex, by providing biological mothers with sole discretion to include or exclude information relating to biological fathers when registering the birth of a child, contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

prévoit une procédure qui permet à M. Trociuk de demander l'inscription de son identité dans la déclaration de naissance. C'est le moyen approprié d'atteindre cet objectif. Les enfants sont maintenant âgés de 7 ans. La Cour n'est pas en mesure de déterminer si le changement demandé du nom de famille est dans l'intérêt supérieur des enfants et, à défaut du consentement des deux parents, cet intérêt doit être examiné avant qu'une ordonnance de changement de nom puisse être prononcée. La demande est donc rejetée.

En conclusion, il n'est pas approprié pour la Cour de décrire le régime législatif qui répondrait aux exigences du par. 15(1). Cependant, toute réponse adéquate de la part du législateur à la déclaration d'invalidité doit tenir compte des divers intérêts mentionnés plus haut, notamment les intérêts légitimes de la mère, le droit du père de ne pas subir de discrimination fondée sur son sexe et l'intérêt supérieur des enfants.

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours. La déclaration d'invalidité des al. 3(1)(b) et 3(6)(b) est suspendue pour 12 mois. Si l'inconstitutionnalité n'est pas corrigée à cette date, ces dispositions deviendront inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les questions constitutionnelles formulées par la Juge en chef le 9 juillet 2002 reçoivent les réponses suivantes :

Question 1 : Les alinéas 3(1)(b) et 3(6)(b) du *Vital Statistics Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 479, constituent-ils, en violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une discrimination fondée sur le sexe, contre les pères biologiques, en accordant aux seules mères biologiques la faculté d'inclure ou d'exclure des renseignements sur les pères biologiques lorsqu'elles enregistrent la naissance d'un enfant?

Réponse : Oui.

45

46

47

Question 2: If question 1 is answered in the affirmative, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Simpson Thomas & Associates, Vancouver.

Solicitor for the respondents the Attorney General of British Columbia and the Director of Vital Statistics: Ministry of Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent Reni Ernst: MacIsaac and Company, Nanaimo.

Question 2 : Si la réponse à la question 1 est affirmative, la discrimination constitue-t-elle, suivant l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse : Non.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Simpson Thomas & Associates, Vancouver.

Procureur des intimés le procureur général de la Colombie-Britannique et le Directeur des statistiques de l'état civil : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée Reni Ernst : MacIsaac and Company, Nanaimo.

**Her Majesty The Queen in Right of
Alberta** *Appellant*

v.

**Devon Gary Ell, John Michael Maguire and
Roselynn Margaret Spencer** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General
of Quebec, Attorney General of British
Columbia, Attorney General for
Saskatchewan and Association of Justices of
the Peace of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: ELL v. ALBERTA

Neutral citation: 2003 SCC 35.

File No.: 28261.

2003: February 12; 2003: June 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Constitutional law — Judicial independence — Security of tenure — Justices of the peace — Provincial legislation requiring all justices of the peace who exercise judicial functions to meet qualifications decided upon by an independent Judicial Council — Whether legislation infringes guarantees of judicial independence — Whether removal from office of justices of the peace who did not meet qualifications violated their security of tenure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, preamble — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, c. J-3, s. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, c. 18.

The respondents are challenging the constitutionality of legislative reforms that seek to improve the qualifications and independence of Alberta's justices of the peace. The challenged amendments to the *Justice of the Peace Act* require all justices of the peace who exercise judicial functions to meet qualifications decided upon by an independent Judicial Council. The Judicial Council

**Sa Majesté la Reine du chef de
l'Alberta** *Appelante*

c.

**Devon Gary Ell, John Michael Maguire et
Roselynn Margaret Spencer** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario, procureur général du
Québec, procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général de la
Saskatchewan et Association of Justices of the
Peace of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ELL c. ALBERTA

Référence neutre : 2003 CSC 35.

N° du greffe : 28261.

2003 : 12 février; 2003 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,
LeBel et Deschamps.

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

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité — Juges de paix — Loi provinciale exigeant que tous les juges de paix qui exercent des fonctions judiciaires aient les qualifications fixées par un conseil de la magistrature indépendant — La loi porte-t-elle atteinte aux garanties d'indépendance judiciaire? — La destitution des juges de paix n'ayant pas les qualifications requises porte-t-elle atteinte à leur inamovibilité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, ch. J-3, art. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, ch. 18.

Les intimés contestent la constitutionnalité de réformes législatives destinées à relever les qualifications des juges de paix albertains et à accroître leur indépendance. Les modifications contestées, qui ont été apportées à la *Justice of the Peace Act* exigent que tous les juges de paix qui exercent des fonctions judiciaires aient les qualifications fixées par un conseil de la magistrature

unanimously agreed on minimum qualifications of membership in the Law Society of Alberta and five years related experience. The respondents, who had been appointed as justices of the peace prior to the amendments, did not meet these requirements. They were removed from office and were offered administrative positions as non-presiding justices of the peace. The respondents applied for a declaration that s. 2.4(8) of the amended *Justice of the Peace Act*, which removed them from office, contravened their constitutionally required security of tenure and independence. The chambers judge granted the application and declared the provision to be of no force and effect as it applied to them. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

The principle of judicial independence applies to the position of the respondents as a result of their authority to exercise judicial functions directly related to the enforcement of law in the court system and to perform numerous judicial functions that significantly affect the rights and liberties of individuals. The respondents played an important role in assisting the provincial and superior courts in fulfilling the judiciary's constitutional mandate and they were constitutionally required to be independent in the exercise of their duties. The Legislature's removal of the respondents from office did not violate their security of tenure, however, and so did not contravene the principle of judicial independence. The essence of security of tenure is that members of a tribunal be free from arbitrary or discretionary removal from office. Removal from office that is reasonably intended to further the interests that underlie the principle of judicial independence — namely, public confidence in the administration of justice, and the maintenance of a strong and independent judiciary that is able to uphold the rule of law and the values of our Constitution — is not arbitrary. It is evident that in this case the Legislature concluded that the positive impact of the reforms on the interests that underlie judicial independence outweighed any negative impact of the respondents' removal from office. A reasonable and informed person would perceive the legislative amendments to strengthen the qualifications and independence of Alberta's justices of the peace.

The respondents do not dispute the merits of the reforms but argue that the amendments should apply only to new appointments to office. Once it is established that the office is in need of significant structural reform, however, a requirement of "grandfathering" incumbents serves only to delay that reform. Moreover, public confidence in the administration of justice could be harmed by

indépendant. Le conseil de la magistrature a convenu à l'unanimité que, pour être nommé, il fallait au moins être membre du barreau de l'Alberta et avoir au moins cinq ans d'expérience pertinente. Les intimés, qui avaient été nommés juges de paix avant les modifications apportées, ne satisfaisaient pas à ces exigences. Ils ont été destitués et se sont vu offrir des fonctions administratives à titre de juges de paix non président. Les intimés ont présenté une demande de jugement déclarant que le par. 2.4(8) de la *Justice of the Peace Act* modifiée, à l'origine de leur destitution, portait atteinte à l'inamovibilité et à l'indépendance dont ils doivent bénéficier en vertu de la Constitution. Le juge en chambre a accueilli la demande et déclaré la disposition inopérante à leur égard. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le principe de l'indépendance judiciaire s'applique à la charge des intimés en raison de leur pouvoir d'exercer des fonctions judiciaires directement liées à l'application de la loi au sein du système judiciaire, ainsi que maintes fonctions judiciaires ayant une incidence importante sur les droits et libertés des citoyens. Les intimés aidaient grandement les cours provinciales et supérieures à remplir le mandat constitutionnel confié au pouvoir judiciaire et leur indépendance dans l'exercice de leurs fonctions était une exigence constitutionnelle. Cependant, la destitution des intimés par la législature ne portait pas atteinte à leur inamovibilité et ne contrevenait donc pas au principe de l'indépendance judiciaire. L'inamovibilité vise essentiellement à empêcher que les membres d'un tribunal fassent l'objet d'une destitution arbitraire ou discrétionnaire. N'est pas arbitraire la destitution raisonnablement conçue pour servir les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance judiciaire — à savoir la confiance du public dans l'administration de la justice et le maintien d'un pouvoir judiciaire fort et indépendant capable de faire respecter la primauté du droit et les valeurs consacrées par notre Constitution. Il est évident qu'en l'espèce la législature a conclu que l'incidence positive des réformes sur les intérêts qui sous-tendent l'indépendance judiciaire l'emportait sur l'incidence négative de la destitution des intimés. Une personne raisonnable et renseignée considérerait que les modifications législatives renforcent l'indépendance des juges de paix albertains et relèvent leurs qualifications.

Les intimés ne contestent pas le bien-fondé des réformes, mais ils font valoir que les modifications ne devraient s'appliquer qu'aux nouvelles nominations. Toutefois, dès qu'il est établi que la charge a besoin d'une réforme structurelle importante, l'établissement d'une disposition maintenant les « droits acquis » des titulaires de la charge ne contribue qu'à retarder la mise

retaining those individuals who do not meet the qualifications for eligibility that an independent Judicial Council, with intimate knowledge of the duties of office, have determined to be the minimum necessary. Finally, the manner in which the reforms were implemented lessened as much as possible the legislation's adverse impact upon the respondents.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *R. v. Bush* (1888), 15 O.R. 398; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Act to Amend the Justices of the Peace Act, R.S.N.W.T. 1988, c. 39 (Supp.), ss. 5, 8.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), (e).
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 92(14), 96 to 100.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "justice", 515.
Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, c. J-3, ss. 2.1(1) [ad. 1998, c. 18, s. 3], (2) [idem], (5) [idem], 2.2 [idem], 2.4(8) [idem], 5 [rep. 1998, c. 18, s. 3], 5.1 [ad. 1991, c. 21, s. 16; rep. 1998, c. 18, s. 3], 5.2 [idem].
Justices of the Peace Act, 1988, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 6(7).
Justices of the Peace Act, 1989, S.O. 1989, c. 46, s. 4(4).
Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, c. 18, s. 3.
Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1991, S.A. 1991, c. 21, s. 16.

Authors Cited

Alberta Hansard, March 11, 1998, p. 811.
 Doob, Anthony N., Patricia M. Baranek and Susan M. Addario. *Understanding Justices: A Study of Canadian Justices of the Peace*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1991.
 Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.

en œuvre de cette réforme. De plus, le maintien en poste de personnes ne satisfaisant pas aux conditions minimales d'admissibilité fixées par un conseil de la magistrature indépendant, qui a une connaissance approfondie des fonctions de la charge, pourrait avoir pour effet d'ébranler la confiance du public dans l'administration de la justice. Enfin, la manière dont les réformes ont été mises en œuvre a réduit au minimum l'incidence négative de la mesure législative sur les intimés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *R. c. Bush* (1888), 15 O.R. 398; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

Lois et règlements cités

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, ch. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), e).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « juge de paix », 515.
Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, ch. J-3, art. 2.1(1) [aj. 1998, ch. 18, art. 3], (2) [idem], (5) [idem], 2.2 [idem], 2.4(8) [idem], 5 [abr. 1998, ch. 18, art. 3], 5.1 [aj. 1991, ch. 21, art. 16; abr. 1998, ch. 18, art. 3], 5.2 [idem].
Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, ch. 18, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92(14), 96 à 100.
Loi de 1988 sur les juges de paix, L.S. 1988-89, ch. J-5.1, art. 6(7).
Loi de 1989 sur les juges de paix, L.O. 1989, ch. 46, art. 4(4).
Loi modifiant la Loi sur les juges de paix, L.R.T.N.-O. 1988, ch. 39 (suppl.), art. 5, 8.
Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1991, S.A. 1991, ch. 21, art. 16.

Doctrine citée

Alberta Hansard, 11 mars 1998, p. 811.
 Doob, Anthony N., Patricia M. Baranek and Susan M. Addario. *Understanding Justices: A Study of Canadian Justices of the Peace*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1991.
 Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.

Klinck, J. E. *Report of the Justice of the Peace Committee*. Alberta: Ministry of the Attorney General, 1986.

Manitoba. Law Reform Commission. *The Independence of Justices of the Peace and Magistrates*, Report No. 75. Winnipeg: Queen's Printer, 1991.

McRuer, James Chalmers. *Royal Commission Inquiry Into Civil Rights*, Report No. 1, vol. 2, c. 38. Toronto: Queen's Printer, 1968.

Mewett, Alan W. *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario*, 1981.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2001] 1 W.W.R. 606, 83 Alta. L.R. (3d) 215, 266 A.R. 266, 25 Admin. L.R. (3d) 17, 49 C.P.C. (4th) 18, [2000] A.J. No. 1101 (QL), 2000 ABCA 248, affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1999), 240 A.R. 146, 28 C.P.C. (4th) 342, 60 C.R.R. (2d) 107, [1999] A.J. No. 451 (QL), 1999 ABQB 45. Appeal allowed.

Robert C. Maybank and Christine Enns, for the appellant.

Alan D. Hunter, Q.C., Sheilah L. Martin, Q.C., and James T. Eamon, for the respondents.

David Sgayias, Q.C., and Jan Brongers, for the interveners the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Sean Hanley, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Monique Rousseau and Julie Dassylva, for the interveners the Attorney General of Quebec.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Paul B. Schabas and Catherine Beagan Flood, for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — At issue in this appeal is the constitutionality of legislative reforms that seek to improve the qualifications and independence of Alberta's

Klinck, J. E. *Report of the Justice of the Peace Committee*. Alberta: Ministry of the Attorney General, 1986.

Manitoba. Commission de réforme du droit. *The Independence of Justices of the Peace and Magistrates*, Report No. 75. Winnipeg: Queen's Printer, 1991.

McRuer, James Chalmers. *Royal Commission Inquiry Into Civil Rights*, Report No. 1, vol. 2, c. 38. Toronto: Queen's Printer, 1968.

Mewett, Alan W. *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario*, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2001] 1 W.W.R. 606, 83 Alta. L.R. (3d) 215, 266 A.R. 266, 25 Admin. L.R. (3d) 17, 49 C.P.C. (4th) 18, [2000] A.J. No. 1101 (QL), 2000 ABCA 248, confirmant une décision de la Cour du Banc de la Reine (1999), 240 A.R. 146, 28 C.P.C. (4th) 342, 60 C.R.R. (2d) 107, [1999] A.J. No. 451 (QL), 1999 ABQB 45. Pourvoi accueilli.

Robert C. Maybank et Christine Enns, pour l'appelante.

Alan D. Hunter, c.r., Sheilah L. Martin, c.r., et James T. Eamon, pour les intimés.

David Sgayias, c.r., et Jan Brongers, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Sean Hanley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau et Julie Dassylva, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul B. Schabas et Catherine Beagan Flood, pour l'intervenante Association of Justices of the Peace of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de réformes législatives destinées à relever les qualifications des juges de paix

justices of the peace. The challenged amendments to the *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, c. J-3, require all justices of the peace who exercise judicial functions to meet qualifications decided upon by an independent Judicial Council.

The respondents, and other justices of the peace appointed prior to the amendments, did not meet the qualifications. They were removed from office, but were offered administrative positions as non-presiding justices of the peace.

The courts below held that the removal of the respondents from office contravenes the principle of judicial independence. With respect, I disagree. The principle of judicial independence must be interpreted in light of the public interests it is meant to protect: a strong and independent judiciary capable of upholding the rule of law and our constitutional order, and public confidence in the administration of justice. The reforms in this case reflect a good faith and considered decision of the Legislature that was intended to promote these interests. As a result, the legislation does not undermine the perception of independence in the mind of a reasonable and informed person, and is respectful of the principle of judicial independence. I would allow the appeal.

I. Factual Background

Justices of the peace have played an important role in Canada's administration of justice since the adoption of the position from England in the 18th century. It has long been accepted that s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* confers upon the provinces full control over the appointment and regulation of these judicial officers. See *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, per Duff C.J., at p. 406, citing *R. v. Bush* (1888), 15 O.R. 398 (Q.B.), at p. 405:

The administration of justice could not be carried on in the Provinces effectually without the appointment of justices of the peace and police magistrates, and the

albertains et à accroître leur indépendance. Les modifications contestées, qui ont été apportées à la *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, ch. J-3, exigent que tous les juges de paix qui exercent des fonctions judiciaires aient les qualifications fixées par un conseil de la magistrature indépendant.

Les intimés, ainsi que d'autres juges de paix nommés avant les modifications apportées, n'avaient pas les qualifications requises. Ils ont été destitués, mais se sont vu offrir des fonctions administratives à titre de juges de paix non présidant.

Les cours d'instance inférieure ont conclu que la destitution des intimés contrevient au principe de l'indépendance judiciaire. En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Le principe de l'indépendance judiciaire doit être interprété à la lumière des intérêts du public qu'il est censé protéger : un pouvoir judiciaire fort et indépendant capable d'assurer le respect de la primauté du droit et de notre ordre constitutionnel, et la confiance du public dans l'administration de la justice. Les réformes dont il est question en l'espèce reflètent une décision que la législature a prise de bonne foi et de façon réfléchie dans le but de promouvoir ces intérêts. Par conséquent, la mesure législative en cause ne mine pas la perception d'indépendance qu'aurait une personne raisonnable et renseignée, et elle respecte le principe de l'indépendance judiciaire. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

Les juges de paix jouent un rôle important dans l'administration de la justice au Canada depuis que la charge qu'ils occupent a été empruntée à l'Angleterre au XVIII^e siècle. Il est reconnu depuis longtemps que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* assujettit au contrôle total des provinces la nomination et la réglementation de ces officiers de justice. Voir *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, p. 406, où le juge en chef Duff, cite le passage suivant de la décision *R. c. Bush* (1888), 15 O.R. 398 (B.R.), p. 405 :

[TRADUCTION] Il ne saurait y avoir d'administration efficace de la justice dans les provinces sans la nomination de juges de paix et de magistrats de police, et la

2

3

4

conclusion seems to me to be irresistible that it was intended that the appointment of these and other officers, whose duty it should be to aid in the administration of justice, should be left in the hands of the Provincial Legislatures.

5 The powers and authority of justices of the peace have waxed and waned over time and across the country. In many provinces, they have come to occupy a critical role as the point of entry into the criminal justice system, with jurisdiction over bail hearings and the issuance of search warrants. As a result of an increased recognition of their important functions, numerous commissions have issued reports describing problems with the office and making recommendations for change: see Hon. J. C. McRuer, *Royal Commission Inquiry Into Civil Rights* (1968), Report No. 1, vol. 2, c. 38 ("McRuer Commission"); A. W. Mewett, *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario* (1981) ("Mewett Report"); J. E. Klinck, *Report of the Justice of the Peace Committee* (1986); the Manitoba Law Reform Commission, *The Independence of Justices of the Peace and Magistrates* (1991), Report No. 75 ("Manitoba Report"); and A. N. Doob, P. M. Baranek and S. M. Addario, *Understanding Justices: A Study of Canadian Justices of the Peace* (1991) ("Doob Report").

6 These reports have invariably indicated a pressing need to improve both the independence and qualifications of justices of the peace. The McRuer Commission concluded, at p. 524, with regard to Ontario's justices of the peace:

... the whole concept, that the office should stand as a safeguard of the civil rights of the individual against the exercise of arbitrary police power, is in many cases, and probably in most cases, little more than a sham. In saying this we do not want to be taken as condemning individuals. We are condemning a system under which many conscientious and dedicated individuals are required to work.

Many provinces have enacted significant reforms since then in an effort to meet the stated concerns: in Ontario, the *Justices of the Peace Act, 1989*, S.O. 1989, c. 46, s. 4(4); in Saskatchewan, *The Justices of*

conclusion que la nomination de ces officiers de justice et d'autres agents — dont la mission doit consister à faciliter l'administration de la justice — est censée relever des législatures provinciales me paraît incontournable.

Dans notre pays, les pouvoirs et le mandat des juges de paix ont varié au fil des ans. Dans maintes provinces, les juges de paix — compétents pour tenir des enquêtes sur cautionnement et décerner des mandats de perquisition — en sont venus à jouer un rôle crucial au seuil du système de justice criminelle. La reconnaissance accrue de l'importance de leurs fonctions est à l'origine de la publication de nombreux rapports de commission décrivant les problèmes liés à cette charge et recommandant des changements : voir l'honorable J. C. McRuer, *Royal Commission Inquiry Into Civil Rights* (1968), rapport n° 1, vol. 2, ch. 38 (« commission McRuer »); A. W. Mewett, *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario* (1981) (« rapport Mewett »); J. E. Klinck, *Report of the Justice of the Peace Committee* (1986); Commission de réforme du droit du Manitoba, *The Independence of Justices of the Peace and Magistrates* (1991), rapport n° 75 (« rapport manitobain »); A. N. Doob, P. M. Baranek et S. M. Addario, *Understanding Justices : A Study of Canadian Justices of the Peace* (1991) (« rapport Doob »).

Ces rapports soulignent tous, sans exception, l'urgence d'accroître l'indépendance des juges de paix et de relever leurs qualifications. La commission McRuer a conclu ce qui suit à propos des juges de paix ontariens (à la p. 524) :

[TRADUCTION] ... toute l'idée selon laquelle cette charge devrait servir à protéger les droits civils des particuliers contre l'exercice arbitraire des pouvoirs de la police n'est dans bien des cas, voire dans la plupart des cas, guère plus que de la frime. Nous ne voulons pas que l'on croie que, par ces propos, nous condamnons des personnes en particulier. Nous condamnons un système dans le cadre duquel de nombreuses personnes consciencieuses et dévouées doivent travailler.

Depuis lors, maintes provinces ont adopté des réformes importantes afin de dissiper les inquiétudes exprimées : en Ontario, la *Loi de 1989 sur les juges de paix*, L.O. 1989, ch. 46, par. 4(4);

the Peace Act, 1988, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 6(7); and in the Northwest Territories, *An Act to Amend the Justices of the Peace Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. 39 (Suppl.), ss. 5 and 8.

Alberta enacted legislative reforms to the office in 1991: see the *Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1991*, S.A. 1991, c. 21, s. 16. The legislation brought in two significant changes. First, security of tenure was provided for all justices of the peace until age 70. Removal could only be for cause following a recommendation of the Justices of the Peace Review Council. Second, in an effort to tailor the qualifications of justices of the peace to their specific duties, the office was divided into the categories of sitting and non-sitting justices of the peace. Sitting justices of the peace were authorized to preside over trials of less serious offences and to sit in Provincial Court. Appointment to this position required membership in the Law Society of Alberta and five years of related experience.

Non-sitting justices of the peace were not required to meet any eligibility criteria, apart from Canadian citizenship. These judicial officers were authorized to preside over judicial interim release; to issue search warrants, summons, subpoenas and arrest warrants; and to confirm or cancel police process. They also performed numerous administrative tasks, including receiving information and affidavits, scheduling trials and hearing dates, and administering oaths. The position was divided into four sub-categories: hearing officers, who worked full-time on salary; *ad hoc* justices, who worked part-time on a per diem basis; fee justices, who were paid per transaction; and staff justices, who were employed and paid by the Department of Justice.

en Saskatchewan, *Loi de 1988 sur les juges de paix*, L.S. 1988-89, ch. J-5,1, par. 6(7); dans les Territoires du Nord-Ouest, *Loi modifiant la Loi sur les juges de paix*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. 39 (suppl.), art. 5 et 8.

En Alberta, la charge a été soumise à des réformes législatives en 1991 : voir la *Miscellaneous Statutes Amendment Act, 1991*, S.A. 1991, ch. 21, art. 16. Cette loi a apporté deux changements importants. Premièrement, tous les juges de paix seraient inamovibles jusqu'à l'âge de 70 ans. Il ne pourrait y avoir destitution que pour un motif suffisant, à la suite d'une recommandation du Justices of the Peace Review Council (« conseil de surveillance des juges de paix »). Deuxièmement, en vue d'adapter les qualifications des juges de paix à leurs fonctions particulières, la charge a été divisée en deux catégories, à savoir celle des juges de paix siégeant et celle des juges de paix non siégeant. Les juges de paix siégeant étaient autorisés à présider les procès relatifs à des infractions moins graves et à siéger à la Cour provinciale. Pour être nommé à cette charge, il fallait être membre de la Law Society of Alberta (« barreau de l'Alberta ») et avoir cinq ans d'expérience pertinente.

Les juges de paix non siégeant n'étaient assujettis à aucun critère d'admissibilité, à part celui de la citoyenneté canadienne. Ces officiers de justice étaient autorisés à présider les audiences de mise en liberté provisoire, à décerner des mandats de perquisition, des sommations, des assignations et des mandats d'arrestation, et à confirmer ou à annuler des actes de procédure obtenus par la police. Ils accomplissaient également de nombreuses tâches administratives, dont la réception des dénonciations et des affidavits, l'établissement du rôle et des dates d'audience et la prestation de serment. La charge était divisée en quatre sous-catégories : les agents d'audience (*hearing officers*), travaillant à temps plein et touchant un salaire; les juges de paix *ad hoc* (*ad hoc justices*), travaillant à temps partiel et rémunérés à la journée; les juges de paix payés sur honoraires (*fee justices*), c'est-à-dire rémunérés à la tâche; les juges de paix salariés (*staff justices*), employés et rémunérés par le ministère de la Justice.

7

8

9 In 1998, Alberta enacted more extensive reforms, which are the subject of the present appeal. The purpose of the amendments, as expressed by Alberta's Minister of Justice, was

to ensure the independence of the courts of Alberta in keeping with the recent decisions of the Supreme Court of Canada.

(*Alberta Hansard*, March 11, 1998, at p. 811)

In a further effort to ensure that justices of the peace are qualified for the duties they perform, the amendments replace the office of non-sitting justices of the peace with the positions of presiding and non-presiding justices of the peace. In essence, presiding justices of the peace assume the judicial tasks that had previously been assigned to the non-sitting justices of the peace, and non-presiding justices of the peace are limited to their administrative tasks.

10 The amendments stipulate that in order to be appointed as a sitting or presiding justice of the peace, a person must be deemed qualified by an independent Judicial Council: *Justice Statutes Amendment Act, 1998*, S.A. 1998, c. 18, s. 2.1(1). The Judicial Council unanimously agreed on minimum qualifications of membership in the Law Society of Alberta and five years related experience. The amendments also bar persons who suffer from inherent conflicts of interest (such as government employees, law enforcement officers, prosecutors, and prison guards) from appointment: s. 2.1(5). Individuals who had previously been appointed but did not meet these requirements were precluded from holding office: s. 2.4(8). They were offered administrative positions as non-presiding justices of the peace.

11 Of the several hundred non-sitting justices of the peace appointed prior to the amendments, only 15 *ad hoc* justices met the objective requirements for appointment as presiding justices of the peace. The three respondents, who were classified as hearing officers and lacked the new qualifications, were not appointed to that office, nor were the approximately 200 fee justices and 250 staff justices. They were

En 1998, l'Alberta a adopté des réformes plus importantes, qui font l'objet du présent pourvoi. Comme l'a affirmé le ministre de la Justice de l'Alberta, ces modifications visaient à

[TRADUCTION] garantir l'indépendance des tribunaux judiciaires albertains conformément à la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada.

(*Alberta Hansard*, 11 mars 1998, p. 811)

Toujours dans le but de garantir que les juges de paix aient les qualifications nécessaires pour exercer leurs fonctions, les modifications remplacent la charge de juge de paix non siégeant par celles de juge de paix président et de juge de paix non président. Essentiellement, les juges de paix président accomplissent les tâches judiciaires auparavant confiées aux juges de paix non siégeant, et les juges de paix non président se voient confier uniquement des tâches administratives.

Les modifications prévoient que pour être nommée juge de paix siégeant ou juge de paix président, une personne doit être jugée qualifiée par un conseil de la magistrature indépendant : *Justice Statutes Amendment Act, 1998*, S.A. 1998, ch. 18, par. 2.1(1). Le conseil de la magistrature a convenu à l'unanimité que, pour être nommé, il fallait au moins être membre du barreau de l'Alberta et avoir au moins cinq ans d'expérience pertinente. Les modifications empêchent également la nomination de personnes en situation de conflit d'intérêts inhérent (tels les employés du gouvernement, les agents responsables de l'application de la loi, les procureurs et les gardiens de prison) (par. 2.1(5)). Les personnes occupant déjà cette charge, mais ne satisfaisant pas à ces conditions minimales, ne pouvaient plus rester en fonction (par. 2.4(8)). Elles se sont vu offrir des fonctions administratives à titre de juges de paix non président.

Parmi plusieurs centaines de juges de paix non siégeant qui avaient été nommés avant l'entrée en vigueur des modifications, seulement 15 juges de paix *ad hoc* remplissaient les conditions objectives requises pour être nommés juges de paix président. Les trois intimés, qui faisaient partie de la sous-catégorie des agents d'audience et qui n'avaient pas les nouvelles qualifications requises, n'ont pas été

offered positions as non-presiding justices of the peace.

The respondents brought an application to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration that s. 2.4(8), which removed them from office, contravened their constitutionally required security of tenure and independence. The chambers judge granted the application and declared the provision to be of no force and effect as it applied to them. The Court of Appeal for Alberta upheld the finding of the chambers judge. The Province appeals from that decision.

II. Relevant Statutory Provisions

The following provisions of the *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, c. J-3, subsequently repealed under the *Justice Statutes Amendment Act, 1998*, are relevant:

5 The appointment of a justice of the peace terminates when he attains the age of 70 years.

5.1(1) The Lieutenant Governor in Council shall, subject to the regulations, establish a Justices of the Peace Review Council.

(2) The Justices of the Peace Review Council shall

(a) review complaints respecting the lack of competence of, conduct or misbehaviour of, or neglect of duty by, justices of the peace or the inability of justices of the peace to perform their duties, and

(b) make recommendations to the Lieutenant Governor in Council in respect of matters reviewed under clause (a).

5.2 Notwithstanding section 5, the appointment of a justice of the peace may be terminated by the Lieutenant Governor in Council on the recommendation of the Justices of the Peace Review Council.

The relevant 1998 amendments to the *Justice of the Peace Act* are:

2.1(1) The Lieutenant Governor in Council may appoint a person as a justice of the peace designated as a sitting

nommés à cette charge, pas plus que les quelque 200 juges de paix payés sur honoraires et 250 juges de paix salariés. On leur a offert des postes de juge de paix non présidant.

Les intimés ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une demande de jugement déclarant que le par. 2.4(8), à l'origine de leur destitution, portait atteinte à l'inamovibilité et à l'indépendance dont ils doivent bénéficier en vertu de la Constitution. Le juge en chambre a accueilli la demande et déclaré la disposition inopérante à leur égard. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la conclusion du juge en chambre. La province se pourvoit contre cette décision.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions suivantes de la *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, ch. J-3, subséquemment abrogées par la *Justice Statutes Amendment Act, 1998*, sont pertinentes :

[TRADUCTION]

5 Le juge de paix occupe sa charge jusqu'à l'âge de 70 ans.

5.1(1) Sous réserve des règlements, le lieutenant-gouverneur en conseil établit un conseil de surveillance des juges de paix.

(2) Le conseil de surveillance des juges de paix :

a) examine les plaintes fondées sur l'incompétence, la conduite ou l'inconduite des juges de paix, ou sur leur manquement au devoir ou leur incapacité d'exercer leurs fonctions;

b) soumet au lieutenant-gouverneur des recommandations relatives aux plaintes examinées en vertu de l'alinéa a).

5.2 Par dérogation à l'article 5, le lieutenant-gouverneur en conseil peut destituer un juge de paix, sur recommandation du conseil de surveillance des juges de paix.

Les modifications pertinentes qui ont été apportées en 1998 à la *Justice of the Peace Act* sont les suivantes :

[TRADUCTION]

2.1(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer une personne juge de paix désigné comme juge de paix

12

13

justice of the peace or as a presiding justice of the peace if the Judicial Council has determined that the person is qualified.

(2) An order under subsection (1) shall designate the person appointed as a sitting justice of the peace or as a presiding justice of the peace and shall designate whether the appointment is full-time or part-time.

2.2(1) The Minister may appoint a person as a justice of the peace designated as a non-presiding justice of the peace.

(2) A non-presiding justice of the peace is appointed as a justice of the peace solely for the purposes of exercising the following, to the extent that their exercise is consistent with the constitutional requirements for independence, if any:

- (a) administering oaths or affirmations or taking declarations;
- (b) processing judicial interim release orders;
- (c) adjourning cases where a judge of the Provincial Court or a sitting justice of the peace is not present;
- (d) performing any other functions and duties prescribed by the regulations.

2.4 . . .

(8) A person appointed as a justice of the peace before the coming into force of this section who is not appointed under section 2.1(1) or 2.2 may not exercise any authority or receive any remuneration as a justice of the peace after this section comes into force.

III. Judicial History

At the Alberta Court of Queen's Bench, McMahon J. held that the respondents carried out judicial functions ((1999), 240 A.R. 146, 1999 ABQB 45). As such, their position attracted the constitutional principle of judicial independence. The chambers judge noted that security of tenure was at the core of this principle. He held that the retroactive imposition of an educational requirement that the respondents could not meet, and their subsequent removal from office, would necessarily undermine the perception of independence to a reasonable and informed person. As a result, he concluded that s. 2.4(8) was constitutionally invalid and was of no force and effect insofar as it relates to the

siégeant ou comme juge de paix président, si le conseil de la magistrature juge que cette personne est qualifiée.

(2) Le décret pris en vertu du paragraphe (1) désigne la personne nommée juge de paix siégeant ou comme juge de paix président, et précise si la nomination est à temps plein ou à temps partiel.

2.2(1) Le ministre peut nommer une personne juge de paix désigné comme juge de paix non président.

(2) Le juge de paix non président n'est nommé juge de paix que pour exercer les fonctions suivantes, pourvu que leur exercice soit conforme aux exigences constitutionnelles d'indépendance, s'il en est :

- a) faire prêter serment ou recevoir des affirmations ou déclarations solennelles;
- b) traiter les ordonnances de mise en liberté provisoire;
- c) ordonner des ajournements en cas d'absence d'un juge de la Cour provinciale ou d'un juge siégeant;
- d) exercer toute autre attribution conférée par règlement.

2.4 . . .

(8) Une personne nommée juge de paix avant l'entrée en vigueur de la présente disposition, qui n'a toutefois pas été nommée en vertu du par. 2.1(1) ou de l'art. 2.2, ne peut exercer aucun pouvoir ni être rémunérée en qualité de juge de paix après l'entrée en vigueur de la présente disposition.

III. Historique des procédures judiciaires

Le juge McMahon de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que les intimés exerçaient des fonctions judiciaires ((1999), 240 A.R. 146, 1999 ABQB 45). Par conséquent, le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire s'appliquait à leur charge. Le juge en chambre a souligné que l'inamovibilité était au cœur de ce principe. Il a estimé que l'exigence rétroactive d'un niveau particulier d'instruction, à laquelle les intimés ne pouvaient satisfaire, et la destitution subséquente de ces derniers mineraient nécessairement la perception d'indépendance qu'aurait une personne raisonnable et renseignée. Il a donc conclu que le par. 2.4(8) était inconstitutionnel et inopérant à l'égard des intimés,

respondents. He declared that the respondents should continue to serve as non-sitting justices of the peace and enjoy security of tenure in accordance with ss. 5, 5.1 and 5.2 of the *Justice of the Peace Act*.

The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the declaration of the chambers judge ([2001] 1 W.W.R. 606, 2000 ABCA 248). That court observed that the essence of security of tenure requires protection “against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner”: see *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 698. The Court of Appeal held that this standard required that a judicial officer be removable from office only for cause following a hearing by an independent tribunal. In this case, cause has not been alleged. Accordingly, the removal of the respondents from office violated their security of tenure and contravened the principle of independence.

IV. Issues

The Chief Justice stated the following constitutional questions on May 1, 2002:

1. Does s. 2.4(8) of the *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, c. J-3, as amended, interfere with the tenure of non-sitting justices of the peace and thereby violate the principle of judicial independence guaranteed by:
 - (a) the preamble of the *Constitution Act, 1867*, or
 - (b) section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1(b) is yes, is the Act demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

The primary issues in this appeal are whether the principle of judicial independence extends to the office of the respondents, and if so, whether the legislated removal of the respondents from office contravenes that principle. I agree that the principle applies to the position of the respondents as a result of their authority to exercise judicial

qui, selon lui, devraient continuer à occuper le poste de juge de paix non siégeant et à bénéficier de l’inamovibilité conformément aux art. 5, 5.1 et 5.2 de la *Justice of the Peace Act*.

La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel et confirmé la validité du jugement déclaratoire du juge en chambre ([2001] 1 W.W.R. 606, 2000 ABCA 48). Elle a noté que l’inamovibilité requiert essentiellement une protection contre « toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l’exécutif ou de l’autorité responsable des nominations » : voir *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 698. La Cour d’appel était d’avis que, selon cette norme, un officier de justice ne pouvait être destitué que pour un motif suffisant, à la suite d’une audience tenue par un tribunal indépendant. En l’espèce, aucun motif suffisant n’a été allégué. Par conséquent, la destitution des intimés portait atteinte à leur inamovibilité et contrevenait au principe de l’indépendance.

IV. Les questions en litige

Le 1^{er} mai 2002, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Le paragraphe 2.4(8) de la *Justice of the Peace Act*, R.S.A. 1980, ch. J-3 et ses modifications, porte-t-il atteinte à l’inamovibilité des juges de paix non siégeant et contrevient-il, de ce fait, au principe de l’indépendance judiciaire garanti par :
 - a) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou
 - b) l’alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, s’agit-il d’une loi dont la justification peut se démontrer en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit, conformément à l’article premier de la *Charte*?

V. Analyse

Les principales questions en litige dans le présent pourvoi sont de savoir si le principe de l’indépendance judiciaire s’applique à la charge des intimés et, dans l’affirmative, si la destitution des intimés par voie législative contrevient à ce principe. Je reconnais que le principe s’applique à la charge des intimés en raison de leur pouvoir d’exercer des

15

16

17

functions. However, I conclude that the amendments at issue do not violate the constitutional essence of the respondents' security of tenure, and so do not contravene the principle of judicial independence.

A. *The Scope of Judicial Independence*

18

Judicial independence has been recognized as "the lifeblood of constitutionalism in democratic societies": see *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 70, *per* Dickson C.J. It requires objective conditions that ensure the judiciary's freedom to act without interference from any other entity. The principle finds explicit constitutional reference in ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application of these provisions is limited: the former to judges of superior courts, and the latter to courts and tribunals that determine the guilt of those charged with criminal offences: see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("*Provincial Court Judges Reference*"), at para. 84, *per* Lamer C.J. The respondents do not fall into either of these categories. Nonetheless, as this Court has recognized, the principle of judicial independence extends beyond the limited scope of the above provisions.

19

Judicial independence has been a cornerstone of the United Kingdom's constitutional structure back to the *Act of Settlement* of 1700, 12 & 13 Will. 3, c. 2. See the comments of Lord Lane, cited in *Beauregard*, *supra*, at p. 71:

Few constitutional precepts are more generally accepted there in England, the land which boasts no written constitution, than the necessity for the judiciary to be secure from undue influence and autonomous within its own field ("*Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration*", in S. Shetreet and J. Deschênes (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), at p. 525).

fonctions judiciaires. Cependant, je conclus que les modifications en cause ne portent pas atteinte à l'inamovibilité dont les intimés doivent bénéficier en vertu de la Constitution et ne contreviennent donc pas au principe de l'indépendance judiciaire.

A. *La portée de l'indépendance judiciaire*

L'indépendance judiciaire a été reconnue comme étant « l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques » : voir *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70, le juge en chef Dickson. Elle requiert des conditions objectives garantissant au pouvoir judiciaire une liberté d'agir sans ingérence de la part de quelque autre entité. Le principe est mentionné expressément aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'application de ces dispositions est limitée : dans le premier cas, les articles en question s'appliquent aux juges des cours supérieures, et dans le deuxième cas, l'alinéa mentionné s'applique aux tribunaux qui se prononcent sur la culpabilité de personnes accusées d'une infraction criminelle : voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 84, le juge en chef Lamer. Les intimés ne font partie d'aucune de ces catégories. Néanmoins, comme notre Cour l'a reconnu, la portée du principe de l'indépendance judiciaire excède celle des dispositions susmentionnées.

L'indépendance judiciaire est un principe fondamental du régime constitutionnel du Royaume-Uni depuis l'*Act of Settlement* de 1700, 12 & 13 Will. 3, ch. 2. Voir les commentaires de lord Lane, reproduits dans l'arrêt *Beauregard*, précité, p. 71 :

[TRADUCTION] Peu de préceptes constitutionnels sont plus généralement acceptés en Angleterre, le pays qui se glorifie de n'avoir aucune constitution écrite, que la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'être à l'abri de toute influence indue et d'être autonome dans son propre domaine de compétence (« *Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration* », dans S. Shetreet et J. Deschênes (éd.), *Judicial Independence : The Contemporary Debate* (1985), à la p. 525).

The preamble to the *Constitution Act, 1867* provides for Canada to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. These words, by their adoption of the basic principles of the United Kingdom’s Constitution, serve as textual affirmation of an unwritten principle of judicial independence in Canada. Lamer C.J. concluded as follows in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 109:

... it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located.

The preamble acknowledges judicial independence to be one of the pillars upon which our constitutional democracy rests.

Historically, the principle of judicial independence was confined to the superior courts. As a result of the expansion of judicial duties beyond that realm, it is now accepted that all courts fall within the principle’s embrace. See *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 106:

... our Constitution has evolved over time. In the same way that our understanding of rights and freedoms has grown, such that they have now been expressly entrenched through the enactment of the *Constitution Act, 1982*, so too has judicial independence grown into a principle that now extends to all courts, not just the superior courts of this country.

The scope of the unwritten principle of independence must be interpreted in accordance with its underlying purposes. In this appeal, its extension to the office held by the respondents depends on whether they exercise judicial functions that relate to the bases upon which the principle is founded.

The historical rationale for independence was to ensure that judges, as the arbiters of disputes, are at complete liberty to decide individual cases on their merits without interference: see *Beauregard*, *supra*, at p. 69. The integrity of judicial decision making depends on an adjudicative process that is untainted by outside pressures. This gives rise to the individual dimension of judicial independence, that is,

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* dote le Canada d’« une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Du fait qu’ils évoquent l’adoption des principes fondamentaux de la Constitution du Royaume-Uni, ces mots confirment par écrit un principe non écrit d’indépendance judiciaire au Canada. Le juge en chef Lamer a tiré la conclusion suivante dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, par. 109 :

... c’est dans le préambule, qui constitue le portail de l’édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental.

Le préambule reconnaît que l’indépendance judiciaire est l’un des piliers de notre démocratie constitutionnelle.

Autrefois, le principe de l’indépendance judiciaire s’appliquait uniquement aux cours supérieures. Depuis que les fonctions judiciaires ne sont plus l’apanage exclusif de ces cours, il est maintenant accepté que ce principe s’applique à tous les tribunaux judiciaires. Voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, par. 106 :

... notre Constitution a évolué avec le temps. Tout comme notre compréhension des droits et des libertés a progressé, à tel point qu’ils ont été expressément constitutionnalisés par l’édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays.

Le principe non écrit de l’indépendance judiciaire doit être interprété conformément aux objets qui le sous-tendent. En l’espèce, l’indépendance judiciaire ne s’appliquera à la charge des intimés que s’il est déterminé qu’ils exercent des fonctions judiciaires liées aux fondements de ce principe.

La raison d’être de l’indépendance judiciaire a toujours été de garantir que les juges, en tant qu’arbitres de différends, soient complètement libres de trancher chaque affaire au fond sans ingérence de la part de qui que ce soit : voir *Beauregard*, précité, p. 69. L’intégrité du processus décisionnel judiciaire n’est assurée que si la prise des décisions n’est assujettie à aucune pression extérieure. D’où l’aspect

20

21

the need to ensure that a particular judge is free to decide upon a case without influence from others.

22

In modern times, it has been recognized that the basis for judicial independence extends far beyond the need for impartiality in individual cases. The judiciary occupies an indispensable role in upholding the integrity of our constitutional structure: see *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 108. In Canada, like other federal states, courts adjudicate on disputes between the federal and provincial governments, and serve to safeguard the constitutional distribution of powers. Courts also ensure that the power of the state is exercised in accordance with the rule of law and the provisions of our Constitution. In this capacity, courts act as a shield against unwarranted deprivations by the state of the rights and freedoms of individuals. Dickson C.J. described this role in *Beauregard*, *supra*, at p. 70:

[Courts act as] protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it — rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important.

This constitutional mandate gives rise to the principle's institutional dimension: the need to maintain the independence of a court or tribunal as a whole from the executive and legislative branches of government.

23

Accordingly, the judiciary's role as arbiter of disputes and guardian of the Constitution require that it be independent from all other bodies. A separate, but related, basis for independence is the need to uphold public confidence in the administration of justice. Confidence in our system of justice requires a healthy perception of judicial independence to be maintained amongst the citizenry. Without the perception of independence, the judiciary is unable to "claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it": see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 38, *per*

individuel de l'indépendance judiciaire, c'est-à-dire la nécessité de veiller à ce que le juge soit libre de trancher une affaire sans influence extérieure.

De nos jours, on reconnaît que le besoin d'impartialité dans chaque cas est loin d'être le seul impératif justifiant l'indépendance judiciaire. Le pouvoir judiciaire joue un rôle indispensable pour ce qui est de préserver la structure fondamentale de notre Constitution : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, par. 108. Au Canada, comme dans les autres États fédéraux, les tribunaux judiciaires tranchent les différends opposant le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et veillent au respect du partage constitutionnel des compétences. Ces mêmes tribunaux veillent également à ce que l'exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution. À ce titre, ils servent de bouclier contre les atteintes injustifiées de l'État aux droits et libertés des citoyens. Le juge en chef Dickson a décrit ainsi ce rôle dans l'arrêt *Beauregard*, précité, p. 70 :

[Les tribunaux judiciaires jouent le rôle de] protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées — la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes.

Ce mandat constitutionnel est à l'origine de l'aspect institutionnel du principe : la nécessité de maintenir l'indépendance d'un tribunal judiciaire ou administratif dans son ensemble vis-à-vis des organes exécutif et législatif du gouvernement.

Par conséquent, en raison de son rôle d'arbitre des différends et de gardien de la Constitution, le pouvoir judiciaire doit être complètement indépendant. Un motif séparé, mais connexe, justifiant l'indépendance judiciaire est la nécessité de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Pour que règne la confiance dans notre système de justice, il faut s'assurer que les citoyens aient toujours une saine perception d'indépendance judiciaire. Sans cette perception d'indépendance, le pouvoir judiciaire ne peut pas « prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels » : voir *Mackin c.*

Gonthier J. The principle requires the judiciary to be independent both in fact and perception.

In light of these bases of judicial independence — impartiality in adjudication, preservation of our constitutional order, and public confidence in the administration of justice — it is clear that the principle extends its protection to the judicial office held by the respondents. Alberta's non-sitting justices of the peace exercised judicial functions directly related to the enforcement of law in the court system. They served on the front line of the criminal justice process, and performed numerous judicial functions that significantly affected the rights and liberties of individuals. Of singular importance was their jurisdiction over bail hearings. Justices of the peace are included in the definition of "justice" under s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the respondents were thereby authorized to determine judicial interim release pursuant to s. 515 of the *Code*. Decisions on judicial interim release impact upon the right to security of the person under s. 7 of the *Charter* and the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e). Professor Friedland commented upon the importance of bail hearings in *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965), at p. 172:

The period before trial is too important to be left to guess-work and caprice. At stake in the process is the value of individual liberty. Custody during the period before trial not only affects the mental, social, and physical life of the accused and his family, but also may have a substantial impact on the result of the trial itself. The law should abhor any unnecessary deprivation of liberty and positive steps should be taken to ensure that detention before trial is kept to a minimum.

Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances), [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 38, le juge Gonthier. Le principe exige que le pouvoir judiciaire soit non seulement effectivement indépendant, mais encore perçu comme étant indépendant.

À la lumière de ces raisons d'être de l'indépendance judiciaire — l'impartialité dans la prise de décisions et le maintien de notre ordre constitutionnel et de la confiance du public dans l'administration de la justice — il est clair que la protection offerte par le principe s'applique également à la charge judiciaire occupée par les intimés. Les juges de paix albertains non siégeant exerçaient des fonctions judiciaires directement liées à l'application de la loi au sein du système judiciaire. Ils étaient sur la ligne de feu du processus de justice criminelle et exerçaient maintes fonctions judiciaires ayant une incidence importante sur les droits et libertés des citoyens. Leur compétence en matière d'enquêtes sur cautionnement revêtait une importance particulière. Les juges de paix étant visés par la définition de l'expression « juge de paix » figurant à l'art. 2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, les intimés étaient, de ce fait, autorisés à se prononcer sur des mises en liberté provisoire, conformément à l'art. 515 du *Code*. Les décisions en matière de mise en liberté provisoire ont une incidence sur le droit à la sécurité de la personne et sur le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, garantis respectivement par l'art. 7 et l'al. 11e) de la *Charte*. Le professeur Friedland a commenté ainsi l'importance des enquêtes sur cautionnement dans *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965), p. 172 :

[TRADUCTION] La période précédant le procès est trop importante pour être livrée à la conjecture et à l'arbitraire. C'est la valeur accordée à la liberté individuelle qui est alors en jeu. La détention avant le procès touche non seulement aux aspects moral, social et physique de la vie de l'accusé et de sa famille, mais peut également avoir une incidence considérable sur l'issue du procès lui-même. Le droit devrait avoir en horreur toute privation inutile de liberté, et des mesures concrètes devraient être prises pour faire en sorte que la détention avant le procès soit réduite au minimum.

The respondents were required to exercise significant judicial discretion in adjudicating on these matters.

25

The respondents also had the authority to issue search warrants, which impact upon the right to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. Sopinka J. described the effect of search warrants on the right to privacy in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 444-45:

Physical search of private premises . . . is the greatest intrusion of privacy short of a violation of bodily integrity. . . .

Warrants for the search of any premises constitute a significant intrusion on the privacy of an individual that is both upsetting and disruptive.

In that case, the Court concluded at p. 439 that the issuance of search warrants constitutionally required discretion to be exercised by a judicial officer who remains independent from the state and its agents.

26

Each of the above judicial responsibilities makes clear that the respondents played an important role in assisting the provincial and superior courts in fulfilling the judiciary's constitutional mandate. The following conclusion of Professor Mewett on Ontario's justices of the peace is equally applicable to the respondents (Mewett Report, at p. 39):

. . . the Justice of the Peace is the very person who stands between the individual and the arbitrary exercise of power by the state or its officials. It is essential that an independent person be the one to determine whether process should issue, whether a search warrant should be granted, whether and on what terms an accused should be released on bail and so on. This is a fundamental principle . . . [that] must be zealously preserved.

It is obvious the respondents were constitutionally required to be independent in the exercise of their duties.

Les intimés devaient exercer un pouvoir discrétionnaire judiciaire important en rendant des décisions à cet égard.

Les intimés étaient également habilités à décerner des mandats de perquisition, qui ont une incidence sur le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 444-445, le juge Sopinka a décrit ainsi l'effet des mandats de perquisition sur le droit à la protection de la vie privée :

La perquisition dans des locaux privés [. . .] constitue la plus grave atteinte à la vie privée, abstraction faite de l'atteinte à l'intégrité physique . . .

Les mandats de perquisition constituent une atteinte importante à la vie privée d'un particulier qui est à la fois contrariante et perturbatrice.

À la page 439 de cet arrêt, la Cour a conclu que, pour être conforme à la Constitution, la délivrance d'un mandat de perquisition devait relever de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un officier de justice indépendant de l'État et de ses mandataires.

Il ressort clairement de chacune des fonctions judiciaires susmentionnées que les intimés aidaient grandement les cours provinciales et supérieures à remplir le mandat constitutionnel confié au pouvoir judiciaire. La conclusion suivante du professeur Mewett concernant les juges de paix ontariens s'applique également aux intimés (rapport Mewett, p. 39) :

[TRADUCTION] . . . le juge de paix est la personne qui s'interpose entre le citoyen et l'exercice arbitraire de pouvoir par l'État ou ses fonctionnaires. Il est essentiel que ce soit une personne indépendante qui décide s'il y a lieu de délivrer l'acte de procédure, de décerner un mandat de perquisition ou de mettre un accusé en liberté sous caution et, le cas échéant, à quelles conditions, et ainsi de suite. Il s'agit d'un principe fondamental [. . .] qui doit être jalousement préservé.

Il est évident que l'indépendance des intimés dans l'exercice de leurs fonctions était une exigence constitutionnelle.

This review leads to the substance of judicial independence and to whether the legislation at issue contravenes this principle.

B. *The Essential Conditions of Independence*

As stated, judicial independence encompasses both an individual and institutional dimension. The former relates to the independence of a particular judge, and the latter to the independence of the court to which the judge is a member. Each of these dimensions depends on objective conditions or guarantees that ensure the judiciary's freedom from influence or any interference by others: see *Valente, supra*, at p. 685. The requisite guarantees are security of tenure, financial security and administrative independence: see *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 115.

The principal question in this case is whether the Legislature's removal of the respondents from office contravened their security of tenure. In assessing this issue, it must be considered that the conditions of independence are intended to protect the interests of the public. Judicial independence serves not as an end in itself, but as a means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice: see *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 9. The principle exists for the benefit of the judged, not the judges. If the conditions of independence are not "interpreted in light of the public interests they were intended to serve, there is a danger that their application will wind up hurting rather than enhancing public confidence in the courts": see *Mackin, supra*, at para. 116, *per* Binnie J., in his dissent.

The manner in which the essential conditions of independence may be satisfied varies in accordance with the nature of the court or tribunal and the interests at stake. See *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 83, *per* Lamer C.J., and *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 65, where the Court advocated a contextual approach to judicial independence:

Cet examen nous amène au contenu de l'indépendance judiciaire et à la question de savoir si la mesure législative en cause contrevient à ce principe.

B. *Les conditions essentielles de l'indépendance*

Comme nous l'avons vu, l'indépendance judiciaire comporte à la fois un aspect individuel et un aspect institutionnel. Le premier aspect concerne l'indépendance du juge lui-même, et le deuxième, l'indépendance du tribunal judiciaire où il siège. Chacun de ces aspects est tributaire de l'existence de conditions ou garanties objectives destinées à soustraire le pouvoir judiciaire à toute influence ou à toute intervention extérieure : voir *Valente, précité*, p. 685. Les garanties nécessaires sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 115.

La principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si la destitution des intimés par la législature portait atteinte à leur inamovibilité. En examinant cette question, il faut considérer que les conditions d'indépendance sont censées protéger les intérêts du public. L'indépendance judiciaire est non pas une fin en soi, mais un moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 9. Ce principe existe au profit de la personne jugée et non des juges. Si les conditions d'indépendance ne sont pas « interprété[e]s en fonction des intérêts d'ordre public qu'[elles] visent à servir, il y a danger que leur application compromette la confiance du public dans les tribunaux, au lieu de l'accroître » : voir l'arrêt *Mackin, précité*, par. 116, le juge Binnie dissident.

La manière de remplir les conditions essentielles de l'indépendance varie selon la nature du tribunal judiciaire ou administratif et les intérêts en jeu. Voir les arrêts *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 83, le juge en chef Lamer, et *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 65, où la Cour a préconisé une approche contextuelle en matière d'indépendance judiciaire :

27

28

29

30

... although it may be desirable, it is not reasonable to apply the most elaborate and rigorous conditions of judicial independence as constitutional requirements, since s. 11(d) of the *Canadian Charter* may have to be applied to a variety of tribunals. These essential conditions should instead respect that diversity and be construed flexibly. Accordingly, there should be no uniform standard imposed or specific legislative formula dictated as supposedly prevailing. It will be sufficient if the essence of these conditions is respected . . .

31

The level of security of tenure that is constitutionally required will depend upon the specific context of the court or tribunal. Superior court judges are removable only by a joint address of the House of Commons and the Senate, as stipulated by s. 99 of the *Constitution Act, 1867*. This level of tenure reflects the historical and modern position of superior courts as the core of Canada's judicial structure and as the central guardians of the rule of law. Less rigorous conditions apply in the context of provincial courts, which are creatures of statute, but which nonetheless perform significant constitutional tasks. See *Mackin, supra*, at para. 52:

... the provincial judiciary has important constitutional functions to perform, especially in terms of what it may do: ensure respect for the primacy of the Constitution under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; provide relief for violations of the *Charter* under s. 24; apply ss. 2 and 7 to 14 of the *Charter*; ensure compliance with the division of powers within Confederation under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*; and render decisions concerning the rights of the aboriginal peoples protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

While the respondents have important duties, their jurisdiction is considerably more limited than that of provincial court judges. Their role in upholding the Constitution is narrower in scope. As a result, less stringent conditions are necessary in order to satisfy their security of tenure.

32

The ultimate question in each case is whether a reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical

... bien que ce puisse être souhaitable, il n'est pas raisonnable de poser comme exigences constitutionnelles les conditions les plus rigoureuses et élaborées de l'indépendance judiciaire parce que l'al. 11d) de la *Charte canadienne* est susceptible de s'appliquer à une grande diversité de tribunaux. Ces conditions essentielles devront plutôt respecter cette diversité et être interprétées de façon souple. Ainsi, il ne saurait être question d'imposer une norme uniforme ou de dicter une formule législative particulière qui devrait prévaloir. Il suffira que l'essence de ces conditions soit respectée . . .

Le degré d'inamovibilité constitutionnellement requis dépend du contexte particulier du tribunal judiciaire ou administratif. Les juges des cours supérieures ne peuvent être destitués que sur adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat, comme le prévoit l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce degré d'inamovibilité reflète la position traditionnelle et contemporaine que les cours supérieures occupent en leur qualité de composante fondamentale de la structure judiciaire canadienne et de principales gardiennes de la primauté du droit. Des conditions moins rigoureuses s'appliquent dans le cas des cours provinciales, qui sont constituées par des lois, mais qui accomplissent néanmoins des tâches constitutionnelles importantes. Voir l'arrêt *Mackin*, précité, par. 52 :

... la magistrature provinciale est investie d'importantes fonctions constitutionnelles, notamment en ce qu'elle est habilitée à faire : respecter la primauté de la Constitution en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; accorder réparation pour violation de la *Charte*, en vertu de l'art. 24; appliquer les art. 2, et 7 à 14 de la *Charte*; veiller au respect du partage des pouvoirs au sein de la fédération en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; et rendre des décisions relatives aux droits des peuples autochtones protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Bien que les intimés soient investis de fonctions importantes, leur compétence est beaucoup plus limitée que celle des juges des cours provinciales. Leur rôle de protecteur de la Constitution a une portée plus restreinte. Par conséquent, des conditions moins rigoureuses sont nécessaires pour respecter leur inamovibilité.

Dans chaque cas, il faut se demander, en définitive, si en examinant les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet,

context, would conclude that the court or tribunal is independent: *Valente, supra*, at p. 689. The perception of independence will be upheld if the essence of each condition of independence is met. The essence of security of tenure is that members of a tribunal be free from arbitrary or discretionary removal from office. See *Valente, supra*, at p. 698:

The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

In my view, a removal from office that is reasonably intended to further the interests that underlie the principle of judicial independence is not arbitrary. Those interests, as noted above, are public confidence in the administration of justice, and the maintenance of a strong and independent judiciary that is able to uphold the rule of law and the values of our Constitution. If the removal from office is necessary in the promotion of these interests, then it cannot be considered arbitrary, and would not undermine the perception of independence in the mind of a reasonable and informed person.

This Court has previously held that a legislative structure that permitted the removal of a judicial officer without cause by the Executive will generally be considered arbitrary: see *Valente, supra*, at p. 698; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 285; and *Matsqui, supra*, at para. 101. That issue does not arise in this appeal. Neither party submitted that the legislative guarantees against Executive interference were insufficient.

In this case, the question is whether the removal of the respondents from office by the Legislature is arbitrary. With respect to the contrary view of the Court of Appeal, the requirement of cause cannot be rigidly applied in this context without consideration of the purpose of judicial independence. If the removal of the respondents from office reflects a good faith and considered decision of the Legislature intended to advance the public interests that judicial independence is meant to protect, then

une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif en question est indépendant : *Valente*, précité, p. 689. Il y a perception d'indépendance lorsque chaque condition est remplie pour l'essentiel. L'inamovibilité vise essentiellement à empêcher que les membres d'un tribunal fassent l'objet d'une destitution arbitraire ou discrétionnaire. Voir l'arrêt *Valente*, précité, p. 698 :

L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

À mon avis, la destitution raisonnablement conçue pour servir les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance judiciaire n'est pas arbitraire. Comme nous l'avons vu, ces intérêts sont la confiance du public dans l'administration de la justice et le maintien d'un pouvoir judiciaire fort et indépendant capable de faire respecter la primauté du droit et les valeurs consacrées par notre Constitution. La destitution nécessaire pour servir ces intérêts ne peut pas être qualifiée d'arbitraire et ne mine pas la perception d'indépendance qu'aurait une personne raisonnable et renseignée.

Notre Cour a déjà statué qu'un régime législatif qui permet à l'exécutif de destituer sans motif suffisant un officier de justice est généralement jugé arbitraire : voir *Valente*, précité, p. 698; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 285; *Matsqui*, précité, par. 101. Cette question ne se pose pas dans le présent pourvoi. Aucune des parties n'a plaidé l'insuffisance des garanties législatives contre l'ingérence de l'exécutif.

En l'espèce, il s'agit de savoir si la destitution des intimés par la législature est arbitraire. En ce qui concerne l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, on ne saurait, dans le présent contexte, appliquer rigoureusement l'exigence d'un motif suffisant sans tenir compte de l'objet de l'indépendance judiciaire. Si la destitution des intimés reflète une décision que la législature a prise de bonne foi et de façon réfléchie dans le but de promouvoir les intérêts du public que l'indépendance judiciaire est

33

34

35

the prevention of this removal will serve only to frustrate these interests.

36

Tenure cannot be viewed as an absolute. If an absolute, necessary reforms would be almost impossible. Conversely, to accept the need for reform in required circumstances is to acknowledge that individual persons may be affected. A legislated change resulting in a removal from office undertaken upon the advice of an independent Judicial Council is justified if it is necessary to accommodate significant reforms that are considered integral to public confidence in the administration of justice. Legislative action of this kind is neither arbitrary nor discretionary. In contrast, removal without cause by the Executive could not be justified on this basis, and would almost certainly be arbitrary.

37

In light of the circumstances that led to the present reforms, it is evident that a reasonable and informed person would perceive the amendments to strengthen, rather than diminish, the independence and qualifications of Alberta's justices of the peace. It is evident that the Legislature concluded that the positive impact of the reforms on the interests that underlie judicial independence outweighs any negative impact of the respondents' removal from office. Their removal was necessary to give effect to those reforms. As such, the respondents' removal cannot be said to be arbitrary, and does not violate the principle of judicial independence.

38

This conclusion is reached on several considerations. First, it is uncontested that the provisions at issue were enacted to serve the public good. There is no suggestion that the amendments were a disguised attempt to remove any particular justices of the peace from office. To the contrary, the particular qualifications were set by an independent Judicial Council. The reforms were designed to alleviate institutional impediments to the independence and qualifications of justices of the peace. In *Valente, supra*, this Court determined that the involvement of a provincial Judicial Council in tenure issues went a considerable distance to secure judicial independence

censée protéger, alors le fait d'empêcher cette destitution ne contribue qu'à contrecarrer ces intérêts.

L'inamovibilité ne saurait être considérée comme absolue. Si elle était absolue, il serait quasi impossible de mettre en œuvre des réformes nécessaires. À l'inverse, reconnaître le besoin de réforme lorsque cela est indiqué revient à reconnaître que des particuliers peuvent être touchés. Une modification apportée par voie législative, qui entraîne une destitution sur avis d'un conseil de la magistrature indépendant, est justifiée si elle est nécessaire pour mettre en œuvre d'importantes réformes jugées essentielles au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. Une telle mesure législative n'est ni arbitraire ni discrétionnaire. Par contre, une destitution sans motif suffisant ordonnée par l'exécutif ne saurait être justifiée par ce motif et serait presque certainement arbitraire.

Eu égard aux circonstances à l'origine des réformes en cause dans la présente affaire, il est évident qu'une personne raisonnable et renseignée considérerait que les modifications renforcent l'indépendance des juges de paix albertains et relèvent leurs qualifications, au lieu de les diminuer. Il est évident que la législature a conclu que l'incidence positive des réformes sur les intérêts qui sous-tendent l'indépendance judiciaire l'emporte sur l'incidence négative de la destitution des intimés. Leur destitution était nécessaire à la mise en œuvre de ces réformes. Par conséquent, elle ne saurait être qualifiée d'arbitraire et ne contrevient pas au principe de l'indépendance judiciaire.

Plusieurs considérations mènent à cette conclusion. Premièrement, on ne conteste pas que les dispositions en cause ont été adoptées dans l'intérêt du public. Rien n'indique que les modifications constituaient une tentative déguisée de destituer des juges de paix en particulier. Au contraire, les qualifications requises étaient fixées par un conseil de la magistrature indépendant. Les réformes avaient pour but de pallier les obstacles institutionnels à l'indépendance et aux qualifications des juges de paix. Dans l'arrêt *Valente*, précité, p. 703-704, la Cour a statué que le rôle joué en matière d'inamovibilité par un conseil de la magistrature

which, in turn, removed any reasonably held concerns that this was an arbitrary or discretionary measure: pp. 703-4. The Legislature's good faith removes the possibility of a chilling effect on presiding justices of the peace under the new regime.

Second, the need to improve both the independence and competence of Alberta's justices of the peace was amply demonstrated by the recommendations of the independent commissions mentioned above. As the chambers judge observed, "the proposed changes have great merit. The need for change has been demonstrated several times over" (para. 54). The substance of the legislation reflected the recommendations of the various reports, and aligns closely with the conclusions of the Manitoba Report (1991), the most recent Canadian study available.

The Manitoba Report suggested a classification of the office into three categories, with the duties of justices of the peace in each category stipulated by statute or regulations (p. 52). It recommended that qualifications for office be left to an independent committee chaired by the Chief Judge of the Provincial Court, and that individuals with inherent conflicts of interest be barred from office (p. 59). Finally, it suggested that in order to implement the reforms in a timely fashion, incumbents that failed to meet the new qualifications be removed from office, but in a manner that ensured the least possible disruption to their career (p. 76).

Alberta's legislative amendments follow all of these recommendations. Each change is clearly designed to improve the independence and qualifications of Alberta's justices of the peace, with consideration given to the disruption of the careers of those removed from previous duties.

(1) Reclassification of Duties

Alberta's amendments divide justices of the peace into the three categories of sitting, presiding,

provincial avait contribué de façon importante à assurer l'indépendance judiciaire qui, à son tour, dissipait toute crainte raisonnable que la mesure en cause ait été arbitraire ou discrétionnaire. La bonne foi de la législature élimine tout risque d'effet paralysant sur les juges de paix qui président en vertu du nouveau régime.

Deuxièmement, les recommandations des commissions indépendantes susmentionnées ont amplement démontré la nécessité d'accroître l'indépendance et la compétence des juges de paix albertains. Comme le juge en chambre l'a noté, [TRADUCTION] « les changements proposés sont très bien fondés. Le besoin de changement a été démontré à plusieurs reprises » (par. 54). La mesure législative reflète, pour l'essentiel, les recommandations des divers rapports et suit de près les conclusions du rapport manitobain (1991) qui est l'étude canadienne la plus récente en la matière.

Le rapport manitobain proposait que la charge soit divisée en trois catégories, les fonctions des juges de paix de chaque catégorie devant être édictées par voie législative ou réglementaire (p. 52). Il recommandait que les qualifications requises pour occuper la charge en question soient fixées par un comité indépendant présidé par le juge en chef de la Cour provinciale, et qu'il soit interdit aux personnes en situation de conflit d'intérêts inhérent d'occuper cette charge (p. 59). Finalement, il était recommandé que, pour assurer la mise en œuvre en temps utile des réformes, les titulaires ne satisfaisant pas aux nouvelles qualifications requises soient destitués, mais de façon à bouleverser le moins possible leur carrière (p. 76).

Les modifications législatives apportées par l'Alberta suivent toutes ces recommandations. Chaque modification est clairement destinée à accroître l'indépendance des juges de paix albertains et à relever leurs qualifications, tout en tenant compte du bouleversement causé à la carrière des personnes destituées de leurs fonctions.

(1) Reclassification des fonctions

Les modifications apportées en Alberta répartissent les juges de paix en trois catégories, à savoir

39

40

41

42

and non-presiding justices. This permits a precise delineation by statute and regulations of the jurisdiction of each office. In the past, the jurisdiction of each non-sitting justice of the peace was determined by administrative directive in the form of "letters of authority" from the Chief Judge of the Provincial Court. As a result of the varying qualifications of the non-sitting justices, and the different duties required of them, the system was unworkable. Since there were no eligibility requirements for office, there was little assurance that justices were qualified for the particular duties assigned to them. The amendments allow for the qualifications of each justice to be appropriately tailored to the scope of his or her duties.

43 As well, prior to the amendments there was a danger that the perception of independence would be fettered by the significant administrative discretion vested in the supervisory role of the Chief Judge. See the Manitoba Report, at p. 51:

Limitation by administrative directive also carries the disadvantage that it may be perceived as a means to carry out a back-door disciplinary process, a perception that should be eliminated by statutory limits which can be regulated and administered publicly.

The clarification of the scope of each officer's jurisdiction reduces this administrative discretion and alleviates the danger that the perception of independence would be undermined in this regard.

(2) Removal of Conflicts of Interest

44 The amendments bar persons with inherent conflicts of interest from appointment to office as sitting or presiding justices of the peace: s. 2.1(5). These persons include government employees, law enforcement officers, prosecutors, and prison wardens. At the time of the amendments, several hundred non-sitting justices of the peace were employees of the Department of Justice. The employment of judicial officers by the executive branch of government was a significant taint on the perception

les juges de paix siégeant, les juges de paix présidant et les juges de paix non présidant. Cette mesure permet de définir exactement — par voie législative ou réglementaire — la compétence rattachée à chaque charge. Auparavant, la compétence de chaque juge de paix non siégeant était définie au moyen d'une directive administrative sous forme de [TRADUCTION] « lettres d'habilitation » (*letters of authority*) du juge en chef de la Cour provinciale. En raison de la diversité des qualifications et des fonctions des juges de paix non siégeant, le système posait des problèmes insurmontables. Étant donné qu'il n'existait aucune condition d'admissibilité à la charge, il était loin d'être assuré que les juges de paix étaient qualifiés pour exercer les fonctions particulières qui leur étaient assignées. Les modifications permettent de bien adapter les qualifications de chaque juge de paix aux fonctions de sa charge.

De même, avant les modifications, la perception d'indépendance risquait d'être compromise en raison de l'important pouvoir discrétionnaire administratif rattaché au rôle de surveillance du juge en chef. Voir le rapport manitobain, p. 51 :

[TRADUCTION] La restriction par voie de directive administrative est également désavantageuse en ce sens qu'elle risque d'être perçue comme un moyen détourné de mettre en œuvre un processus disciplinaire, perception qui devrait être éliminée par des restrictions légales pouvant être régies et appliquées publiquement.

La clarification de l'étendue de la compétence de chaque juge de paix contribue à réduire ce pouvoir discrétionnaire administratif et le risque que la perception d'indépendance soit minée à cet égard.

(2) Élimination des conflits d'intérêts

Les modifications empêchent de nommer juge de paix siégeant ou juge de paix présidant les personnes en situation de conflit d'intérêts (par. 2.1(5)). Ces personnes sont notamment les employés du gouvernement, les personnes chargées d'appliquer la loi, les procureurs et les gardiens de prison. À l'époque où les modifications ont été apportées, plusieurs centaines de juges de paix non siégeant étaient des employés du ministère de la Justice. L'embauche d'officiers de justice par le pouvoir exécutif avait

of the office's independence. Their removal from judicial office alleviates that.

(3) Qualifications Set by an Independent Judicial Council

Historically, there was a widespread belief that appointment to office was solely on political grounds. The McRuer Commission (1968) described the situation in Ontario as a "mockery of judicial office [that is] bound to depreciate respect for law and order in the community" (p. 518). It is hoped that patronage in the appointment process has been at least lessened if not eradicated since the time of that report. Unquestionably, the perception that appointment to judicial office is political in nature undermines public confidence in the administration of justice.

One step towards ameliorating this perception was to require that candidates for office meet qualifications decided upon by an independent committee that is divorced from political influence. In this appeal the Alberta amendments stipulated that no person may be appointed as a sitting or presiding justice of the peace unless he or she meets qualifications determined by the Judicial Council: s. 2.1(1). The setting of qualifications for office by this independent committee counters the perception of patronage in the appointment process.

The delegation of this task to an independent Judicial Council also ensures that appropriate qualifications are set by a body that is familiar with the duties demanded of justices of the peace and the level of education and training required to discharge those duties. The Manitoba Report observed at p. 58:

. . . we are of the opinion that the Committee itself should determine the level of educational preparation to be required. This is especially appropriate, given that those charged with the training and supervision of justices of the peace are represented on the Committee.

pour effet de compromettre sérieusement la perception d'indépendance relative à leur charge. Le fait de destituer ces personnes de leur charge d'officier de justice permet de pallier cet effet.

(3) Qualifications fixées par un conseil de la magistrature indépendant

On a longtemps cru que les nominations en question reposaient uniquement sur des motifs politiques. La commission McRuer (1968) a qualifié la situation en Ontario de [TRADUCTION] « simulacre de charge judiciaire [qui ne peut] que dévaloriser le respect de la loi et de l'ordre dans la collectivité » (p. 518). Il est à espérer que, à défaut d'avoir été éliminé, le favoritisme dans le processus de nomination a au moins été réduit depuis ce rapport. Il est incontestable que la perception selon laquelle la nomination à une charge judiciaire est de nature politique mine la confiance du public dans l'administration de la justice.

Une mesure destinée à améliorer cette perception consistait à exiger que les candidats et candidates aient les qualifications fixées par un comité indépendant échappant à toute influence politique. Dans le présent pourvoi, les modifications apportées en Alberta prévoyaient que seule la personne ayant les qualifications fixées par le conseil de la magistrature pouvait être nommée juge de paix siégeant ou juge de paix président (par. 2.1(1)). L'établissement, par ce comité indépendant, des qualifications requises pour occuper la charge remédie à la perception de favoritisme dans le processus de nomination.

La délégation de cette tâche à un conseil de la magistrature indépendant garantit également que les qualifications pertinentes sont fixées par un organisme qui connaît bien les fonctions des juges de paix et le niveau d'instruction et de formation nécessaire pour les exercer. Le rapport manitobain fait remarquer ceci, à la p. 58 :

[TRADUCTION] . . . nous sommes d'avis que le comité lui-même devrait fixer le niveau d'instruction requis. Cela est particulièrement pertinent, étant donné que les responsables de la formation et de la surveillance des juges de paix sont représentés au comité.

45

46

47

The Judicial Council unanimously agreed that a minimum requirement for appointment is membership in good standing of the Law Society of Alberta with at least five years related experience at the bar.

48

These eligibility criteria are reasonable in light of the judicial functions of sitting and presiding justices of the peace and their significant impact on the rights and liberties of individuals. The Doob Report noted that 84 percent of justices of the peace surveyed in Ontario and British Columbia thought "it would be helpful to justices to have some formal training in law before being appointed" (p. 64). It is a sensible conclusion that minimum requirements of education and experience for justices of the peace will tend to improve the quality of legal decisions. Increased training also reduces the reliance of individual officers on the advice of others, thereby increasing their independence in decision making.

(4) Application of the Reforms to the Respondents

49

The respondents do not dispute the merits of the above reforms. They argue, however, that the amendments should apply only to new appointments to office. I disagree. As many of the reports observed, once it is established that the office is in need of significant structural reform, a requirement of "grandfathering" incumbents serves only to delay that reform. See the Manitoba Report, at pp. 75-76:

Because justices of the peace and magistrates may hold office for many years, a solution which did not affect those presently appointed would have no appreciable impact for a very long time.

Reforms in Ontario, Saskatchewan, and the Northwest Territories did not include provisions to grandfather incumbents. In this appeal, the requirement of removal only for cause would mandate that, in addition to the respondents, the 190 fee justices and 242 staff justices would hold office until

Le conseil de la magistrature a convenu à l'unanimité que, pour être nommé, il fallait au moins être membre en règle du barreau de l'Alberta et avoir au moins cinq ans d'expérience pertinente à titre d'avocat.

Ces critères d'admissibilité sont raisonnables compte tenu des fonctions judiciaires des juges de paix siégeant et des juges de paix président et de l'incidence importante qu'elles ont sur les droits et libertés des particuliers. Le rapport Doob a révélé que 84 pour 100 des juges de paix interrogés en Ontario et en Colombie-Britannique pensaient [TRADUCTION] « qu'il serait utile que les juges de paix nommés aient quelque formation en droit » (p. 64). Il est raisonnable de conclure que les exigences minimales en matière d'instruction et d'expérience des juges de paix tendront à améliorer la qualité des décisions judiciaires. En étant mieux formé, le juge de paix cherchera moins à consulter d'autres personnes, ce qui aura pour effet d'accroître son indépendance sur le plan décisionnel.

(4) Application des réformes aux intimés

Les intimés ne contestent pas le bien-fondé des réformes susmentionnées. Cependant, ils font valoir que les modifications ne devraient s'appliquer qu'aux nouvelles nominations. Je ne suis pas de cet avis. Comme un bon nombre des rapports l'ont souligné, dès qu'il est établi que la charge a besoin d'une réforme structurelle importante, l'établissement d'une disposition maintenant les « droits acquis » des titulaires de la charge ne contribue qu'à retarder la mise en œuvre de cette réforme. Voir le rapport manitobain, p. 75-76 :

[TRADUCTION] Étant donné que les juges de paix et les magistrats peuvent rester en fonction pendant de nombreuses années, une solution qui ne s'appliquerait pas à ceux qui sont déjà nommés n'aurait aucune incidence appréciable pendant longtemps.

Les réformes adoptées en Ontario, en Saskatchewan et dans les Territoires du Nord-Ouest ne comportaient aucune disposition maintenant les droits acquis des titulaires de la charge. En l'espèce, l'exigence que la destitution soit fondée sur un motif suffisant commanderait que, outre les intimés, les

retirement. This would preclude any meaningful implementation of reforms for many years. Such delay, in the face of a demonstrated need for change, does not serve the interests of the public.

Moreover, public confidence in the administration of justice could be harmed by retaining those individuals who do not meet the qualifications for eligibility that an independent Judicial Council, with intimate knowledge of the duties of office, have determined to be the minimum necessary. Regardless of whether the respondents are in fact qualified for office, their failure to meet these minimum educational criteria could undermine the perception of their qualifications in the minds of the individuals who come before them.

Finally, the manner in which the reforms were implemented lessened as much as possible the legislation's adverse impact upon the respondents. The respondents were offered appointment as non-presiding justices of the peace. This position comprises the administrative functions that they had performed as non-sitting justices of the peace. Although the position lacks security of tenure, it entitles the respondents to receive the equivalent pay and benefits as they did in their previous office.

(5) Conclusion

In light of these factors, I conclude that a reasonable and informed person would perceive the legislative amendments to strengthen the qualifications and independence of Alberta's justices of the peace. The reforms are the result of the Legislature's considered and thorough judgment that changes to the office are necessary to serve the public good by advancing the underlying interests of judicial independence. They strengthen the ability of justices of the peace to uphold the Constitution and adjudicate disputes, and improve public confidence in the administration of justice. The removal of the respondents from their positions is not arbitrary or discretionary, and does

190 juges de paix payés sur honoraires et les 242 juges de paix salariés restent en fonction jusqu'à leur retraite. Il s'ensuivrait que toute mise en œuvre significative des réformes serait impossible pendant plusieurs années. Compte tenu du besoin démontré de changement, un tel délai ne sert pas les intérêts du public.

De plus, le maintien en poste de personnes ne satisfaisant pas aux conditions minimales d'admissibilité fixées par un conseil de la magistrature indépendant, qui a une connaissance approfondie des fonctions de la charge, pourrait avoir pour effet d'ébranler la confiance du public dans l'administration de la justice. Indépendamment de la question de savoir si les intimés sont effectivement qualifiés pour occuper leur charge, leur défaut de satisfaire aux conditions minimales en matière d'instruction pourrait miner la perception qu'ont de leurs qualifications les personnes qui comparaissent devant eux.

Enfin, la manière dont les réformes ont été mises en œuvre a réduit au minimum l'incidence négative de la mesure législative sur les intimés. Ceux-ci se sont vu offrir une charge de juge de paix non présidant, laquelle charge comporte les fonctions administratives qu'ils exerçaient en leur qualité de juges de paix non siégeant. Bien que ses titulaires ne bénéficient pas de l'inamovibilité, la charge de juge de paix non présidant permet aux intimés de recevoir la même rémunération et les mêmes avantages que leur procurait leur charge antérieure.

(5) Conclusion

Compte tenu de ces facteurs, je conclus qu'une personne raisonnable et renseignée considérerait que les modifications législatives renforcent l'indépendance des juges de paix albertains et relèvent leurs qualifications. Les réformes sont le fruit de la décision mûrement réfléchie de la législature, selon laquelle il est nécessaire, dans l'intérêt du public, de modifier la charge par la promotion des intérêts qui sous-tendent l'indépendance judiciaire. Elles renforcent la capacité des juges de paix de défendre la Constitution et de trancher des différends, et elles augmentent la confiance du public dans l'administration de la justice. La destitution des intimés n'est

50

51

52

not undermine the reasonable and informed person's perception of independence.

53 I respectfully disagree with the conclusion reached by the courts below. In my view, s. 2.4(8) does not contravene the principle of judicial independence as it applies to the respondents.

C. *Section 1 of the Charter*

54 In light of the conclusion that s. 11(d) of the *Charter* is not engaged in this case, it is unnecessary to consider whether the Act is justified under s. 1.

VI. Disposition

55 Accordingly, I would allow the appeal without costs in this Court and, in light of the unique circumstances of this case, would not interfere with the costs awarded in the courts below.

56 The constitutional questions are answered as follows:

Answer to question 1: No.

Answer to question 2: It is unnecessary to answer this question.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Alberta Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Code Hunter, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

ni arbitraire ni discrétionnaire, et ne mine pas la perception d'indépendance qu'aurait une personne raisonnable et renseignée.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion des cours d'instance inférieure. J'estime que le par. 2.4(8) ne contrevient pas au principe de l'indépendance judiciaire applicable aux intimés.

C. *L'article premier de la Charte*

Compte tenu de la conclusion que l'al. 11d) de la *Charte* n'est pas en jeu en l'espèce, il n'est pas nécessaire de se demander si la Loi est justifiée au regard de l'article premier.

VI. Dispositif

En conséquence je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens dans notre Cour et, compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je suis d'avis de ne pas modifier les dépens accordés par les cours d'instance inférieure.

Les réponses données aux questions constitutionnelles sont les suivantes :

Réponse à la première question : Non.

Réponse à la deuxième question : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intimés : Code Hunter, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Association of Justices of the Peace of Ontario : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Bell Canada *Appellant*

v.

Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Femmes Action and Canadian Human Rights Commission *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Canadian Labour Congress, Public Service Alliance of Canada and Canada Post Corporation *Interveners*

INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADIAN TELEPHONE EMPLOYEES ASSOCIATION

Neutral citation: 2003 SCC 36.

File No.: 28743.

2003: January 23; 2003: June 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Procedural fairness — Institutional independence — Impartiality — Canadian Human Rights Tribunal — Canadian Human Rights Commission — Canadian Human Rights Act authorizing Commission to issue guidelines binding on Tribunal concerning “a class of cases” — Act also authorizing Tribunal Chairperson to extend terms of Tribunal members in ongoing inquiries — Whether Commission’s guideline-making power compromises Tribunal’s independence and impartiality — Whether Chairperson’s power to extend appointments compromises Tribunal’s independence and impartiality — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2), 48.2(2) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e).

Bell Canada *Appelante*

c.

Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, Femmes Action et Commission canadienne des droits de la personne *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario, Congrès du travail du Canada, Alliance de la fonction publique du Canada et Société canadienne des postes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. ASSOCIATION CANADIENNE DES EMPLOYÉS DE TÉLÉPHONE

Référence neutre : 2003 CSC 36.

N° du greffe : 28743.

2003 : 23 janvier; 2003 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Équité procédurale — Indépendance institutionnelle — Impartialité — Tribunal canadien des droits de la personne — Commission canadienne des droits de la personne — Loi canadienne sur les droits de la personne autorisant la Commission à prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » — Loi autorisant aussi le président du Tribunal à prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis — Le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Le pouvoir du président de prolonger les mandats compromet-il l’indépendance et l’impartialité du Tribunal? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11, 27(2), 48.2(2) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 2e).

Bell brought a motion before a panel of the Canadian Human Rights Tribunal, which had been convened to hear complaints filed against Bell by female employees. Bell alleged that the Tribunal's independence and impartiality were compromised by two powers: first, the power of the Canadian Human Rights Commission to issue guidelines that are binding on the Tribunal concerning "a class of cases", and second, the power of the Tribunal Chairperson to extend Tribunal members' terms in ongoing inquiries.

The Tribunal rejected Bell's position and directed that the hearings should proceed. The Federal Court, Trial Division, allowed Bell's application for judicial review, holding that even the narrowed guideline power of the Commission unduly fettered the Tribunal, and that the Chairperson's discretionary power to extend appointments did not leave Tribunal members with a sufficient guarantee of tenure. The Federal Court of Appeal reversed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Neither of the two powers challenged by Bell compromises the procedural fairness of the Tribunal. Nor does either power contravene any applicable quasi-constitutional or constitutional principle.

The Tribunal should be held to a high standard of independence, both at common law and under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Its main function is adjudicative and it is not involved in crafting policy. However, as part of a legislative scheme for rectifying discrimination, the Tribunal serves the larger purpose of ensuring that government policy is implemented. The standard of independence applicable to it is therefore lower than that of a court. The Tribunal's function in implementing government policy must be kept in mind when assessing whether it is impartial.

The guideline power does not undermine the independence of the Tribunal. The requirement of independence pertains to the structure of tribunals and the relationship between their members and members of other branches of government. It does not have to do with independence of thought. Nor does the guideline power undermine the Tribunal's impartiality. The guidelines are a form of law. Being fettered by law does not render a tribunal partial, because impartiality does not consist in the absence of all constraints. The guideline

Bell a présenté une requête aux membres du Tribunal canadien des droits de la personne désignés pour instruire des plaintes déposées contre Bell par ses employées de sexe féminin. Bell alléguait que l'indépendance et l'impartialité du Tribunal étaient compromises par deux pouvoirs : premièrement, le pouvoir de la Commission canadienne des droits de la personne de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » et, deuxièmement, le pouvoir du président du Tribunal de prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis.

Le Tribunal a rejeté les prétentions de Bell et ordonné l'instruction des plaintes. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire déposée par Bell, en statuant que même le pouvoir restreint de la Commission de prendre des ordonnances limitait indûment le Tribunal et que le pouvoir discrétionnaire du président de prolonger le mandat des membres du Tribunal ne leur assurait pas une garantie d'inamovibilité suffisante. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Aucun des deux pouvoirs contestés par Bell ne compromet l'équité procédurale du Tribunal. Ni l'un ni l'autre ne contrevient non plus à un principe constitutionnel ou quasi constitutionnel applicable.

Le Tribunal doit satisfaire à une norme d'indépendance élevée aussi bien en vertu de la common law qu'en vertu de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Sa principale fonction est de nature juridictionnelle et il ne participe pas à l'élaboration des politiques. Toutefois, comme il fait partie d'un régime législatif visant à remédier aux pratiques discriminatoires, il a pour objectif plus général de veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Il est donc assujéti à une norme d'indépendance moins sévère que celle applicable à une cour de justice. Lorsqu'on évalue l'impartialité du Tribunal, il faut garder à l'esprit sa fonction de mise en œuvre de la politique gouvernementale.

Le pouvoir de prendre des ordonnances ne porte pas atteinte à l'indépendance du Tribunal. L'exigence d'indépendance des tribunaux a trait à leur structure et à la relation qui existe entre leurs membres et les membres des autres branches du gouvernement. Ce critère n'a rien à voir avec l'indépendance d'esprit. Le pouvoir de prendre des ordonnances ne porte pas non plus atteinte à l'impartialité du Tribunal. Les ordonnances constituent une forme de mesures législatives. Le tribunal n'est pas partial du seul fait qu'il est limité par la loi, car

power is limited; and the statute and administrative law contain checks to ensure that it is not misused.

The power to extend members' appointments does not undermine the independence of Tribunal members. This question is settled by *Valente*. Nor does the power undermine the Tribunal's impartiality. A reasonable person informed of the facts would not conclude that members whose appointments were extended were likely to be pressured to adopt the Chairperson's views.

Cases Cited

Referred to: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; *Liteky v. United States*, 510 U.S. 540 (1994); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reproduced in R.S.C. 1985, App. III], s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6 [am. 1998, c. 9], ss. 11(1), (4), 27(1), (2), (3), 48.1(3), 48.2(1), (2), 48.3, 48.6(1), 50(2).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082.
Statutory Instruments Act, R.S.C. 1985, c. S-22.

l'impartialité ne tient pas à l'absence de toutes limites. Le pouvoir de prendre des ordonnances est limité et tant la loi que le droit administratif comportent des mécanismes de contrôle qui garantissent qu'il ne sera pas utilisé à mauvais escient.

Le pouvoir de prolonger le mandat des membres du Tribunal ne porte pas atteinte à leur indépendance. Cette question a été réglée dans *Valente*. Ce pouvoir ne porte pas non plus atteinte à l'impartialité du Tribunal. Une personne raisonnable, au courant de ces faits, ne conclurait pas que les membres risquent d'être illégitimement forcés d'adopter les vues du président.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146; *Liteky c. United States*, 510 U.S. 540 (1994); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. III], art. 2e).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6 [mod. 1998, ch. 9], art. 11(1); (4), 27(1), (2), (3), 48.1(3), 48.2(1), (2), 48.3, 48.6(1), 50(2).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. 1985, ch. S-22.
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 3 F.C. 481, 272 N.R. 50, 199 D.L.R. (4th) 664, 32 Admin. L.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (3d) 228, [2001] F.C.J. No. 776 (QL), 2001 FCA 161, allowing the respondents' appeal from a judgment of the Trial Division, [2001] 2 F.C. 392, 190 F.T.R. 42, 194 D.L.R. (4th) 499, 26 Admin. L.R. (3d) 253, 5 C.C.E.L. (3d) 123, 39 C.H.R.R. D/213, 2000 C.L.L.C. ¶230-043, [2000] F.C.J. No. 1747 (QL), quashing the decision of the Canadian Human Rights Tribunal. Appeal dismissed.

Roy L. Heenan, John Murray, Thomas Brady and David Stratas, for the appellant.

Peter C. Engelmann, Jula Hughes and Fiona Campbell, for the respondent the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada.

No one appeared for the respondent Femmes Action.

Ian Fine and Philippe Dufresne, for the respondent the Canadian Human Rights Commission.

Donald J. Rennie and Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sara Blake and Karin Rasmussen, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mary F. Cornish and Fay C. Faraday, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Andrew Raven and David Yazbeck, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

Brian A. Crane, Q.C., and David Olsen, for the intervener the Canada Post Corporation.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal raises the issue of whether the Canadian Human Rights Tribunal (the "Tribunal") lacks independence and impartiality because of the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2001] 3 C.F. 481, 272 N.R. 50, 199 D.L.R. (4th) 664, 32 Admin. L.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (3d) 228, [2001] A.C.F. n° 776 (QL), 2001 CAF 161, accueillant l'appel des intimés à l'encontre d'un jugement de la Section de première instance, [2001] 2 C.F. 392, 190 F.T.R. 42, 194 D.L.R. (4th) 499, 26 Admin. L.R. (3d) 253, 5 C.C.E.L. (3d) 123, 39 C.H.R.R. D/213, 2000 C.L.L.C. ¶230-043, [2000] A.C.F. n° 1747 (QL), qui avait infirmé la décision du Tribunal canadien des droits de la personne. Pourvoi rejeté.

Roy L. Heenan, John Murray, Thomas Brady et David Stratas, pour l'appelante.

Peter C. Engelmann, Jula Hughes et Fiona Campbell, pour l'intimé le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier.

Personne n'a comparu pour l'intimée Femmes Action.

Ian Fine et Philippe Dufresne, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Donald J. Rennie et Alain Préfontaine, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake et Karin Rasmussen, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mary F. Cornish et Fay C. Faraday, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Andrew Raven et David Yazbeck, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Brian A. Crane, c.r., et David Olsen, pour l'intervenante la Société canadienne des postes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le pourvoi vise à déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne (le « Tribunal ») est dépourvu de l'indépendance et de l'impartialité

power of the Canadian Human Rights Commission (the "Commission") to issue guidelines binding on the Tribunal concerning "a class of cases", and the power of the Tribunal Chairperson to extend Tribunal members' terms in ongoing inquiries.

2 The appeal marks the latest proceeding in a lengthy dispute between Bell Canada ("Bell") and the respondents, dating back to the early 1990's, when two unions, Canadian Telephone Employees Association ("CTEA") and Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada ("CEP"), and Femmes Action filed complaints against Bell alleging gender discrimination in the payment of wages, contrary to s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (the "Act"). More than a decade later, the complaints have yet to be heard by the Tribunal. Instead, the parties have been engaged in litigating Bell's challenges to the Tribunal, a process that has taken them to the Federal Court, Trial Division three times, to the Federal Court of Appeal twice, and now to this Court.

3 In our view, Bell's arguments are without merit. Neither of the two powers challenged by Bell compromises the procedural fairness of the Tribunal. Nor does either power contravene any applicable quasi-constitutional or constitutional principle. We would dismiss the appeal and have the complaints, finally, proceed before the Tribunal.

II. Background

4 Between 1990 and 1994, the CTEA, the CEP and Femmes Action, filed complaints with the Commission against Bell, alleging that Bell pays female employees in certain positions lower wages than male employees performing work of equal value, in violation of s. 11 of the Act. In May of 1996, the Commission asked the President of the Tribunal (now "Chairperson") to inquire into the complaints.

requis du fait que la Commission canadienne des droits de la personne (la « Commission ») a le pouvoir de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans « une catégorie de cas donnés » et que le président du Tribunal a celui de prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis.

Le pourvoi constitue la dernière procédure engagée dans un long litige entre Bell Canada (« Bell ») et les intimés, qui a pris naissance au début des années 1990, lorsque deux syndicats, soit l'Association canadienne des employés de téléphone (« ACET ») et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (« SCEP »), ainsi que Femmes Action ont déposé des plaintes contre Bell, lui reprochant de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes et de contrevenir ainsi à l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 (la « Loi »). Plus de dix ans se sont écoulés et les plaintes n'ont toujours pas été entendues par le Tribunal. Les parties ont plutôt débattu des objections soulevées par Bell relativement au Tribunal, débat qui les a amenées à trois reprises devant la Section de première instance de la Cour fédérale, à deux reprises devant la Cour d'appel fédérale et maintenant devant notre Cour.

À notre avis, les arguments de Bell ne sont pas fondés. Aucun des deux pouvoirs contestés par Bell ne compromet l'équité procédurale du Tribunal. Ni l'un ni l'autre ne contrevient non plus à un principe constitutionnel ou quasi constitutionnel applicable. Nous sommes d'avis que le pourvoi doit être rejeté et que le Tribunal doit finalement instruire les plaintes.

II. Les faits

Entre 1990 et 1994, l'ACET, le SCEP et Femmes Action ont déposé des plaintes contre Bell auprès de la Commission, alléguant que Bell verse aux femmes qui occupent certains postes un salaire inférieur à celui des hommes qui exécutent des fonctions équivalentes, contrevenant ainsi à l'art. 11 de la Loi. En mai 1996, la Commission a demandé au président du Tribunal d'instruire les plaintes.

The matter quickly became complicated. Bell applied for judicial review of the Commission's decision to refer the complaints to the Tribunal. The Federal Court, Trial Division granted Bell's application and quashed the Commission's decision: *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (1998), 143 F.T.R. 81. On appeal, the Federal Court of Appeal reversed this judgment and restored the Commission's decision: [1999] 1 F.C. 113. Leave to appeal to this Court was sought by Bell, but was denied: [1999] 2 S.C.R. v.

While this was occurring, a panel of Tribunal members was appointed to inquire into the original complaints. Bell brought a motion before the panel urging that the Tribunal was institutionally incapable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice. The panel dismissed the motion: *Canadian Telephone Employees Association v. Bell Canada*, Can. H.R. Trib., June 4, 1997.

Bell then applied for judicial review of the panel's decision. The Federal Court, Trial Division quashed the panel's decision: *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244, and ordered that there be no further proceedings in the matter until the Act had been satisfactorily amended by the legislature. At that time, the Act differed from the current legislation in two relevant respects. Firstly, it was the Minister of Justice and not the Tribunal Chairperson to whom the Act gave the discretionary power to extend Tribunal members' appointments beyond their expiry dates. McGillis J. held that, as a result, Tribunal members lacked sufficient security of tenure. Secondly, the Commission's guideline power was broader than it now is, permitting the Commission to make guidelines concerning the application of the Act in a particular case, and not only in "a class of cases". McGillis J. expressed reservations about this power, stating that it would be preferable if the guidelines were non-binding.

L'affaire s'est rapidement compliquée. Bell a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de déférer les plaintes au Tribunal. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande de Bell et a annulé la décision de la Commission : *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1998] A.C.F. n° 312 (QL). La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement et a rétabli la décision de la Commission : [1999] 1 C.F. 113. Bell a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, ce qui lui a été refusé : [1999] 2 R.C.S. v.

Pendant ce temps, des membres du Tribunal ont été désignés pour instruire les plaintes initiales. Bell a déposé devant les membres instructeurs une requête soutenant que le Tribunal n'était pas en mesure, sur le plan institutionnel, de procéder à une audition équitable en conformité avec les principes de justice naturelle. Les membres instructeurs ont rejeté la requête : *Association canadienne des employés de téléphone c. Bell Canada*, T.C.D.P., 4 juin 1997.

Bell a ensuite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé la décision des membres instructeurs : voir *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244. Puis, elle a ordonné qu'aucune autre procédure ne soit engagée dans cette affaire tant que le législateur n'aurait pas modifié la Loi de façon satisfaisante. À l'époque, la Loi différait de la loi actuelle sur deux points pertinents. Premièrement, c'était au ministre de la Justice et non au président du Tribunal que la Loi attribuait le pouvoir discrétionnaire de prolonger le mandat des membres du Tribunal. La juge McGillis a conclu que les membres du Tribunal ne bénéficiaient donc pas d'une garantie d'inamovibilité suffisante. Deuxièmement, le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances avait alors une portée plus étendue qu'aujourd'hui, car il permettait à la Commission de prendre des ordonnances concernant l'application de la Loi dans des cas particuliers, plutôt que seulement dans « une catégorie de cas donnés ». La juge McGillis a exprimé des réserves quant à ce pouvoir, déclarant qu'il serait préférable que les ordonnances n'aient pas force obligatoire.

5

6

7

8 The judgment of McGillis J. was appealed to the Federal Court of Appeal, but the appeal was adjourned *sine die* on June 1, 1999, in light of amendments to the Act: (1999), 246 N.R. 368. The amendments transferred the power to extend appointments of Tribunal members to the Tribunal Chairperson, and limited the Commission's guideline power so that it became only a power to issue guidelines respecting the interpretation of the Act "in a class of cases": S.C. 1998, c. 9, s. 20(2).

9 At this time, the Commission, together with CTEA, CEP and Femmes Action, urged the Chairperson of the Tribunal to set formal hearing dates for the panel, so that the original complaints could at last be heard. Bell resisted, and a case-planning meeting before the Tribunal's Vice-chairperson was arranged at which Bell and the respondents put forward their positions. Bell argued that the 1998 amendments did not eliminate the problems of procedural fairness that had been identified by McGillis J. The Vice-chairperson rejected Bell's position, and, in an interim decision of April 26, 1999, directed that the hearings should proceed: Can. H.R. Trib., Decision No. 1 in file T503/2098.

10 Bell then applied for judicial review of this decision. The Federal Court, Trial Division allowed the application: *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392. Tremblay-Lamer J. held that even the narrowed guideline power of the Commission unduly fettered the Tribunal, and that the Chairperson's discretionary power to extend appointments did not leave Tribunal members with a sufficient guarantee of tenure.

11 The Commission, CTEA, CEP and Femmes Action appealed. Before the Federal Court of Appeal, Bell argued that the Tribunal violated not only the requirements of procedural fairness, but also Bell's right to a fair hearing under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III). The Federal Court of Appeal rejected Bell's view that the Tribunal

La décision de la juge McGillis a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale, mais l'appel a été ajourné *sine die* le 1^{er} juin 1999, compte tenu des modifications apportées à la Loi : (1999), 246 N.R. 368. Les modifications ont transféré au président du Tribunal le pouvoir de prolonger le mandat des membres du Tribunal et ont restreint le pouvoir de prendre des ordonnances de la Commission au simple pouvoir de prendre des ordonnances quant à l'interprétation de la Loi « [d]ans une catégorie de cas donnés » : L.C. 1998, ch. 9, par. 20(2).

À ce moment-là, la Commission, ainsi que l'ACET, le SCEP et Femmes Action, ont pressé le président du Tribunal de fixer des dates pour la tenue d'une audience formelle afin que les plaintes initiales puissent enfin être entendues. Bell s'y est opposé et une rencontre portant sur le déroulement de l'instance a été organisée avec le vice-président du Tribunal. Bell et les intimés ont fait connaître leurs positions lors de cette rencontre. Bell a prétendu que les modifications de 1998 n'avaient pas éliminé les problèmes d'équité procédurale relevés par la juge McGillis. Le vice-président a rejeté la position de Bell et, dans une décision provisoire rendue le 26 avril 1999, il a ordonné la tenue des audiences : T.C.D.P., décision n° 1, dossier n° T503/2098.

Bell a ensuite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande : *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392. La juge Tremblay-Lamer a conclu que même le pouvoir restreint de la Commission de prendre des ordonnances limitait indûment le Tribunal et que le pouvoir discrétionnaire du président de prolonger les mandats n'assurait pas une garantie suffisante d'inamovibilité aux membres du Tribunal.

La Commission, l'ACET, le SCEP et Femmes Action ont interjeté appel. Devant la Cour d'appel fédérale, Bell a fait valoir que le Tribunal contrevenait non seulement aux exigences de l'équité procédurale, mais également au droit de Bell à une audition impartiale prévu à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III). La Cour d'appel

violated the requirements of procedural fairness, and held it unnecessary to consider the arguments based on the *Canadian Bill of Rights*: [2001] 3 F.C. 481, 2001 FCA 161.

It is on appeal from this decision of the Federal Court of Appeal that the parties now appear before this Court — thirteen years after the filing of the respondents' original complaints, which still have yet to be heard.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

48.2 (1) The Chairperson and Vice-chairperson are to be appointed to hold office during good behaviour for terms of not more than seven years, and the other members are to be appointed to hold office during good behaviour for terms of not more than five years, but the Chairperson may be removed from office by the Governor in Council for cause and the Vice-chairperson and the other members may be subject to remedial or disciplinary measures in accordance with section 48.3.

fédérale a rejeté le point de vue de Bell selon lequel le Tribunal ne satisfaisait pas aux exigences de l'équité procédurale et a conclu qu'il était inutile d'examiner les arguments fondés sur la *Déclaration canadienne des droits* : [2001] 3 C.F. 481, 2001 CAF 161.

C'est contre cette décision que les parties se pourvoient maintenant devant la Cour — treize ans après le dépôt des plaintes initiales des intimés, qui n'ont toujours pas été entendues.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

27. . . .

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

48.2 (1) Le président et le vice-président du Tribunal sont nommés à titre inamovible pour un mandat maximal de sept ans et les autres membres le sont pour un mandat maximal de cinq ans, sous réserve, quant au président, de la révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil et, quant aux autres membres, des mesures correctives ou disciplinaires prévues à l'article 48.3.

12

13

(2) A member whose appointment expires may, with the approval of the Chairperson, conclude any inquiry that the member has begun, and a person performing duties under this subsection is deemed to be a part-time member for the purposes of sections 48.3, 48.6, 50 and 52 to 58.

50. . . .

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III)

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

IV. Issues

14

By order of the Chief Justice dated July 10, 2002, the following constitutional questions were stated for the Court's consideration:

- (1) Are ss. 27(2) and (3) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable or inapplicable?
- (2) Are ss. 48.1 and 48.2 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable and inapplicable?

(2) Le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi. Il est alors réputé être un membre à temps partiel pour l'application des articles 48.3, 48.6, 50 et 52 à 58.

50. . . .

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III)

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

IV. Les questions en litige

La Cour est saisie des questions constitutionnelles suivantes qui ont été formulées dans une ordonnance émanant de la Juge en chef en date du 10 juillet 2002 :

- (1) Les paragraphes 27(2) et (3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?
- (2) Les articles 48.1 et 48.2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

V. Analysis

Bell argues that the power of the Commission to issue guidelines binding on the Tribunal, under ss. 27(2) and 27(3), compromises the Tribunal's independence because it places limits upon how the Tribunal can interpret the Act, and undermines the Tribunal's impartiality because the Commission is itself a party before the Tribunal. Similarly, Bell argues that the discretionary power of the Tribunal Chairperson to extend members' terms for ongoing inquiries, under ss. 48.2(1) and 48.2(2), compromises the Tribunal's independence because it threatens their security of tenure, and undermines the Tribunal's impartiality because the Chairperson may pressure such members to reach outcomes that he or she favours.

Since Bell's arguments draw upon both independence and impartiality, it will be useful to begin by discussing the distinction between these two requirements of procedural fairness.

A. *The Distinction Between Independence and Impartiality*

The requirements of independence and impartiality at common law are related. Both are components of the rule against bias, *nemo debet esse judex in propria sua causa*. Both seek to uphold public confidence in the fairness of administrative agencies and their decision-making procedures. It follows that the legal tests for independence and impartiality appeal to the perceptions of the reasonable, well-informed member of the public. Both tests require us to ask: what would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude? (See *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J.*, dissenting.)

The requirements of independence and impartiality are not, however, identical. As Le Dain J. wrote in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at

V. Analyse

Bell prétend que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances qui lient le Tribunal en vertu des par. 27(2) et 27(3) compromet l'indépendance du Tribunal parce qu'il impose des limites quant à la manière dont le Tribunal peut interpréter la Loi et constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal parce que la Commission est elle-même partie devant le Tribunal. De même, Bell prétend que le pouvoir discrétionnaire du président du Tribunal, prévu aux par. 48.2(1) et 48.2(2), de permettre aux membres dont le mandat est échu de terminer les affaires dont ils sont saisis compromet l'indépendance du Tribunal parce qu'il menace leur garantie d'inamovibilité et constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal parce que le président pourrait exercer des pressions sur ces membres pour qu'ils rendent la décision qu'il privilégie.

Comme les arguments avancés par Bell touchent à la fois l'indépendance et l'impartialité, il est utile de commencer par l'examen de la distinction entre ces deux exigences de l'équité procédurale.

A. *La distinction entre l'indépendance et l'impartialité*

Les exigences d'indépendance et d'impartialité en common law sont reliées. Ce sont deux composantes de la règle de l'objectivité exprimée par la maxime latine *nemo debet esse judex in propria sua causa*. Elles visent toutes deux à préserver la confiance du public dans l'équité des organismes administratifs et de leurs processus décisionnels. Les critères juridiques d'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité renvoient donc à la perception d'une personne ordinaire raisonnable et bien renseignée. Dans les deux cas, il faut se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. (Voir *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré, dissident.)

Les exigences d'indépendance et d'impartialité ne sont toutefois pas identiques. Comme l'a affirmé le juge Le Dain dans *Valente c. La Reine*,

15

16

17

18

p. 685 (cited by Gonthier J. in 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 41):

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

19 As noted above, Bell challenges both the Tribunal's independence and its impartiality. However, the above discussion of the difference between the two requirements suggests that one of Bell's challenges involves a category mistake. Bell's claim that the guideline power undermines the Tribunal's independence is based upon the contention that it threatens members' independence of thought. But the requirement of independence pertains to the structure of tribunals, and to the relationship between their members and others, including members of other branches of government, such as the executive. The test does not have to do with independence of thought. A tribunal must certainly exercise independence of thought, in the sense that it must not be unduly influenced by improper considerations. But this is just another way of saying that it must be impartial. Bell's only real objection to the guideline power, then, is that it leaves the Tribunal insufficiently impartial.

20 We will look first at this objection to the guideline power, and will then turn to Bell's two objections to the power of the Chairperson to extend appointments. Before doing so, however, we must determine the precise content of the requirements

[1985] 2 R.C.S. 673, p. 685 (cité par le juge Gonthier dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 41) :

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial » [. . .] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme « indépendant », à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

Comme nous l'avons déjà souligné, Bell met en doute à la fois l'indépendance et l'impartialité du Tribunal. Toutefois, l'analyse qui précède quant à la différence entre ces deux exigences indique que l'une des objections de Bell comporte une erreur de catégorie. L'allégation de Bell voulant que le pouvoir de prendre des ordonnances constitue une atteinte à l'indépendance du Tribunal repose sur la théorie que ce pouvoir compromet l'indépendance d'esprit de ses membres. Mais l'exigence d'indépendance a trait à la structure des tribunaux et à la relation qui existe entre leurs membres et les membres des autres branches du gouvernement, comme le pouvoir exécutif. Ce critère n'a rien à voir avec l'indépendance d'esprit. Un tribunal doit certainement faire preuve d'indépendance d'esprit, en ce sens qu'il ne doit pas se laisser indûment influencer par des considérations non pertinentes. Mais il s'agit là simplement d'une autre façon de dire qu'il doit faire preuve d'impartialité. La seule véritable objection de Bell quant au pouvoir de prendre des ordonnances est donc qu'il porte atteinte à l'impartialité du Tribunal.

Nous examinerons d'abord l'objection au pouvoir de prendre des ordonnances et nous nous pencherons ensuite sur les deux objections de Bell quant au pouvoir du président de prolonger les mandats. Auparavant, toutefois, nous devons établir

of impartiality and independence that apply to the Tribunal. How high a degree of independence is required? And what constitutes impartiality in this particular context?

B. Content of the Requirements of Procedural Fairness Applicable to the Tribunal

The requirements of procedural fairness — which include requirements of independence and impartiality — vary for different tribunals. As Gonthier J. wrote in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 323-24: “the rules of natural justice do not have a fixed content irrespective of the nature of the tribunal and of the institutional constraints it faces”. Rather, their content varies. As Cory J. explained in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636, the procedural requirements that apply to a particular tribunal will “depend upon the nature and the function of the particular tribunal” (see also *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 82, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 21-22, per L’Heureux-Dubé J.). As this Court noted in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, administrative tribunals perform a variety of functions, and “may be seen as spanning the constitutional divide between the executive and judicial branches of government” (para. 24). Some administrative tribunals are closer to the executive end of the spectrum: their primary purpose is to develop, or supervise the implementation of, particular government policies. Such tribunals may require little by way of procedural protections. Other tribunals, however, are closer to the judicial end of the spectrum: their primary purpose is to adjudicate disputes through some form of hearing. Tribunals at this end of the spectrum may possess court-like powers and procedures. These powers may bring with them stringent requirements of procedural fairness, including a higher requirement of independence (see *Newfoundland Telephone*, at p. 638,

le contenu précis des exigences d’impartialité et d’indépendance auxquelles le Tribunal est soumis. Quel est le degré d’indépendance requis? En quoi consiste l’impartialité dans ce contexte particulier?

B. Le contenu des exigences de l’équité procédurale applicables au Tribunal

Les exigences de l’équité procédurale — comprenant les exigences d’indépendance et d’impartialité — varient d’un tribunal à l’autre. Comme le juge Gonthier l’a affirmé dans *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 324 : « les règles de justice naturelle n’ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis ». Au contraire, leur contenu varie. Comme le juge Cory l’a expliqué dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636, les exigences procédurales qui s’appliquent à un tribunal particulier « tien[nent] à la nature et à la fonction du tribunal en question » (voir également *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 82, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21-22, la juge L’Heureux-Dubé). Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, les tribunaux administratifs exercent différentes fonctions et « [o]n peut considérer [. . .] qu’ils chevauchent la ligne de partage constitutionnelle entre l’exécutif et le judiciaire » (par. 24). Certains tribunaux administratifs se situent davantage à l’extrémité exécutive de l’échelle : ils sont destinés avant tout à élaborer des politiques gouvernementales particulières et à en contrôler la mise en œuvre. Ces tribunaux ne demandent pas nécessairement de bien grandes protections procédurales. D’autres tribunaux, toutefois, se situent davantage à l’extrémité judiciaire de l’échelle : ils sont destinés avant tout à régler des différends à la suite d’une audience quelconque. Les tribunaux de ce genre peuvent être dotés de procédures et de pouvoirs semblables à ceux des cours

per Cory J., and Russell v. Duke of Norfolk, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.)).

22

To say that tribunals span the divide between the executive and the judicial branches of government is not to imply that there are only two types of tribunals — those that are quasi-judicial and require the full panoply of procedural protections, and those that are quasi-executive and require much less. A tribunal may have a number of different functions, one of which is to conduct fair and impartial hearings in a manner similar to that of the courts, and yet another of which is to see that certain government policies are furthered. In ascertaining the content of the requirements of procedural fairness that bind a particular tribunal, consideration must be given to all of the functions of that tribunal. It is not adequate to characterize a tribunal as “quasi-judicial” on the basis of one of its functions, while treating another aspect of the legislative scheme creating this tribunal — such as the requirement that the tribunal follow interpretive guidelines that are laid down by a specialized body with expertise in that area of law — as though this second aspect of the legislative scheme were external to the true purpose of the tribunal. All aspects of the tribunal’s structure, as laid out in its enabling statute, must be examined, and an attempt must be made to determine precisely what combination of functions the legislature intended that tribunal to serve, and what procedural protections are appropriate for a body that has these particular functions.

23

The main function of the Canadian Human Rights Tribunal is adjudicative. It conducts formal hearings into complaints that have been referred to it by the Commission. It has many of the powers of a court. It is empowered to find facts, to interpret and apply the law to the facts before it, and to award appropriate remedies. Moreover, its hearings have much the same structure as a formal trial before a court. The parties before the Tribunal lead evidence, call and cross-examine witnesses, and make

de justice. Ces pouvoirs sont parfois accompagnés d’exigences rigoureuses en matière d’équité procédurale, notamment d’une exigence d’indépendance plus élevée (voir *Newfoundland Telephone*, p. 638, le juge Cory, et *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.)).

Affirmer que les tribunaux chevauchent la ligne de partage entre l’exécutif et le judiciaire ne signifie pas qu’il n’existe que deux types de tribunaux — les tribunaux quasi judiciaires, qui requièrent toute la gamme des protections procédurales, et les tribunaux quasi exécutifs, qui requièrent des protections beaucoup moins importantes. Un tribunal peut exercer plusieurs fonctions différentes, dont une consiste à tenir des audiences équitables et impartiales semblables à celles des cours de justice et une autre consiste à veiller à la mise en œuvre de certaines politiques gouvernementales. Dans la détermination du contenu des exigences de l’équité procédurale auxquelles un tribunal particulier est assujéti, il faut tenir compte de l’ensemble des fonctions exercées par ce tribunal. Il est inapproprié de qualifier un tribunal de « quasi judiciaire » en raison de l’une de ses fonctions, tout en considérant un autre aspect du régime législatif qui crée ce tribunal — par exemple, l’obligation de ce tribunal de suivre les directives interprétatives établies par un organisme spécialisé ayant une expertise dans ce domaine du droit — comme si cet aspect était étranger à l’objectif véritable du tribunal. Il faut examiner tous les aspects de la structure du tribunal prévus dans sa loi habilitante et tenter d’établir précisément quelle combinaison de fonctions le législateur a voulu que ce tribunal exerce et quelles protections procédurales conviennent à un organisme investi de ces fonctions particulières.

La principale fonction du Tribunal canadien des droits de la personne est de nature juridictionnelle. Il tient des audiences formelles sur les plaintes dont il est saisi par la Commission. Il détient plusieurs des pouvoirs d’une cour de justice. Il est habilité à statuer sur des faits, à interpréter et à appliquer le droit aux faits qui lui sont soumis et à accorder les redressements appropriés. De plus, ses audiences sont structurées sensiblement de la même façon qu’un procès formel devant une cour de justice. Les

submissions on how the law should be applied to the facts. The Tribunal is not involved in crafting policy, nor does it undertake its own independent investigations of complaints: the investigative and policy-making functions have deliberately been assigned by the legislature to a different body, the Commission.

The fact that the Tribunal functions in much the same way as a court suggests that it is appropriate for its members to have a high degree of independence from the executive branch. A high degree of independence is also appropriate given the interests that are affected by proceedings before the Tribunal — such as the dignity interests of the complainant, the interest of the public in eradicating discrimination, and the reputation of the party that is alleged to have engaged in discriminatory practices. There is no indication in the Act that the legislature intended anything less than a high degree of independence of Tribunal members. Members' remuneration is fixed by the Governor in Council, and is not subject to their performance on the Tribunal: s. 48.6(1). Members hold office for a fixed term of up to five years (or up to seven years, in the case of the Chairperson and Vice-chairperson) (s. 48.2(1)); and their terms may only be extended to enable them to finish a hearing that they have already commenced. Further, the Chairperson is removable only for cause; and before a member is disciplined or removed, the Chairperson may request the Minister of Justice to look into the situation, who in turn may request the Governor in Council to appoint a judge to conduct a full inquiry (s. 48.3). All of these features of the statutory scheme suggest that the legislature intended the Tribunal to exhibit a high degree of independence from the executive branch.

We turn now to impartiality. The same test applies to the issue of impartiality as applies to independence (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143, *per* Lamer C.J., citing *Valente*, *supra*, at pp. 684 and 689). Whether the Tribunal is impartial depends upon whether it meets the test set out by

parties en présence devant le tribunal présentent une preuve, font entendre et contre-interrogent des témoins, et présentent des observations sur l'application du droit aux faits. Le Tribunal ne participe pas à l'élaboration des politiques et ne mène pas ses propres enquêtes indépendantes sur les plaintes : le législateur a délibérément attribué les fonctions d'enquête et d'élaboration de politiques à un organisme différent, soit la Commission.

Le fait que le Tribunal fonctionne sensiblement de la même manière qu'une cour de justice indique qu'il convient que ses membres jouissent d'un degré élevé d'indépendance par rapport à l'exécutif. Un degré élevé d'indépendance est également opportun compte tenu des droits qui sont touchés par les procédures engagées devant le Tribunal — comme le droit du plaignant à sa dignité, l'intérêt du public à ce que la discrimination soit éliminée et la réputation de la partie à qui on reproche des actes discriminatoires. Rien n'indique dans la Loi que le législateur avait l'intention de ne pas accorder un degré élevé d'indépendance aux membres du Tribunal. La rémunération de ses membres est fixée par le gouverneur en conseil et ne dépend pas de leur rendement au Tribunal : voir par. 48.6(1). Les membres sont nommés pour une période fixe d'au plus cinq ans (ou d'au plus sept ans, dans le cas du président et du vice-président) (par. 48.2(1)); leur mandat ne peut être prolongé que pour leur permettre de terminer les affaires dont ils sont saisis. De plus, le président ne peut être révoqué que pour un motif déterminé; et un membre ne peut être révoqué ni soumis à des mesures disciplinaires avant que le président exerce son pouvoir de demander au ministre de la Justice d'examiner la situation et que le ministre demande au gouverneur en conseil de nommer un jugé qui mènera une enquête complète (art. 48.3). Toutes ces caractéristiques du régime législatif indiquent que le législateur voulait que le Tribunal fasse preuve d'un degré élevé d'indépendance par rapport à l'exécutif.

Examinons maintenant la question de l'impartialité. Le critère qui s'applique à la question de l'impartialité est le même que celui qui s'applique à la question de l'indépendance (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143, le juge en chef Lamer, citant *Valente*, précité, p. 684 et 689). Le tribunal est impartial s'il

de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at p. 394: would a well-informed person, viewing the matter realistically and practically, have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases? As Lamer C.J. stated in *Lippé*, allegations of institutional bias can be brought only where the impugned factor will give a fully informed person a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases (p. 144).

26

In answering this question, we must attend not only to the adjudicative function of the Tribunal, but also to the larger context within which the Tribunal operates. The Tribunal is part of a legislative scheme for identifying and remedying discrimination. As such, the larger purpose behind its adjudication is to ensure that governmental policy on discrimination is implemented. It is crucial, for this larger purpose, that any ambiguities in the Act be interpreted by the Tribunal in a manner that furthers, rather than frustrates, the Act's objectives. For instance, as the intervenor Canadian Labour Congress argued before this Court, it would be counterproductive if the Tribunal were, in pay equity disputes, to compare the value of different forms of work using a method that itself rests on discriminatory attitudes. This would perpetuate discrimination, rather than helping to eradicate it. In endowing the Commission with the power to issue interpretive guidelines, and in binding the Tribunal to observe these guidelines, the legislature has attempted to guard against this possibility. The Act therefore evinces a legislative intent, not simply to establish a Tribunal that functions by means of a quasi-judicial process, but also to limit the interpretive powers of the Tribunal in order to ensure that the legislation is interpreted in a non-discriminatory way. The fact that the legislature regarded such limits as necessary for the fulfilment of the ultimate purpose of the Act must be borne in mind in determining precisely which sorts of fetters on the Tribunal's decision-making power adversely affect its impartiality, and which do not.

satisfait au critère établi par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 394 : une personne bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste et pratique éprouverait-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas? Le juge en chef Lamer a précisé, dans *Lippé*, que des allégations de partialité sur le plan institutionnel ne peuvent être formulées que si le facteur contesté créerait une crainte raisonnable de partialité chez une personne parfaitement informée dans un grand nombre de cas (p. 144).

En répondant à cette question, nous devons tenir compte non seulement de la fonction juridictionnelle du Tribunal, mais aussi du contexte plus large dans lequel le Tribunal exerce ses activités. Le Tribunal fait partie d'un régime législatif visant à identifier les pratiques discriminatoires et à y remédier. À ce titre, l'objectif plus général qui sous-tend sa fonction juridictionnelle consiste à veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale en matière de discrimination. Il est crucial, pour atteindre cet objectif plus général, que toute ambiguïté dans la Loi soit interprétée par le Tribunal d'une manière qui favorise plutôt que de contrecarrer la réalisation des objectifs de la Loi. Par exemple, comme le Congrès du travail du Canada l'a soutenu devant notre Cour en qualité d'intervenant, il ne servirait à rien que le Tribunal compare, dans les litiges en matière d'équité salariale, la valeur de différentes formes de travail en utilisant une méthode qui, elle-même, repose sur des attitudes discriminatoires. Il perpétuerait ainsi la discrimination plutôt que de l'éradiquer. En attribuant à la Commission le pouvoir de prendre des ordonnances interprétatives et en obligeant le Tribunal à observer ces ordonnances, le législateur a tenté d'exclure cette éventualité. Par conséquent, la Loi témoigne de l'intention du législateur non seulement d'établir un tribunal qui fonctionne selon un processus quasi judiciaire, mais également de limiter les pouvoirs d'interprétation du Tribunal afin de s'assurer que la loi soit interprétée de manière non discriminatoire. Il faut garder à l'esprit que le législateur a estimé ces limites nécessaires pour réaliser l'objectif ultime de la Loi lorsqu'on détermine précisément quelles limites au pouvoir décisionnel du Tribunal portent atteinte à son impartialité et lesquelles la laissent intacte.

Our analysis has, thus far, looked to the statute and its overall purpose in determining the appropriate content for the requirements of independence and impartiality that apply to the Tribunal. However, the content of the requirements of procedural fairness applicable to a given tribunal depends not only upon the enabling statute but also upon applicable quasi-constitutional and constitutional principles.

Here, the *Canadian Bill of Rights*, quasi-constitutional legislation, applies. Section 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* requires that parties be given a “fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice”. Canadian courts have held that the content of s. 2(e) is established by reference to common law principles of natural justice (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 229-30; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at pp. 663-64). As the parties in the case at bar did not suggest that the guarantees of independence and impartiality under s. 2(e) would in this case differ from the common law requirements of procedural fairness, it is unnecessary for us here to devote separate discussion to the *Canadian Bill of Rights*.

Bell also argues that the Tribunal is bound by a constitutional principle — the “unwritten principle of judicial independence” — which confers on it the same degree of independence as a court established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. Bell presents no authority for this argument. As an administrative tribunal subject to the supervisory powers of s. 96 courts, the Tribunal does not have to replicate all features of a court. As discussed above, the legislature has conferred a high degree of independence on the Tribunal, stopping short of constituting it as a court, but nevertheless supporting it by safeguards adequate to its function.

Bell suggests, in the alternative, that the constitutional principle applies and holds the Tribunal to the

Jusqu’à maintenant, nous avons analysé la loi et son objectif général pour établir le contenu des exigences d’indépendance et d’impartialité auxquelles le Tribunal est soumis. Toutefois, le contenu des exigences d’équité procédurale qu’un tribunal donné doit respecter dépend non seulement de sa loi habilitante, mais également des principes quasi constitutionnels et constitutionnels applicables.

En l’espèce, la *Déclaration canadienne des droits*, qui est une loi quasi constitutionnelle, s’applique. L’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit qu’une partie a droit à « une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale ». Les tribunaux canadiens ont conclu que le contenu des exigences de l’al. 2e) est établi en fonction des principes de justice naturelle reconnus en common law (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 229-230; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), p. 663-664). Les parties n’ayant pas laissé entendre que les garanties d’indépendance et d’impartialité visées à l’al. 2e) différerait en l’espèce des exigences de l’équité procédurale en common law, il n’est pas nécessaire que nous examinions séparément la *Déclaration canadienne des droits*.

Bell prétend également que le Tribunal est lié par un principe constitutionnel — le « principe non écrit de l’indépendance de la magistrature » — qui lui attribue le même degré d’indépendance qu’à un tribunal visé à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Bell ne cite aucune source à l’appui de cet argument. En sa qualité de tribunal administratif assujéti au pouvoir de surveillance des tribunaux visés par l’art. 96, le Tribunal ne doit pas obligatoirement présenter toutes les caractéristiques d’une cour de justice. Comme nous l’avons déjà mentionné, le législateur a conféré un niveau élevé d’indépendance au Tribunal, sans aller jusqu’à en faire une cour de justice, mais en lui assurant néanmoins l’appui de protections adaptées à sa fonction.

Bell a fait valoir, subsidiairement, que ce principe constitutionnel s’applique et assujéti le Tribunal

27

28

29

30

standard of common law procedural fairness. Since, as discussed below (at para. 53), the common law standard is met, this submission does not advance Bell's argument.

31 This discussion shows that the Tribunal, though not bound to the highest standard of independence by the unwritten constitutional principle of adjudicative independence, must act impartially and meet a relatively high standard of independence, both at common law and under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

32 We turn now to Bell's challenges to the Tribunal.

C. *The Guideline Power*

33 Bell alleges that the Commission's power to issue binding guidelines regarding the proper interpretation of the Act undermines the Tribunal's impartiality. In Bell's words, this provision "usurps the power of the Tribunal to make its own decisions concerning the interpretation and application of the Act". Moreover, Bell argues, it is problematic that the Commission, the body that directs the Tribunal in its interpretation of the Act, also appears before the Tribunal as a party.

34 It is unclear exactly what objection Bell is making here. On one reading, Bell's objection lies simply with the fact that the Tribunal is "fettered" — that is, that it does not have full freedom to interpret the Act in whatever manner that it wishes, unconstrained by any other body. On a second reading, the objection is rather that the fact that the Commission has the power to issue binding guidelines may make the Tribunal more likely to favour the Commission in the proceedings before it. On a third reading, the objection is simply to the fact that Parliament has placed in one and the same body the functions of investigating complaints, formulating guidelines, and acting as prosecutor in hearings before the Tribunal. The objection is that this overlap of functions itself gives rise to a reasonable apprehension of bias. Finally, on a fourth reading, Bell is objecting

à la norme de l'équité procédurale en common law. Étant donné que la norme fixée par la common law est respectée, comme nous l'expliquons au par. 53, cette prétention n'est d'aucun secours pour Bell.

La présente analyse montre que le Tribunal, bien qu'il ne soit pas assujéti à la norme d'indépendance la plus élevée par application du principe constitutionnel non écrit de l'indépendance juridictionnelle, doit agir de façon impartiale et satisfaire à une norme d'indépendance relativement élevée, aussi bien en vertu de la common law qu'en vertu de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Nous examinerons maintenant les objections soulevées par Bell relativement au Tribunal.

C. *Le pouvoir de prendre des ordonnances*

Bell prétend que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances ayant force obligatoire quant à l'interprétation juste de la Loi constitue une atteinte à l'impartialité du Tribunal. Selon Bell, cette disposition [TRADUCTION] « usurpe le pouvoir du Tribunal de prendre ses propres décisions concernant l'interprétation et l'application de la Loi ». De plus, selon Bell, le fait que la Commission, l'organisme qui dirige le Tribunal dans son interprétation de la Loi, compare aussi devant le Tribunal en qualité de partie constitue un problème.

On ne comprend pas très bien en quoi consiste l'objection de Bell en l'espèce. Selon une première interprétation, l'objection de Bell réside simplement dans le fait que le Tribunal est [TRADUCTION] « limité » — c'est-à-dire qu'il n'est pas complètement libre d'interpréter la Loi à sa guise, sans contrainte émanant d'un autre organisme. Selon une deuxième interprétation, son objection a plutôt trait au fait que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances obligatoires risque d'inciter le Tribunal à privilégier davantage la Commission dans les instances dont il est saisi. Selon une troisième interprétation, l'objection tient simplement au fait que le Parlement a confié à un seul et même organisme les fonctions d'enquêter sur les plaintes, de formuler des ordonnances et d'agir comme poursuivant dans les audiences devant le Tribunal. Son

that the Commission may use its guideline power to manipulate the outcome of a particular case, to ensure that it succeeds as prosecutor. We shall consider each of these versions of the objection, in turn.

In oral argument, counsel for Bell stated repeatedly that the guideline power “fetters” the Tribunal in its application of the Act. This assumes that the sole mandate of the Tribunal is to apply the Act, and not also to apply any other forms of law that the legislature has deemed relevant — such as guidelines. This assumption is mistaken. If the guidelines issued by the Commission are a form of law, then the Tribunal is bound to apply them, and it is no more accurate to say that they “fetter” the Tribunal than it is to suggest that the common law “fetters” ordinary courts because it prevents them from deciding the cases before them in any way they please.

It might be contended that ss. 27(2) and 27(3) of the Act do not adequately empower the Commission to issue valid subordinate legislation, and that consequently, the guidelines are not “law”. In our view, this view is incorrect. The guidelines issued by the Commission under the Act are indistinguishable from regulations issued by other administrative bodies (see *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at paras. 136-41, *per* Evans J., as he then was). They are, like regulations, of general application: indeed, under the amended s. 27(2), they must pertain always to “a class of cases”. Like regulations, the Commission’s guidelines are subject to the *Statutory Instruments Act*, R.S.C. 1985, c. S-22, and must be published in the *Canada Gazette*. Moreover, the process that is followed in formulating particular guidelines resembles the legislative process, involving formal consultations with interested parties and revision of the draft guidelines in light of these consultations. The *Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, for instance, were the result of

objection porte que ce cumul de fonctions suscite en soi une crainte raisonnable de partialité. Enfin, selon une quatrième interprétation, Bell fait valoir que la Commission peut utiliser son pouvoir de prendre des ordonnances pour influencer l’issue d’une instance donnée afin d’assurer sa victoire en tant que poursuivant. Nous examinerons tour à tour chacune de ces interprétations.

Au cours des plaidoiries, l’avocat de Bell a déclaré à plusieurs reprises que le pouvoir de prendre des ordonnances « limite » le Tribunal dans son application de la Loi. Cela suppose que le mandat du Tribunal consiste à n’appliquer que la Loi, à l’exclusion de toute autre forme de mesures législatives que le législateur a jugé pertinentes — comme les ordonnances. Cette supposition est erronée. Si les ordonnances prises par la Commission constituent une forme de mesures législatives, le Tribunal est tenu de les appliquer et il n’est pas plus juste d’affirmer qu’elles « limitent » le Tribunal que d’affirmer que la common law « limite » les cours de justice ordinaires parce qu’elle les empêche de juger selon leur fantaisie les affaires dont elles sont saisies.

On pourrait prétendre que les par. 27(2) et 27(3) de la Loi ne confèrent pas à la Commission un pouvoir de législation subordonnée valable et que, par conséquent, les ordonnances ne sont pas des « mesures législatives ». À notre avis, cette opinion est erronée. On ne peut faire aucune distinction entre les ordonnances prises par la Commission en vertu de la Loi et les règlements pris par d’autres organismes administratifs (voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.), par. 136-141, le juge Evans (maintenant juge à la Cour d’appel fédérale). Tout comme les règlements, elles sont d’application générale : en effet, en vertu du par. 27(2), dans sa version modifiée, elles doivent toujours avoir trait à « une catégorie de cas donnés ». À l’instar des règlements, les ordonnances prises par la Commission sont assujetties à la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, ch. S-22, et doivent être publiées dans la *Gazette du Canada*. De plus, le processus suivi pour formuler des ordonnances particulières

35

36

consultation with some 70 organizations, including Bell. The Commission met with all organizations who requested a meeting; and, as a direct result of the consultation process, Commission staff made changes to the draft guidelines prior to their submission to the Commission for approval.

37 While it may have been more felicitous for Parliament to have called the Commission's power a power to make "regulations" rather than a power to make "guidelines", the legislative intent is clear. A functional and purposive approach to the nature of these guidelines reveals that they are a form of law, akin to regulations. It is also worth noting that the word used in the French version of the Act is *ordonnance* — which leaves no doubt that the guidelines are a form of law.

38 The objection that the guideline power unduly fetters the Tribunal overlooks the fact that guidelines are a form of law. It also mistakenly conflates impartiality with complete freedom to decide a case in any manner that one wishes. Being fettered by law does not render a tribunal partial, because impartiality does not consist in the absence of all constraints or influences. Rather, it consists in being influenced only by relevant considerations, such as the evidence before the Tribunal and the applicable laws. As Scalia J. pointed out in *Liteky v. United States*, 510 U.S. 540 (1994), at p. 550, the words "bias" and "partiality" "connote a favorable or unfavorable disposition or opinion that is somehow *wrongful* or *inappropriate*, either because it is undeserved, or because it rests upon knowledge that the subject ought not to possess" (emphasis in the original). Similarly, as Cory J. emphasized in *R. v.*

ressemble au processus législatif, c'est-à-dire qu'il comporte la tenue de consultations officielles auprès des parties intéressées et une révision des projets d'ordonnances à la lumière de ces consultations. L'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, par exemple, a été le fruit d'une consultation menée auprès d'environ 70 organismes, dont Bell. La Commission a rencontré tous les organismes qui le lui avaient demandé et, comme conséquence directe de ce processus de consultation, le personnel de la Commission a apporté des modifications au projet d'ordonnance avant de le présenter à la Commission pour approbation.

Malgré qu'il eût été préférable que le Parlement qualifie le pouvoir de la Commission de pouvoir d'édicter des « règlements » plutôt que de pouvoir de prendre des « ordonnances », l'intention du législateur est claire. Une analyse fonctionnelle de la nature de ces ordonnances, axée sur leur objet, révèle qu'elles constituent une forme de mesures législatives apparentées aux règlements. Il est aussi intéressant de noter le choix du mot « ordonnance » dans la version française de la Loi comme équivalent du terme anglais *guidelines* — choix qui ne laisse aucun doute sur le fait que les ordonnances constituent une forme de mesures législatives.

L'objection voulant que le pouvoir de prendre des ordonnances limite indûment le Tribunal ne tient pas compte du fait que les ordonnances constituent une forme de mesures législatives. Elle confond également à tort l'impartialité du tribunal avec la liberté complète de juger une affaire à sa guise. Le tribunal n'est pas partial du seul fait qu'il est limité par la loi, car l'impartialité ne tient pas à l'absence de toutes limites ou influences. Au contraire, elle consiste à n'être influencé que par des considérations pertinentes, telles la preuve soumise au Tribunal et les règles de droit applicables. Comme le juge Scalia l'a souligné dans *Liteky c. United States*, 510 U.S. 540 (1994), p. 550, les termes « préjugé » et « partialité » [TRADUCTION] « connotent une disposition ou une opinion favorable ou défavorable qui, pour une raison ou une autre, est *erronée* ou *inappropriée*, soit parce qu'elle est injustifiée ou

S. (R.D.), [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 119, not all predispositions amount to “bias”. Predispositions that simply reflect applicable law do not undermine impartiality. On the contrary, they help to preserve it. Hence, the fact that the Tribunal must apply all relevant law, including guidelines formulated by the Commission, does not on its own raise a reasonable apprehension of bias.

The second version of Bell’s objection is that the Tribunal is more likely to favour the Commission during a hearing because the Commission has the power to issue guidelines that bind it. It is not evident to us why this would be so. When the Commission appears before the Tribunal, it is in no different a position from any representative of the government who appears before an administrative board or court. The public does not, in other contexts, assume that a decision-maker will favour submissions by government representatives simply because the decision-maker must apply laws that the government has made. The Tribunal seems no more likely to be biased in favour of the Commission because the Commission provides the Tribunal’s guidelines than it is likely to be biased in favour of Bell because Bell provides the Tribunal’s phone service.

On a third interpretation, Bell objects that Parliament has placed in one and the same body the function of formulating guidelines, investigating complaints, and acting as prosecutor before the Tribunal. Bell is correct in suggesting that the Commission shares these functions. However, this overlapping of different functions in a single administrative agency is not unusual, and does not on its own give rise to a reasonable apprehension of bias (see *Régie des permis d’alcool*, *supra*, at paras. 46-48, *per* Gonthier J.; *Newfoundland Telephone*, *supra*, at p. 635, *per* Cory J.; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301). As McLachlin C.J. observed in *Ocean Port*, *supra*, at para. 41, “[t]he overlapping of investigative, prosecutorial

qu’elle repose sur des connaissances que le sujet ne devrait pas posséder » (en italique dans l’original). De même, comme l’a fait ressortir le juge Cory dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 119, toute prédisposition n’est pas nécessairement synonyme de « partialité ». Les prédispositions qui ne font que refléter le droit applicable ne compromettent pas l’impartialité. Au contraire, elles contribuent à la protéger. Par conséquent, le fait que le Tribunal doive appliquer toutes les mesures législatives applicables, notamment les ordonnances formulées par la Commission, n’engendre pas en soi une crainte raisonnable de partialité.

La deuxième interprétation de l’objection de Bell est que le Tribunal est plus susceptible de privilégier la Commission lors d’une audience parce que la Commission a le pouvoir de prendre des ordonnances qui le lient. Nous ne voyons pas très bien pourquoi il en serait ainsi. Lorsque la Commission comparaît devant le Tribunal, elle n’est pas dans une situation différente de tout représentant du gouvernement qui comparaît devant un tribunal ou un organisme administratif. Le public, dans d’autres contextes, ne présume pas que le décideur privilégiera les arguments des représentants du gouvernement simplement parce que le décideur doit appliquer les lois que le gouvernement a édictées. Le Tribunal ne semble pas plus susceptible de privilégier la Commission parce qu’elle lui fournit des ordonnances que de privilégier Bell parce que celle-ci lui fournit le service téléphonique.

Selon la troisième interprétation, Bell fait valoir que le Parlement a confié à un seul et même organisme les fonctions d’enquêter sur les plaintes, de formuler des ordonnances et d’agir comme poursuivant devant le Tribunal. Bell a raison d’affirmer que la Commission exerce toutes ces fonctions. Toutefois, ce cumul de fonctions différentes au sein d’un seul organisme administratif n’est pas inhabituel et n’engendre pas en soi une crainte raisonnable de partialité (voir *Régie des permis d’alcool*, précité, par. 46-48, le juge Gonthier; *Newfoundland Telephone*, précité, p. 635, le juge Cory; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301). Comme la juge en chef McLachlin l’a fait remarquer dans *Ocean Port*, précité, par. 41, « [l]e

39

40

and adjudicative functions in a single agency is frequently necessary for [an administrative agency] to effectively perform its intended role”.

41

Indeed, it may be that the overlapping of functions in the Commission is the legislature’s way of ensuring that both the Commission and the Tribunal are able to perform their intended roles. In *Public Service Alliance*, *supra*, Evans J. noted that although it was unusual for Parliament to have conferred the power to make subordinate legislation on the Commission and not the Governor in Council, Parliament must have contemplated that “the expertise that the Commission will have acquired in the discharge of its statutory responsibilities for human rights research and public education, and for processing complaints up to the point of adjudication” (para. 140) was necessary in the formulation of the guidelines, and was more important than certain other goals. In our view, Evans J.’s conjecture regarding Parliamentary intent is correct. The Commission is responsible, among other things, for maintaining close liaisons with similar bodies in the provinces, for considering recommendations from public interest groups and any other bodies, and for developing programs of public education (s. 27(1)). These collaborative and educational responsibilities afford it extensive awareness of the needs of the public, and extensive knowledge of developments in anti-discrimination law at the federal and provincial levels. Placing the guideline power in the hands of the Commission may therefore have been Parliament’s way of ensuring that the Act would be interpreted in a manner that was sensitive to the needs of the public and to developments across the country, and hence, that it would be interpreted by the Tribunal in the manner that best furthered the aims of the Act as a whole.

42

This point is related to our earlier discussion of the importance of considering the aims of the Act as a whole, in assessing whether the requirement

cumul de fonctions d’enquête, de poursuite et de décision au sein d’un organisme est souvent nécessaire pour permettre à un [organisme] administratif de remplir efficacement son rôle ».

En effet, il se peut que le cumul des fonctions de la Commission soit la solution choisie par le législateur pour s’assurer que la Commission et le Tribunal soient en mesure de jouer le rôle qui leur est dévolu. Dans *Alliance de la fonction publique*, précité, le juge Evans a fait remarquer que, bien qu’il soit inhabituel pour le Parlement de conférer le pouvoir de prendre de mesures législatives subordonnées à la Commission plutôt qu’au gouverneur en conseil, le Parlement a dû considérer que « l’expertise que la Commission acquerrait en s’acquittant des responsabilités qu’il lui conférerait par voie législative en matière de recherche et d’éducation du public sur les droits de la personne et de traitement des plaintes, pouvant aller jusqu’au litige » (par. 140), était nécessaire pour la formulation des ordonnances et l’emportait sur certains autres objectifs. À notre avis, la supposition faite par le juge Evans quant à l’intention du Parlement est juste. La Commission est responsable notamment du maintien de relations étroites avec les organismes provinciaux de même nature, de l’examen des recommandations faites par les groupes de défense de l’intérêt public et tout autre organisme, et de l’élaboration de programmes de sensibilisation publique (par. 27(1)). Ces fonctions de collaboration et d’éducation lui permettent d’acquérir une conscience aiguë des besoins du public et une excellente connaissance de l’évolution du droit fédéral et provincial en matière de lutte contre la discrimination. Par conséquent, il se peut que le Parlement ait choisi de confier le pouvoir de prendre des ordonnances à la Commission dans le but de s’assurer que la Loi reçoive une interprétation qui tienne compte des besoins du public et de l’évolution du droit à l’échelle nationale et, par le fait même, que le Tribunal l’interprète de façon à favoriser la réalisation des objectifs de la Loi dans son ensemble.

Ce point est lié à notre précédente analyse sur l’importance de tenir compte des objectifs de la Loi dans son ensemble pour déterminer si

of impartiality has been met. We noted there that the Act's ultimate aim of identifying and rectifying instances of discrimination would only be furthered if ambiguities in the Act were interpreted in a manner that furthered, rather than frustrated, the identification of discriminatory practices. If, as the Act suggests, this can best be accomplished by giving the Commission the power to make interpretive guidelines that bind the Tribunal, then the overlapping of functions in the Commission plays an important role. It does not result in a lack of impartiality, but rather helps to ensure that the Tribunal applies the Act in the manner that is most likely to fulfill the Act's ultimate purpose.

We note in passing that, given the relatively small volume of s. 11 equal pay cases adjudicated by the Tribunal, the promulgation of guidelines by the Commission has likely provided parties with a sense of their rights and obligations under the Act in a more efficient and clearer way than would an incremental development of informal guidelines by the Tribunal itself, through its decisions in particular cases.

Bell's real objection may be that placing the guideline power and the prosecutorial function in a single agency allows the Commission to manipulate the outcome of a hearing in its favour.

This version of Bell's objection might have been stronger had Bell provided some evidence that, in practice, the Commission had attempted to use the guidelines to influence the Tribunal's views toward it (see *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, and *Matsqui Indian Band*, *supra*, at paras. 117-24, *per* Sopinka J.). No such evidence was provided in this case. Indeed, since the only guidelines that apply to the complaints brought against Bell are the *Equal Wages Guidelines, 1986*, which were introduced several years before the complaints against Bell were brought, it is difficult to see how these guidelines could have been

l'exigence d'impartialité est respectée. Nous avons souligné dans cette analyse que l'objectif ultime de la Loi, soit identifier et corriger les cas de discrimination, ne serait atteint que si les ambiguïtés de la Loi étaient interprétées d'une façon qui va favoriser plutôt que contrecarrer l'identification des pratiques discriminatoires. Si, comme la Loi le laisse croire, la meilleure façon d'y arriver consiste à donner à la Commission le pouvoir de prendre des ordonnances interprétatives qui lient le Tribunal, le cumul des fonctions au sein de la Commission joue un rôle important. Il ne crée pas un manque d'impartialité, mais permet plutôt de s'assurer que le Tribunal applique la Loi de la manière la plus susceptible de permettre la réalisation de son objectif ultime.

Nous soulignons en passant que, compte tenu du nombre relativement peu élevé de cas tranchés par le Tribunal en matière de disparité salariale sous le régime de l'art. 11, les ordonnances de la Commission ont probablement permis aux parties de comprendre les droits et obligations que leur attribue la Loi plus efficacement et plus clairement que ne le leur permettrait l'élaboration progressive, par le tribunal lui-même, de lignes directrices qui se dégageraient de ses décisions dans des cas particuliers.

Bell fait peut-être valoir en réalité que le fait de confier le pouvoir de prendre des ordonnances et la fonction de poursuivre à un seul et même organisme permet à la Commission d'influencer l'issue d'une audience en sa faveur.

Cette interprétation de la prétention de Bell aurait peut-être été plus convaincante si Bell avait fourni des éléments de preuve démontrant que la Commission avait, en pratique, tenté d'utiliser les ordonnances pour infléchir l'opinion du Tribunal (voir *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, et *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 117-124, le juge Sopinka). Or, aucun élément de preuve de cette nature n'a été produit en l'espèce. En fait, comme la seule ordonnance qui s'applique aux plaintes portées contre Bell est l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, entrée en vigueur plusieurs années avant le dépôt des plaintes contre

43

44

45

formulated with the aim of unduly influencing the Tribunal against Bell.

46

In suggesting that the Commission could misuse its guideline power in this way, and that the misuse could remain undetected, Bell seems to be overestimating the breadth of the guideline power. Indeed, counsel for Bell suggested in oral argument that the guideline power would permit the Commission effectively to repeal provisions of the Act. Counsel also argued that the guideline power might be used to strip away any procedural protections guaranteed in the Act, and that the Tribunal has no power to “escape the fetters of any guidelines imposed on it by declaring them *ultra vires* the Commission”.

47

As the Commission has readily acknowledged, the guideline power is constrained. The Commission, like other bodies to whom the power to make subordinate legislation has been delegated, cannot exceed the power that has been given to it and is subject to strict judicial review: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674. The Tribunal can, and indeed must, refuse to apply guidelines that it finds to be *ultra vires* the Commission as contrary to the Commission’s enabling legislation, the Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*. The Tribunal’s power to “decide all questions of law or fact necessary to determining the matter” under s. 50(2) of the Act is clearly a general power to consider questions of law, including questions pertaining to the *Charter* and the *Canadian Bill of Rights*: see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. No invalid law binds the Tribunal. Moreover, the Commission’s guidelines, like all subordinate legislation, are subject to the presumption against retroactivity. Since the Act does not contain explicit language indicating an intent to dispense with this presumption, no guideline can apply retroactively. This is a significant bar to attempting to influence a case that is currently being prosecuted before the Tribunal by promulgating a new guideline. Finally,

Bell, il est difficile de voir comment cette ordonnance aurait pu être formulée dans le but d’influencer indûment le Tribunal contre Bell.

En laissant entendre que la Commission pourrait ainsi utiliser son pouvoir de rendre des ordonnances à mauvais escient, et que cet usage abusif pourrait ne pas être décelé, Bell semble surestimer la portée du pouvoir de prendre des ordonnances. En effet, l’avocat de Bell a laissé entendre dans sa plaidoirie que le pouvoir de prendre des ordonnances permettrait à la Commission d’abroger, de fait, des dispositions de la Loi. L’avocat a également fait valoir que le pouvoir de prendre des ordonnances pourrait être utilisé pour écarter toute protection procédurale assurée par la Loi et que le Tribunal n’est pas habilité à [TRADUCTION] « se soustraire aux limites fixées par les ordonnances qui lui sont imposées en les déclarant *ultra vires* des pouvoirs de la Commission ».

Comme la Commission l’a d’emblée reconnu, le pouvoir de prendre des ordonnances est limité. À l’instar d’autres organismes investis d’un pouvoir de législation déléguée, la Commission ne peut pas outrepasser le pouvoir qui lui a été conféré et elle est soumise à un contrôle judiciaire rigoureux : *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674. Le Tribunal peut et, en fait, doit refuser d’appliquer les ordonnances qui, à son avis, outrepassent les pouvoirs de la Commission parce qu’elles vont à l’encontre de ses lois habilitantes, c’est-à-dire la Loi, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*. Le pouvoir de « tranche[r] les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi », conféré au Tribunal par le par. 50(2) de la Loi, est manifestement un pouvoir général d’examiner des questions de droit, notamment des questions relatives à la *Charte* et à la *Déclaration canadienne des droits* : voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Aucune loi invalide ne lie le Tribunal. De plus, les ordonnances prises par la Commission, comme toute mesure législative subordonnée, sont assujetties à la présomption d’absence d’effet rétroactif. Étant donné que la Loi ne contient pas de termes précis qui traduiraient l’intention de renoncer à cette présomption, aucune ordonnance

any party before the Tribunal could challenge a guideline on the basis that it was issued by the Commission in bad faith or for an improper purpose; and no guideline can purport to override the requirements of procedural fairness that govern the Tribunal.

In addition to these factors, there are specific indications in the Act that the legislature intended the scope of the guideline power to be limited. In determining the reach of this power, both language versions of s. 27(2) must be read harmoniously. The English version, which empowers the Commission to “issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases”, must be read in such a way as to be coherent with the French version. The French version states that the Commission can, in a category of given cases, “*décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l’application de la présente loi*”. This power to “make precise the limits and the modes of application of the law” certainly falls short of the power to repeal portions of the Act which Bell fears. An apt example of what is involved in merely “making precise” the limits of the Act is provided by s. 11(4), which envisions that guidelines will be promulgated to list the factors (*facteur reconnu*) which would justify what might otherwise amount to discrimination under s. 11(1). This provision clearly contemplates guidelines adding precision to the Act, without in any way trumping or overriding the Act itself.

It is of course true that by “making precise” various provisions of the Act, the guidelines will affect the outcome of cases. However, they will only risk undermining the impartiality of the Tribunal if they do so in a manner that is unjust or improper. Given the many constraints on the Commission’s guideline power, and the many ways in which the Tribunal is empowered to question or set aside guidelines that

ne peut s’appliquer rétroactivement. Il s’agit là d’un empêchement majeur à toute tentative d’influencer l’issue d’une affaire en cours d’instance devant le Tribunal par la prise d’une nouvelle ordonnance. Enfin, toute partie devant le Tribunal pourrait contester une ordonnance prise par la Commission au motif que celle-ci a agi de mauvaise foi ou dans un but illicite; aucune ordonnance n’est censée primer sur les exigences de l’équité procédurale qui régissent le Tribunal.

Outre ces facteurs, la Loi contient des indications précises de l’intention du législateur de limiter la portée du pouvoir de prendre des ordonnances. Pour déterminer la portée de ce pouvoir, il faut interpréter les versions anglaise et française du par. 27(2) de façon harmonieuse. La version anglaise, selon laquelle « *[t]he Commission may . . . issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases* », doit recevoir une interprétation qui soit compatible avec la version française. La version française prévoit que, dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut « *décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l’application de la présente loi* ». Ce pouvoir de « préciser les limites et les modalités d’application de la loi » ne correspond certainement pas au pouvoir, tant redouté par Bell, d’abroger certaines parties de la Loi. On trouve un bon exemple de ce que signifie simplement « préciser » les limites de la Loi au par. 11(4), selon lequel des ordonnances pourraient énumérer des facteurs (« *facteur[s] reconnu[s]* ») justifiant ce qui serait autrement considéré comme de la discrimination par application du par. 11(1). Cette disposition prévoit clairement que des ordonnances peuvent préciser la Loi, sans primer de quelque façon que ce soit sur la Loi elle-même.

Certes, en « précisant » diverses dispositions de la Loi, les ordonnances auront une incidence sur l’issue des instances. Toutefois, elles ne risqueront de compromettre l’impartialité du Tribunal que si elles l’influencent d’une manière injuste ou irrégulière. Compte tenu des nombreuses limites imposées au pouvoir de prendre des ordonnances de la Commission et des nombreuses façons dont

48

49

arc in violation of the law, it does not seem likely that the Commission's guidelines could improperly influence the Tribunal.

50 Parliament's choice was obviously that the Commission should exercise a delegated legislative function. Like all powers to make subordinate legislation, the Commission's guideline power under ss. 27(2) and 27(3) is strictly constrained. We fail to see, then, that the guideline power under the Act would lead an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, to apprehend a "real likelihood of bias": *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 112, *per* Cory J.; *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at p. 395, *per* de Grandpré J.

D. *The Chairperson's Power to Extend Appointments*

51 Bell challenges the Chairperson's power to extend appointments of Tribunal members in ongoing inquiries. Bell argues that this power robs members of the Tribunal of sufficient security of tenure. In addition, Bell contends that it threatens members' impartiality.

52 There is an obvious need for flexibility in allowing members of the Tribunal to continue beyond the expiry of their tenure, in light of the potential length of hearings and the difficulty of enlisting a new member of a panel in the middle of a lengthy hearing. It would not, for this reason, be practicable to suggest that members simply retire from a panel upon the expiry of their appointment, with no official having the power to extend their appointments. And of the officials who could exercise this power, the Tribunal Chairperson seems most likely both to be in a good position to know how urgent the need to extend an appointment is and also to be somewhat distant from the Commission.

le Tribunal est autorisé à contester ou à écarter des ordonnances qui contreviennent à la loi, il semble peu probable que les ordonnances de la Commission puissent influencer irrégulièrement le Tribunal.

Le Parlement a de toute évidence décidé que la Commission exercerait un pouvoir législatif délégué. Comme tous les pouvoirs de prendre des mesures législatives subordonnées, le pouvoir de prendre des ordonnances que les par. 27(2) et 27(3) confèrent à la Commission est rigoureusement limité. Nous ne voyons donc pas comment le pouvoir de prendre des ordonnances prévu par la Loi amènerait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, à croire à une « réelle probabilité de partialité » : voir *S. (R.D.)*, précité, par. 112, le juge Cory; *Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 395, le juge de Grandpré.

D. *Le pouvoir du président de prolonger les mandats*

Bell conteste le pouvoir du président de prolonger le mandat des membres du Tribunal pour leur permettre de terminer les affaires dont ils sont saisis. Bell prétend que ce pouvoir prive les membres du Tribunal d'une garantie d'inamovibilité suffisante. De plus, Bell affirme qu'il met leur impartialité en péril.

La nécessité d'une certaine souplesse est évidente pour ce qui est de permettre aux membres du Tribunal de continuer leur travail après l'expiration de leur mandat, compte tenu de la longueur potentielle des audiences et de la difficulté de désigner un nouveau membre instructeur au beau milieu d'une longue audience. Pour cette raison, il ne serait pas pratique de proposer que les membres se retirent tout simplement comme membres instructeurs à l'expiration de leur mandat et qu'aucune personne en autorité n'ait le pouvoir de prolonger leur mandat. De toutes les personnes en autorité qui pourraient exercer ce pouvoir, le président du Tribunal semble la plus susceptible d'être à la fois bien placée pour juger de l'urgence de prolonger un mandat et assez indépendante de la Commission.

In any case, the question of whether this power compromises the independence of Tribunal members is settled by *Valente, supra*. That case concerned legislation that conferred a discretionary power upon the Chief Justice of the provincial court to permit judges who had attained retirement age to hold office until the age of 70, and that conferred a discretionary power upon the Judicial Council for Provincial Judges to further approve the extension of a judge's term of office from age 70 to 75. Prior to amendments in the legislation, these powers had rested with the executive. At p. 704, Le Dain J. wrote of the amendments that:

This change in the law, while creating a post-retirement status that is by no means ideal from the point of view of security of tenure, may be said to have removed the principal objection to the provision . . . since it replaces the discretion of the Executive by the judgment and approval of senior judicial officers who may be reasonably perceived as likely to act exclusively out of consideration for the interests of the Court and the administration of justice generally.

In our view, this passage resolves the question. If the discretionary power of the Chief Justice and Judicial Council of the provincial courts to extend the tenure of judges does not compromise their independence in a manner that contravenes the requirements of judicial independence, then neither does the discretionary power of the Tribunal Chairperson compromise the independence of Tribunal members in a manner that contravenes common law procedural fairness.

It remains to consider Bell's claim that this power undermines the Tribunal's impartiality. Bell's argument here seems to be that members might feel pressure to adopt the views of the Chairperson in order to remain on a panel beyond the expiry of their appointment, and that because of this, a reasonable person might doubt whether members were guided only by legitimate considerations in the disposition of their final case. However, given that members whose appointments have expired will not sit on another panel again, it is difficult to see what power the Chairperson could ultimately have over them, once their appointments have been

Quoi qu'il en soit, la question de savoir si ce pouvoir compromet l'indépendance des membres du Tribunal a été tranchée dans *Valente*, précité. Cette affaire portait sur une loi qui conférait au Juge en chef de la Cour provinciale le pouvoir discrétionnaire de permettre aux juges qui avaient atteint l'âge de la retraite de demeurer en poste jusqu'à l'âge de 70 ans, et qui conférait au Conseil de la magistrature des juges provinciaux le pouvoir discrétionnaire de permettre qu'un juge continue à siéger entre l'âge de 70 et de 75 ans. Avant les modifications à la loi, c'est l'exécutif qui détenait ces pouvoirs. Le juge Le Dain a écrit ce qui suit à la p. 704, à propos des modifications :

Ce changement dans la loi, même s'il crée un statut d'après-retraite qui est loin d'être idéal du point de vue de l'inamovibilité, peut être considéré comme ayant supprimé l'objection principale apportée à la disposition [. . .], puisqu'il remplace le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif par le jugement et l'approbation d'officiers de justice supérieurs qu'on peut raisonnablement percevoir comme susceptibles d'agir exclusivement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice en général.

À notre avis, ce passage résout la question. Si le pouvoir discrétionnaire du Juge en chef et du Conseil de la magistrature des juges provinciaux de prolonger le mandat des juges ne compromet pas leur indépendance d'une manière qui contrevient aux exigences d'indépendance de la magistrature, alors le pouvoir discrétionnaire du président du Tribunal ne compromet pas non plus l'indépendance des membres du Tribunal d'une manière qui contrevient aux exigences de l'équité procédurale en common law.

Il reste à examiner la prétention de Bell voulant que ce pouvoir porte atteinte à l'impartialité du Tribunal. L'argument de Bell ici semble être que les membres dont le mandat est échu peuvent se sentir obligés d'adopter les vues du président pour qu'il leur permette de continuer d'agir comme membres instructeurs après l'expiration de leur mandat et que, pour cette raison, une personne raisonnable pourrait douter que ces membres aient été guidés uniquement par des considérations légitimes lorsqu'ils ont jugé leur dernière affaire. Toutefois, vu que les membres dont le mandat est échu n'entendront plus d'autres affaires, nous voyons mal quelle influence le

extended and it is time for them to decide the case. Moreover, there are ample provisions in the Act to suggest that the Tribunal Chairperson can reasonably be regarded as disinterested in the outcome of cases. The Chairperson must have been a member in good standing in the bar of a province for at least ten years (s. 48.1(3)). He or she can be removed from the position for cause (s. 48.2(1)) by the Governor in Council. A reasonable person informed of these facts would not conclude that members were likely to be illegitimately pressured to adopt the Chairperson's views.

VI. Conclusion

55

We would therefore uphold the conclusions of the Federal Court of Appeal, and dismiss the appeal with costs. The constitutional questions should be answered as follows:

- (1) Are ss. 27(2) and (3) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable or inapplicable?

Answer: No.

- (2) Are ss. 48.1 and 48.2 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, and the constitutional principle of adjudicative independence and therefore inoperable and inapplicable?

Answer: No.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada: Engelmann Gottheil, Ottawa.

président pourrait en bout de ligne exercer sur eux, une fois que leur mandat a été prolongé et qu'ils doivent se prononcer sur l'affaire dont ils sont saisis. De plus, la Loi renferme de nombreuses dispositions qui indiquent que l'on peut raisonnablement considérer que le président du Tribunal est suffisamment désintéressé quant à l'issue des dossiers. Le président doit être membre en règle du barreau d'une province depuis au moins dix ans (par. 48.1(3)). Il peut faire l'objet d'une révocation motivée par le gouverneur en conseil (par. 48.2(1)). Une personne raisonnable, au courant de ces faits, ne conclurait pas que les membres risquent d'être illégitimement forcés d'adopter les vues du président.

VI. Conclusion

Par conséquent, nous sommes d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel fédérale et de rejeter le pourvoi avec dépens. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

- (1) Les paragraphes 27(2) et (3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

Réponse : Non.

- (2) Les articles 48.1 et 48.2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, dans sa version modifiée, sont-ils incompatibles avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, ainsi qu'avec le principe constitutionnel de l'indépendance juridictionnelle et, en conséquence, sans effet ou inapplicables?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier : Engelmann Gottheil, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canada Post Corporation: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne des postes : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Miguel Figueroa *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: FIGUEROA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2003 SCC 37.

File No.: 28194.

2002: November 5; 2003: June 27.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights of citizens — Right to vote — Right to be qualified for membership in House of Commons or provincial legislative assembly — Right to meaningful participation in electoral process — Canada Elections Act providing that political parties must nominate candidates in at least 50 electoral districts to qualify for certain benefits — Whether provisions infringe right to vote or to run for office — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), 24(3), 28(2).

Under the *Canada Elections Act*, a political party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in order to obtain, and then to retain, registered party status. Registered parties qualify for several benefits including the right of candidates to issue tax receipts for donations made outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers. The appellant challenged the constitutionality of the 50-candidate threshold. The trial judge held that the threshold was inconsistent with s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this infringement could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal held that the

Miguel Figueroa *Appellant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : FIGUEROA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2003 CSC 37.

N° du greffe : 28194.

2002 : 5 novembre; 2003 : 27 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques des citoyens — Droit de vote — Éligibilité à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales — Droit de participer utilement au processus électoral — Dispositions de la Loi électorale du Canada obligeant les partis politiques à présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales pour avoir droit à certains avantages — Ces dispositions portent-elles atteinte au droit de voter aux élections ou de se porter candidat à l'occasion de celles-ci? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 24(2), 24(3), 28(2).

Suivant la *Loi électorale du Canada*, tout parti politique qui désire être enregistré doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales s'il veut obtenir et maintenir son enregistrement. Les partis politiques enregistrés bénéficient d'un certain nombre d'avantages, y compris le droit pour leurs candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, le droit de remettre à leur parti les fonds non dépensés pendant la campagne électorale et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. L'appelant a contesté la constitutionnalité de l'obligation de présenter au moins 50 candidats. La juge de première instance a estimé que cette exigence

50-candidate threshold was not inconsistent with s. 3 of the *Charter*, except to the extent that it denied candidates of non-registered parties the right to identify their party affiliation on the election ballot.

Held: The appeal should be allowed. Sections 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Canada Elections Act* are declared unconstitutional. The declaration of unconstitutionality is suspended for 12 months.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: While on its face, s. 3 grants only a right to vote and to run for office in elections, *Charter* analysis requires looking beyond the words of the section and adopting a broad and purposive approach. The purpose of s. 3 is effective representation. Section 3 should be understood with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the election of a particular form of government. This right is participatory and adverts only to a right to participate in the electoral process. This definition ensures that s. 3 is not construed too narrowly and emphasizes the reasons why individual participation is important, including respect for diverse opinions and the capacity of individuals to enhance democracy. Full political debate ensures an open society benefiting from diverse opinions and a social policy sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens. Participation in the electoral process has an intrinsic value independent of the outcome of elections. The right to run for office provides an opportunity to present ideas and opinions to the electorate and the right to vote provides an opportunity for citizens to express support for ideas and opinions. In a democracy, sovereign power resides in the people as a whole and each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives.

The right to play a meaningful role in the electoral process is not subject to countervailing collective interests. A proportionality analysis considering benefits related to other democratic values should occur under s. 1, where limitations on the right are to be justified. This

était incompatible avec l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a jugé que le critère des 50 candidatures n'était pas incompatible avec l'art. 3 de la *Charte*, sauf dans la mesure où il empêchait les candidats des partis non enregistrés d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale du Canada* sont déclarés inconstitutionnels. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendu pendant une période de 12 mois.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Bien que, suivant le texte de l'art. 3, cette disposition n'accorde que le droit de voter et de se porter candidat aux élections, les tribunaux ne doivent pas se limiter au texte de la disposition dans l'analyse fondée sur la *Charte*, mais ils doivent recourir à une interprétation libérale et téléologique. L'objet de l'art. 3 est la représentation effective. Cet article doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. Il s'agit d'un droit de participation, qui évoque uniquement le droit de participer au processus électoral. Cette définition permet d'éviter les interprétations trop restrictives de l'art. 3 et tient compte des raisons pour lesquelles la participation individuelle au processus électoral est importante, notamment le respect de la diversité des opinions et la capacité de chacun de renforcer la qualité de la démocratie. Un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte, de bénéficier d'une vaste gamme d'opinions et d'élaborer une politique sociale qui tient compte des besoins et des intérêts d'un large éventail de citoyens. La participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment du résultat des élections. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre aux candidats la possibilité de présenter certaines idées et opinions à l'électorat et le droit de vote permet aux citoyens de manifester leur appui à l'égard de ces idées et opinions. La démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble et où tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants.

Le droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral ne saurait être limité par des intérêts collectifs opposés. L'examen de la proportionnalité, dans lequel sont pris en considération des avantages liés à d'autres valeurs démocratiques, doit être effectué

analytical approach does not vary with the nature of the alleged breach nor is s. 3 qualified in the same sense as ss. 7 and 8 of the *Charter*. The fact that we identify its implicit content with qualified phrases such as a voter's right to be reasonably informed or a candidate's right to have a reasonable opportunity to present a position reflects only that s. 3 does not protect the right of each citizen to play an unlimited role in the electoral process. The aggregation of political preferences is not to be elevated to constitutional status nor does s. 3 protect values or objectives embedded in our current electoral system.

Members and supporters of political parties that nominate fewer than 50 candidates meaningfully participate in the electoral process. The ability of a party to make a valuable contribution is not dependent upon its capacity to offer the electorate a genuine "government option". Political parties have a much greater capacity than any one citizen to participate in debate and they act as a vehicle for the participation of individual citizens in the political life of the country. All political parties are capable of introducing unique interests and concerns into the political discourse and marginal or regional parties tend to raise issues not adopted by national parties. Political parties provide individual citizens with an opportunity to express an opinion on the policy and functioning of government. Each vote in support of a party increases the likelihood that its platform will be taken into account by those who implement policy and votes for parties with fewer than 50 candidates are an integral component of a vital and dynamic democracy.

Withholding the right to issue tax receipts and to retain unspent election funds from candidates of parties that have not met the 50-candidate threshold undermines the right of each citizen to meaningful participation in the electoral process. Section 3 imposes on Parliament an obligation not to enhance the capacity of one citizen to participate in the electoral process in a manner that compromises another citizen's parallel right to meaningful participation. Political parties that have satisfied the threshold requirement have more resources for communication than those that have not. The 50-candidate threshold thus infringes s. 3 of the *Charter* by decreasing the capacity of the members and supporters of the disadvantaged parties to introduce ideas and opinions into the open dialogue and debate that the electoral process engenders. Moreover, the right to vote in accordance with

dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, où les limites apportées au droit concerné doivent être justifiées. L'analyse applicable ne varie pas en fonction de la nature de l'atteinte reprochée. De plus, les droits garantis par l'art. 3 ne sont pas relatifs au sens où le sont ceux prévus aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Le fait que l'on détermine la teneur implicite de l'art. 3 en fonction d'énoncés restrictifs tels le droit des électeurs d'être raisonnablement informés ou le droit des candidats à une possibilité raisonnable d'exposer leur position indique seulement que l'art. 3 ne garantit pas aux citoyens le droit de jouer un rôle illimité dans le processus électoral. L'agrégation des préférences politiques n'est pas un facteur qu'il y a lieu de constitutionnaliser.

Les membres et les partisans des partis politiques qui présentent moins de 50 candidats participent utilement au processus électoral. L'aptitude d'un parti politique à contribuer valablement au processus électoral ne dépend pas de sa capacité de constituer pour l'électorat une véritable « solution de rechange » au gouvernement sortant. Les partis politiques sont beaucoup plus à même que tout citoyen de participer au débat public auquel donne lieu le processus électoral et ils servent de véhicules permettant à chaque citoyen de participer à la vie politique du pays. Tous les partis politiques sont en mesure de faire valoir, dans ce débat politique, des intérêts et des préoccupations uniques, et les partis marginaux ou régionaux ont tendance à soulever des questions que n'ont pas retenues les partis nationaux. Les partis politiques permettent également aux citoyens de s'exprimer sur les politiques du gouvernement et le bon fonctionnement de celui-ci. Chaque voix accordée à un parti accroît la probabilité que son programme sera pris en compte par ceux qui mettent en œuvre les politiques, et les votes en faveur d'un parti politique n'ayant pas satisfait au critère des 50 candidatures constituent un élément essentiel d'une démocratie vigoureuse et dynamique.

Le fait de refuser aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures le droit de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales et de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés compromet le droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral. L'article 3 impose au Parlement l'obligation de s'abstenir de renforcer la capacité d'un citoyen de participer au processus électoral d'une manière qui compromette le droit d'un autre citoyen de participer utilement à ce processus. Les partis politiques qui satisfont à cette condition disposent de ressources plus considérables pour communiquer leurs idées et leurs opinions que ceux qui ne la respectent pas. Le critère des 50 candidatures porte en conséquence atteinte aux droits garantis par l'art. 3 de la *Charte* en diminuant la capacité des membres et des

preferences requires each citizen to have information to assess party platforms and the legislation undermines the right to information protected by s. 3.

Withholding the right to list party affiliations on ballots from parties that have not satisfied the 50-candidate threshold also infringes s. 3 of the *Charter*. First, withholding this benefit diminishes the capacity of individual citizens to participate in the public discourse since there is a close connection between the support a party receives in an election and its capacity to influence policy. Second, it undermines the right of each citizen to make an informed choice and to vote according to preference. Affiliation has a significant informational component and some voters may be unable to vote for a preferred candidate if the party affiliation is not listed on the ballot paper.

The infringement is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is pressing and substantial, the 50-candidate threshold does not meet the proportionality branch of the *Oakes* test. There is no connection whatsoever between the objective and the threshold requirement with respect to transfers of unspent election funds or listing party affiliations on ballot papers. Nor is the restriction on the right of political parties to issue tax receipts for donations received outside the election period rationally connected to the objective. The connection between legislation that has no impact upon either the number of citizens allowed to claim the tax credit or the size of the credit and the objective is tenuous at best. Moreover, the government has provided no evidence that the threshold actually improves the cost-efficiency of the tax credit scheme. The legislation also fails the minimal impairment test because cost savings can be achieved without violating s. 3. Further, any benefits associated with the reduced costs of the tax credit scheme do not outweigh the deleterious effects of this legislation.

partisans des partis défavorisés par ce critère de présenter des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral. En outre, pour voter conformément à ses préférences, un citoyen doit disposer d'information lui permettant d'évaluer le programme de chacun des partis. Les dispositions contestées portent atteinte au droit à l'information protégé par l'art. 3.

Le fait d'interdire aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote viole également l'art. 3. Premièrement, le refus de cet avantage réduit la capacité des citoyens de prendre part au débat électoral, puisqu'il existe un lien étroit entre la capacité d'un parti politique d'influencer les politiques d'intérêt général et l'appui qu'il recueille à l'occasion d'un scrutin donné. Deuxièmement, ce refus porte également atteinte au droit de tout citoyen de faire un choix éclairé et de voter selon ses préférences. La mention de l'appartenance à un parti est un élément d'information important et, en l'absence d'indication de l'appartenance politique d'un candidat sur le bulletin de vote, certains candidats pourraient être incapables de voter pour le candidat qui aurait autrement leur préférence.

La validité des dispositions attentatoires n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif consistant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt constitue une préoccupation urgente et réelle, l'obligation de présenter 50 candidats ne respecte pas le volet relatif à la proportionnalité du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. En ce qui concerne l'interdiction faite aux candidats de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote, il n'existe aucun lien que ce soit entre le critère des 50 candidatures et l'objectif susmentionné. L'interdiction faite à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales ne présente pas non plus de lien rationnel avec cet objectif. Il n'existe au mieux qu'un lien ténu entre une disposition n'ayant aucune incidence sur le nombre de citoyens ayant droit au crédit d'impôt ou sur le montant de ce crédit et l'objectif en cause. De plus, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve établissant que l'application du critère des 50 candidatures accroît effectivement l'efficacité du régime de crédits d'impôt du point de vue du rapport coût-efficacité. Les dispositions contestées ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale, étant donné que la réduction du coût du régime de crédits d'impôt pourrait être réalisée sans violer l'art. 3. Qui plus est, les effets bénéfiques de cette réduction des coûts ne l'emportent pas sur les effets préjudiciables des dispositions contestées.

While preserving the integrity of the electoral process is a pressing and substantial concern in a free and democratic state, this objective provides no justification for the restriction on the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers. The same is true of the restriction on the right to issue tax credits and the right to transfer unspent election funds to the party. Furthermore, even if the restrictions on the right to issue the tax credit and the right to retain unspent election funds prevent the misuse of the electoral financing regime, the legislation fails the minimal impairment test. In each instance, the government has failed to demonstrate that it could not achieve the same results without violating s. 3 of the *Charter*.

Lastly, articulating the objective as ensuring a viable outcome for responsible government in the form of majority governments is problematic. In any event, the 50-candidate threshold fails the rational connection test and its salutary benefits have not been shown to outweigh its deleterious effects.

Per Gonthier, LeBel and Deschamps JJ.: While capacity to play a meaningful role in the electoral process is a core value of s. 3, stating the sole question at the infringement stage of the analysis as whether the legislation interferes with that capacity understates the complexity of effective representation and meaningful participation. These concepts comprise intertwined and opposed principles. The proper approach is to define the right through a contextual and historical analysis. The impugned legislation furthers significant democratic values by forming part of a scheme that recognizes and regulates political parties. The 50-candidate threshold benefits parties with broad appeal and encourages the aggregation of political will. These are important values, as evidenced by their place in our history and institutions, that in principle could be furthered at the price of compromising individual participation to a certain extent. In this case, however, the legislation goes too far and conflicts with s. 3.

Individual participation is of central importance, but s. 3 is also concerned with the representation of communities. Meaningful participation involves political groups and alliances between groups representing communities. Section 3 must also be interpreted in harmony with our political traditions and a purely individualistic approach is difficult to reconcile with Canadian political values. Not every government measure with an adverse impact

Bien que la protection de l'intégrité du processus électoral soit une préoccupation urgente et réelle dans un État libre et démocratique, cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Cette constatation vaut également pour le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et celui de remettre au parti les fonds électoraux non dépensés. De plus, même si le refus de ces deux avantages prévient l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral, les dispositions contestées ne respectent pas le critère de l'atteinte minimale. Dans aucun de ces cas, le gouvernement n'a pu établir qu'il lui serait impossible d'obtenir le même résultat sans violer l'art. 3 de la *Charte*.

Enfin, le fait de dire que l'objectif consiste à faire en sorte que le résultat du processus électoral soit viable compte tenu de notre régime de gouvernement responsable est problématique. Quoi qu'il en soit, la règle exigeant 50 candidatures ne satisfait pas au critère du lien rationnel et il n'a pas été démontré que les effets bénéfiques de cette exigence l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Les juges Gonthier, LeBel et Deschamps : Bien que la capacité de jouer un rôle important dans le processus électoral soit une valeur fondamentale déterminant le contenu de l'art. 3, le fait de se demander seulement si les dispositions législatives contestées portent atteinte à cette capacité minimise la complexité des notions de représentation effective et de participation utile au processus électoral. Ces concepts comprennent des principes liés et opposés. La démarche appropriée consiste à définir le droit en cause au moyen d'une analyse contextuelle et historique. En tant que composantes du régime de réglementation et de reconnaissance des partis politiques, les dispositions législatives contestées favorisent le respect d'importantes valeurs démocratiques. L'obligation de présenter un minimum de 50 candidats tend à avantager les partis bénéficiant de larges appuis et favorise l'agrégation de la volonté politique. La place qu'elles occupent dans notre histoire et dans nos institutions témoigne de l'importance de ces valeurs, qui, en principe, pourraient être favorisées au détriment, dans une certaine mesure, de la participation individuelle. En l'espèce, toutefois, les dispositions législatives contestées vont trop loin et elles sont incompatibles avec l'art. 3.

La participation individuelle revêt une importance capitale, mais l'art. 3 porte aussi sur la représentation des collectivités. La participation utile au processus électoral suppose la formation de groupes politiques et d'alliances entre des groupes représentant des collectivités. L'article 3 doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec nos traditions politiques. Il est difficile de concilier une démarche à caractère purement individualiste avec les

on participation renders it meaningless and legislation to further other democratic values may compromise individual participation without necessarily depriving citizens of meaningful representation.

Diminution of one aspect of effective representation can ultimately result in more effective representation, suggesting that effective representation consists of many different components. Meaningful participation similarly comprises different aspects. It can be just as meaningful to participate as a member of a group as it is to participate as an individual. Enhancing group participation almost inevitably entails some cost to individual participation. The question is whether there is undue dilution of the individual citizen's capacity to participate, in other words, whether the opportunity to make free choices or to compete fairly in the political process is so constricted that there is no genuine opportunity to participate.

The infringement analysis should not stop with a finding of interference with meaningful participation. It should examine the severity of the interference and the reason for it, considering all relevant contextual factors. Some balancing of competing values is appropriate when defining protected rights and values and a full proportionality analysis should consider the competing values in s. 3. Ascertaining whether s. 3 has been infringed requires acknowledging the need for an appropriate compromise between the competing forces that together define meaningful participation. The content and scope of every *Charter* right is determined with reference to its purpose, which may be connected to both individual and group concerns. Section 3 is not a qualified right but its implicit content is identified with qualified phrases. Section 3 ensures that voters are reasonably informed and that parties and candidates have a reasonable opportunity to present their positions. These implicit protections are to be included if s. 3 is to be given full effect. Section 3 cannot be understood without reference to its social and systemic context. Its exercise requires state involvement. It obliges the government to set up an electoral system providing for democratic government in accordance with voters' choices. Measuring the system requires assessing how well it represents both Canadian society as a whole and the groups that make up our social fabric. The analysis should consider whether it provides effective representation and meaningful participation, bearing in mind countervailing values including social and

valeurs propres à la politique canadienne. La participation ne perd pas son caractère utile chaque fois qu'une mesure gouvernementale a sur elle un effet préjudiciable, et des dispositions législatives peuvent entraver la participation individuelle sans nécessairement empêcher les citoyens de se faire entendre utilement.

L'affaiblissement d'un aspect de la représentation effective peut en définitive se traduire par une représentation plus effective, ce qui indique que la représentation effective se compose de différents éléments. De même, la notion de participation utile au processus démocratique comporte elle aussi un certain nombre d'aspects. La participation en tant que membre d'un groupe peut être aussi utile que la participation en tant qu'individu. L'accroissement des possibilités de participation du premier type se fait presque inévitablement au détriment de la participation individuelle. La question consiste à se demander si on a affaibli de façon déraisonnable la capacité de participation du citoyen visé, en d'autres mots si on a restreint à tel point la possibilité de ce citoyen de choisir librement ou de participer à une bataille équitable dans le processus politique qu'il ne conserve plus vraiment la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

L'analyse relative à la violation ne prend pas fin après la conclusion qu'il y a atteinte à la capacité de participer utilement au processus électoral. Il faut s'interroger sur la gravité de l'atteinte et sur sa raison d'être, en tenant compte de tous les facteurs contextuels pertinents. Une certaine forme de mise en balance des valeurs opposées demeure appropriée pour définir les droits et valeurs protégés et, pour réaliser l'analyse complète de la proportionnalité, il faut prendre en considération les valeurs opposées qu'on retrouve à l'art. 3. Pour décider s'il y a eu violation de l'art. 3, il faut reconnaître la nécessité d'établir un compromis adéquat entre les diverses forces opposées qui, ensemble, caractérisent la participation utile au processus démocratique. Le contenu et la portée de tout droit garanti par la *Charte* sont déterminés par rapport à l'objet du droit en question, qui peut se rattacher à des préoccupations individuelles et à des préoccupations collectives. L'article 3 ne crée pas un droit « relatif », mais son contenu implicite est précisé à l'aide d'expressions restrictives. L'article 3 garantit que les électeurs sont raisonnablement informés et que les candidats bénéficient d'une possibilité raisonnable d'exposer leurs positions. Il faut tenir compte de ces garanties implicites pour que la disposition puisse produire son plein effet. Il est impossible d'appréhender le sens de l'art. 3 sans se référer au contexte social et systémique de cette disposition. L'exercice des droits garantis par l'art. 3 requiert l'intervention de l'État. Cet article impose à l'État l'obligation d'instaurer un système électoral pourvoyant à

collective values. This is not equated with a s. 1 analysis but does depend on whether there are corresponding benefits related to other democratic values and whether the end result is a deprivation of meaningful participation.

The 50-candidate threshold furthers an aspect of effective representation that can validly be weighed against the value of individual participation. It enhances the aggregation of political preferences and promotes cohesion, values closely connected to the role of political parties in the Canadian electoral system. The threshold is part of a scheme furthering the important democratic values of accountability, political communication, and grassroots participation and cannot be divorced from its context for the purposes of constitutional scrutiny.

Legal recognition of parties necessitates a definition of a party. Parties develop policy and compete in elections. The registration system relates to their competitive role and making the benefits of registration available to groups that do not seriously compete in elections could undermine the scheme. The 50-candidate rule shuts out genuine competitors, however, and limits opportunities to support small parties. It would be possible to enhance democratic values without so large a threshold.

Inequities in the electoral system are not acceptable merely because they have historical precedent and institutions are not constitutional merely because they already exist. Our electoral infrastructure is deliberately designed to confer advantages on mainstream political movements. Our system of voting tends to produce majority governments and reflects a preference for broadly supported parties. The government has latitude in how to design the

l'établissement d'un gouvernement démocratique correspondant aux choix des électeurs canadiens. Pour bien apprécier ce système, il faut se demander dans quelle mesure il sert adéquatement la société canadienne dans son ensemble et les groupes qui forment notre tissu social. Dans cette analyse, il faut se demander si le système électoral pourvoit à la représentation effective des citoyens et leur permet de participer utilement au processus démocratique, à la lumière des valeurs opposées, notamment les valeurs sociales et collectives, que comportent ces deux notions. Cet examen ne correspond pas à l'analyse effectuée pour l'application de l'article premier, mais il dépend néanmoins de la réponse à la question de savoir si la mesure en cause produit des avantages correspondants liés à d'autres valeurs démocratiques et si elle se traduit en définitive par une privation du droit de participer utilement au processus démocratique.

La règle des 50 candidatures renforce un aspect de la représentation effective que l'on peut valablement mettre en équilibre avec la valeur que constitue la participation individuelle. Elle renforce l'agrégation des préférences politiques et favorise la cohésion, valeurs intimement liées au rôle que jouent les partis politiques dans le système électoral canadien. L'obligation de présenter au moins 50 candidats dans une élection renforce les importantes valeurs démocratiques que sont l'obligation de rendre compte, la communication politique et la participation populaire et elle ne peut être dissociée de son contexte lors de l'examen de sa constitutionnalité.

L'établissement d'une procédure de reconnaissance légale des partis exige que l'on définisse en quoi consiste un parti. Les partis élaborent des politiques et se disputent la faveur des électeurs. Le régime d'enregistrement est lié au rôle que jouent les partis en tant que participants aux élections et le fait d'offrir les avantages découlant de l'enregistrement à des groupes qui n'entendent pas rivaliser sérieusement avec les autres participants aux élections risque de compromettre la réalisation des objectifs du régime. Toutefois, la règle des 50 candidatures exclut certains partis qui participent réellement au processus électoral, en plus de limiter les possibilités pour les citoyens d'appuyer des petits partis. Il serait possible de renforcer les valeurs démocratiques sans exiger de la présentation d'un nombre aussi élevé de candidats.

Les inégalités de notre système électoral ne sont pas acceptables du seul fait qu'elles ont des précédents dans l'histoire; par ailleurs, une institution n'est pas constitutionnelle simplement parce qu'elle existe. Notre infrastructure électorale a été délibérément aménagée de façon à accorder des avantages aux mouvements politiques traditionnels. Notre mode de scrutin tend à produire des gouvernements majoritaires et témoigne d'une

electoral system and the prerogative to choose to enhance aggregation of political will and cohesiveness. These values should be taken into account and our history and existing institutions identify a philosophy that recognizes values other than individual participation. Within the limits of what is permissible set by the right to meaningful participation, the legislative choice of a version of democratic representation is a matter in which this Court should not intervene. Regional representation, a third aspect and a component of effective representation and meaningful participation, is also implicated. Regional representation can conflict with the value of individual participation on an equal footing. Regional representation, although not to be overstated, is one of the values to be taken into account in defining meaningful representation and determining whether government action offends s. 3.

The 50-candidate threshold infringes s. 3 by denying some candidates and their supporters the opportunity for meaningful participation. It is a burden for parties committed to running serious campaigns in a few ridings and it is not a perfect tool for aggregating political preferences or identifying parties with a commitment to electoral competition and a substantial political agenda. Nominating a candidate does not necessarily indicate support in a constituency. The rule can be over- or under-inclusive and is potentially subject to manipulation. It permits registrations of parties viewed as far removed from mainstream politics or as single-issue movements. It can shut out parties with fully developed platforms and a genuine interest in electoral competition. Finally, it conflicts with regional representation and has a disparate impact in that registration of a single-province party can occur only in Ontario and Quebec.

The justifications advanced by the government have been considered in the infringement stage of this analysis and the finding that the threshold infringes s. 3 essentially amounts to a conclusion that it is inconsistent with the values of Canadian democracy. There would be no reason in a full s. 1 analysis to doubt that the legislative objectives

préférence pour les partis bénéficiant de larges appuis. Le gouvernement dispose d'une assez grande latitude pour décider comment structurer le système électoral et il possède le privilège de décider de favoriser l'agrégation de la volonté politique et la cohésion. Ces valeurs doivent être prises en compte et l'examen de notre histoire et de nos institutions actuelles fait ressortir l'existence d'une philosophie qui reconnaît d'autres valeurs en plus de la participation individuelle. Dans la mesure où elle respecte les limites fixées par le droit de participer utilement au processus électoral, la décision de choisir une forme de représentation démocratique donnée est une question à l'égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. Entre également en jeu un troisième facteur, la représentation régionale, qui est un aspect de la représentation effective et de la participation utile au processus électoral. La représentation régionale peut elle aussi s'opposer, en tant que valeur équivalente, à la participation individuelle. Quoique son importance ne doive pas être exagérée, la représentation régionale est une des valeurs qui doit être prise en considération pour définir la notion de représentation utile et pour déterminer si une mesure gouvernementale viole l'art. 3.

La règle des 50 candidatures viole l'art. 3 en privant certains candidats et leurs partisans de la possibilité de participer utilement au processus démocratique. Elle représente un fardeau pour les partis qui sont déterminés à faire campagne sérieusement dans quelques circonscriptions et elle n'est pas l'outil idéal pour réaliser l'agrégation des préférences politiques ou pour aider à identifier les véritables partis déterminés à participer à la course électorale et possédant un programme politique sérieux. La présentation d'un candidat dans une circonscription n'indique pas nécessairement que le parti jouit d'appuis dans cette circonscription. La règle est toutefois vulnérable aux manipulations et elle peut s'avérer trop inclusive et trop exclusive. Elle a permis l'enregistrement de partis considérés comme des mouvements très éloignés des tendances politiques traditionnelles de la politique canadienne ou qui ne défendent qu'une seule cause. Elle peut exclure des partis qui possèdent un programme politique élaboré et qui sont réellement intéressés à participer à la course électorale. Enfin, la règle des 50 candidatures contrevient au principe de la représentation régionale et produit des effets distincts selon les régions, puisque ce n'est qu'en Ontario et au Québec que peut être enregistré un parti défendant les intérêts d'une seule province.

Les justifications avancées par le gouvernement ont été examinées dans le volet relatif à l'atteinte de l'analyse et la conclusion que les dispositions législatives violent l'art. 3 revient essentiellement à conclure qu'elles sont incompatibles avec les valeurs de la démocratie canadienne. Si on procédait à l'analyse complète requise par

are pressing and substantial. The values furthered are consistent with some of the fundamental principles of a free and democratic society and favouring large parties may not be discordant with those principles. The Crown should not be required to demonstrate that the electoral system adopted by Parliament results in substantially better governance than an alternative system because it is hard to imagine how it would prove that proposition and the definition of good or better government should not be fixed as a legal standard. The Court risks unduly expanding the scope of judicial review of the design of the electoral system by suggesting that the motive behind the legislation may itself be illegitimate. Whatever system is adopted must respect the right of each individual to meaningful participation but that right should not be defined too inflexibly.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Explained: *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

By LeBel J.

Distinguished: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; **referred to:** *Reference re Provincial Electoral*

l'article premier, il n'y aurait aucune raison de mettre en doute le caractère urgent et réel des objectifs du législateur. Les valeurs renforcées par les dispositions législatives contestées sont compatibles avec quelques-uns des principes fondamentaux d'une société libre et démocratique, et le fait de favoriser les grands partis pourrait ne pas être incompatible avec ces principes. La Couronne ne devrait pas être tenue de démontrer que le système électoral adopté par le Parlement conduit à une bien meilleure administration du pays qu'un autre système, car il est difficile d'imaginer comment elle pourrait faire la preuve de cette thèse. De plus, la définition d'un bon gouvernement ou d'un meilleur gouvernement ne devrait pas être arrêtée au moyen d'une norme juridique. En suggérant que la motivation à la base des dispositions législatives contestées puisse elle-même ne pas être légitime, notre Cour risque d'élargir indûment la portée du contrôle judiciaire de la structure du système électoral. Quel que soit le système adopté, il doit respecter le droit de tout individu de participer utilement au processus démocratique. Toutefois, ce droit ne doit pas être défini de façon trop rigide.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt interprété : *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonion Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec les arrêts : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; **arrêts mentionnés :**

Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *MacKinnon v. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232; *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210; *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), (3), 28(2) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 18], 100(1)(a), (b), (2), 232.
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 370(1), 385.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 3, 7, 8, 15(1).
Constitution Act, 1867, preamble, s. 51A.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 127(3) [repl. 2000, c. 9, s. 560(1)].

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 Cairns, Alan C. "The Charter and the Constitution Act, 1982", in R. S. Blair and J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1993, 62.
 Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 28th Parl., June 23, 1970, p. 8509.
 Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
 Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.

Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *MacKinnon c. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232; *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210; *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d), 3, 7, 8, 15(1).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 51A.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 127(3) [repl. 2000, ch. 9, art. 560(1)].
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 24(2), (3), 28(2) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 18], 100(1)(a), (b), (2), 232.
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 370(1), 385.

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
 Cairns, Alan C. « The Charter and the Constitution Act, 1982 », in R. S. Blair and J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition : Basic Readings*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Nelson Canada, 1993, 62.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 28^e lég., 23 juin 1970, p. 8509.
 Canada. Comité des dépenses électorales. *Rapport du Comité des dépenses électorales*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
 Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
 Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose & Lemieux, 1865.

Courtney, John C. "Electoral Reform and Canada's Parties", in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 91.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. "La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë", [2003] *R. du B.* 271.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.

MacIvor, Heather. "A Brief Introduction to Electoral Reform", in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 19.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 50 O.R. (3d) 161, 189 D.L.R. (4th) 577, 137 O.A.C. 252, [2000] O.J. No. 3007 (QL), varying a judgment of the Ontario Court (General Division) (1999), 43 O.R. (3d) 728, 170 D.L.R. (4th) 647, 61 C.R.R. (2d) 91, [1999] O.J. No. 689 (QL). Appeal allowed.

Peter Rosenthal and Kikelola Roach, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., Gail Sinclair and Peter Hajecek, for the respondent.

Dominique A. Jobin and Sébastien Arès, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises fundamental questions in respect of the democratic process in our country. More specifically, this appeal focusses on the purpose and meaning to be given to s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which confers on each citizen the right to vote in the election of members of the House of Commons and the provincial legislative assemblies and to be qualified for membership therein. The issue is whether federal legislation that restricts access to certain benefits to

Courtney, John C. « Electoral Reform and Canada's Parties », in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 1999, 91.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », [2003] *R. du B.* 271.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.

MacIvor, Heather. « A Brief Introduction to Electoral Reform », in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 1999, 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 50 O.R. (3d) 161, 189 D.L.R. (4th) 577, 137 O.A.C. 252, [2000] O.J. No. 3007 (QL), qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1999), 43 O.R. (3d) 728, 170 D.L.R. (4th) 647, 61 C.R.R. (2d) 91, [1999] O.J. No. 689 (QL). Pourvoi accueilli.

Peter Rosenthal et Kikelola Roach, pour l'appellant.

Roslyn J. Levine, c.r., Gail Sinclair et Peter Hajecek, pour l'intimé.

Dominique A. Jobin et Sébastien Arès, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales en ce qui concerne le processus démocratique dans notre pays. Il porte plus particulièrement sur l'objet et la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui dispose que tout citoyen a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. Il s'agit de décider si contreviennent à l'art. 3 de la *Charte* les dispositions législatives fédérales qui n'accordent certains avantages qu'aux seuls partis

political parties that have nominated candidates in at least 50 electoral districts violates s. 3. I conclude that it does and would therefore allow the appeal.

II. Legislative Background

Under the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (the “*Elections Act*”), political parties seeking registered party status must comply with a number of requirements. A political party seeking registered party status must have at least 100 members and must appoint a leader, a chief agent and an auditor. These requirements are not at issue in this appeal.

At issue in this appeal is the requirement that a political party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in order to obtain, and then to retain, registered party status:

24. . . .

(2) On receipt of an application for registration of a political party pursuant to subsection (1), the Chief Electoral Officer shall examine the application and determine whether the party can be registered under this section and

(a) where he determines that, on the nomination by the party of fifty candidates in accordance with paragraph 3(a) or (b), whichever is applicable, the party could be registered, so inform the leader of the party; or

(b) in any other case, inform the leader of the party that the party cannot be registered.

(3) Where the leader of a political party has been informed by the Chief Electoral Officer pursuant to paragraph 2(a) that, on the nomination of fifty candidates in accordance with paragraph (a) or (b), whichever is applicable, the party could be registered, the party shall be registered

(a) if the application for registration is filed within the period commencing with the day following polling day at one general election and terminating on the sixtieth day before the issue of writs for the next general election, on the day after the party had officially nominated candidates in fifty electoral districts at the next general election, or

(b) if the application for registration is filed within the period commencing with the fifty-ninth day before the

politiques ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales. J’estime qu’il y a violation de l’art. 3 et, en conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Contexte législatif

Suivant la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (la « *Loi électorale* »), tout parti politique qui désire être enregistré doit satisfaire à un certain nombre de conditions. Il doit compter au moins 100 membres et nommer un chef, un agent principal ainsi qu’un vérificateur. Ces conditions ne sont pas en litige dans le présent pourvoi.

En l’espèce, la condition litigieuse est celle exigeant que le parti présente un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales s’il veut obtenir et maintenir son enregistrement. Les deux dispositions législatives contestées sont les suivantes :

24. . . .

(2) Au reçu d’une demande d’enregistrement d’un parti politique en conformité avec le paragraphe (1), le directeur général des élections étudie la demande, décide si le parti peut être enregistré en vertu du présent article et informe le chef du parti que :

a) le parti pourra être enregistré quand, en conformité avec l’alinéa (3)a) ou b), cinquante candidats auront été officiellement présentés par le parti;

b) dans les autres cas, le parti ne pourra être enregistré.

(3) Le directeur général des élections enregistre le parti politique dont il a informé le chef, conformément à l’alinéa (2)a), qu’il pourra être enregistré dans l’un ou l’autre des cas suivants :

a) la demande d’enregistrement est produite dans la période commençant le lendemain du jour du scrutin d’une élection générale et se terminant le soixantième jour avant l’émission des brefs de la prochaine élection générale, le lendemain du jour où le parti aura officiellement présenté des candidats dans cinquante circonscriptions en vue de cette prochaine élection générale;

b) la demande d’enregistrement est produite dans la période commençant le cinquante-neuvième jour

2

3

issue of writs for a general election and terminating on polling day at that election, on the day after the party has officially nominated candidates in fifty electoral districts at the general election next following the general election falling within that period,

and if the political party fails to nominate fifty candidates in accordance with paragraph (a) or (b), whichever is applicable, the Chief Electoral Officer shall inform the leader of the party that the party cannot be registered.

28. . . .

(2) The Chief Electoral Officer shall, on the close of nominations at a general election, delete from the registry referred to in subsection 24(1), any registered party that did not at the close of nominations on that day have candidates in at least fifty of the electoral districts.

4

Upon obtaining registered party status, a political party is qualified for a number of benefits. Among these benefits is the right to free broadcast time, the right to purchase reserved broadcast time, and the right to partial reimbursement of election expenses upon receiving a certain percentage of the vote. The constitutionality of withholding these benefits from political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold is not at issue in this appeal. The only benefits that will be considered in this appeal are the right of a political party to issue tax receipts for donations received outside the election period, the right of a candidate to transfer unspent election funds to the party (rather than remitting them to the government), and the right of a party's candidates to list their party affiliation on the ballot papers.

5

The right of the party to issue tax receipts for donations received outside the election period is provided for by s. 127(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.):

127. . . .

(3) There may be deducted from the tax otherwise payable by a taxpayer under this Part for a taxation year in respect of the total of all amounts each of which is a monetary contribution made by the taxpayer in the year to a registered party or to a candidate whose nomination has been confirmed in an election of a member or members to serve in the House of Commons of Canada (in this section referred to as "the total"),

avant l'émission des brefs d'une élection générale et se terminant le jour du scrutin à cette élection, le lendemain du jour où le parti aura officiellement présenté des candidats dans cinquante circonscriptions à l'élection générale qui suit celle qui tombe dans cette période.

Si le parti politique ne peut présenter cinquante candidats en conformité avec l'alinéa a) ou b), le directeur général des élections doit informer le chef du parti que le parti ne peut être enregistré.

28. . . .

(2) Le directeur général des élections doit, lors d'une élection générale, à la fin des présentations, radier le parti enregistré qui n'avait pas, à la fin des présentations, de candidat dans au moins cinquante circonscriptions.

Les partis politiques enregistrés bénéficient d'un certain nombre d'avantages. Par exemple, un parti enregistré a droit à du temps d'antenne gratuit, il peut acheter du temps d'antenne réservé et il a droit au remboursement partiel des dépenses électorales lorsqu'il recueille un pourcentage donné des suffrages. La constitutionnalité du refus de ces avantages aux partis politiques qui ne présentent pas au moins 50 candidats n'est pas en litige en l'espèce. Les seuls avantages examinés dans le présent pourvoi sont le droit des partis politiques de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, ainsi que le droit des candidats de remettre à leur parti (plutôt qu'au gouvernement) les fonds non dépensés pendant la campagne électorale et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

Le droit d'un parti de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales est prévu au par. 127(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) :

127. . . .

(3) Il peut être déduit de l'impôt payable par ailleurs par un contribuable en vertu de la présente partie, pour une année d'imposition, au titre du total des montants dont chacun est une contribution monétaire versée par le contribuable, au cours de l'année, à un parti enregistré ou à un candidat confirmé, pour l'élection d'un ou de plusieurs députés à la Chambre des communes du Canada (appelé « le total » au présent article) :

(a) 75% of the total, if the total does not exceed \$200,

(b) \$150 plus 50% of the amount by which the total exceeds \$200, if the total exceeds \$200 and does not exceed \$550, or

(c) the lesser of

(i) \$325 plus 33 1/3% of the amount by which the total exceeds \$550, and

(ii) \$500,

if payment of each monetary contribution that is included in the total is proven by filing a receipt with the Minister, signed by a registered agent of the registered party or by the official agent of the candidate whose nomination has been confirmed, as the case may be, that contains prescribed information.

The right of a candidate to transfer unspent election funds to the party rather than the Receiver General is provided for by s. 232 of the *Elections Act*:

232. Where the aggregate of all money received by

(a) an official agent of a candidate pursuant to paragraph 217(1)(b),

(b) the official agent pursuant to sections 241 to 247, and

(c) the candidate as a refund under this Act of the deposit made by him pursuant to paragraph 81(1)(j),

is in excess of the amount required by the candidate to pay the aggregate of the deposit referred to in paragraph 81(1)(j) and

(d) election expenses and all other reasonable expenses incidental to the election,

(e) personal expenses,

(f) auditor's fees in excess of the amount paid under paragraph 243(4)(b) or subsection 244(2), and

(g) costs with respect to a recount pursuant to subsection 171(1) or sections 176 to 184 of the votes cast in his electoral district, to the extent that the costs exceed any amount paid to the candidate by the Receiver General pursuant to subsection 171(5),

incurred by him in relation to the election, the amount of the excess shall be paid by the official agent,

a) 75 % du total lorsque celui-ci ne dépasse pas 200 \$;

b) 150 \$ plus 50 % de la différence entre 200 \$ et le total si celui-ci dépasse 200 \$ sans dépasser 550 \$;

c) le moindre des montants suivants :

(i) 325 \$ plus 33 1/3 % de la différence entre 550 \$ et le total si celui-ci dépasse 550 \$,

(ii) 500 \$,

si le versement de chaque contribution monétaire comprise dans le total est prouvé par la présentation au ministre d'un reçu signé d'un agent enregistré du parti enregistré ou de l'agent officiel du candidat confirmé, selon le cas, qui contient les renseignements requis.

L'article 232 de la *Loi électorale* dispose que les candidats peuvent remettre à leur parti — plutôt qu'au receveur général — les fonds électoraux non dépensés :

232. Lorsque le total de l'argent reçu par :

a) un agent officiel d'un candidat en vertu de l'alinéa 217(1)b);

b) un agent officiel en vertu des articles 241 à 247;

c) un candidat à titre de remboursement, en vertu de la présente loi, du dépôt qu'il devait faire en conformité avec l'alinéa 81(1)(j),

est supérieur au total du dépôt visé à l'alinéa 81(1)(j) et des dépenses suivantes engagées par le candidat relativement à l'élection :

d) ses dépenses d'élection et toutes les dépenses raisonnables qui découlent de l'élection;

e) ses dépenses personnelles;

f) la partie des honoraires du vérificateur qui excède le montant payé en application de l'alinéa 243(4)(b) ou du paragraphe 244(2);

g) les frais relatifs à un recomptage, en conformité avec le paragraphe 171(1) ou les articles 176 à 184, des votes dans la circonscription, dans la mesure où ces frais dépassent le montant payé par le receveur général au candidat en conformité avec le paragraphe 171(5),

l'agent officiel remet cet excédent :

(h) where the political affiliation of the candidate was shown on the ballot paper as a registered party, to any local organization or association of members of the party in the electoral district of the candidate or to the registered agent of the party, or

(i) in any other case, to the Receiver General,

within one month after the official agent of the candidate receives reimbursement pursuant to subsection 243(4) in respect of the candidate's election expenses or two months after the filing by the official agent of the return respecting election expenses in respect of the candidate, whichever is the later.

7

Finally, the right of the party's candidates to list their party affiliation on the ballot papers is provided for by s. 100 of the *Elections Act*:

100. (1) All ballot papers shall be of the same description and as nearly alike as possible and each ballot paper shall be a printed paper on which

(a) the names of the candidates, alphabetically arranged in the order of their surnames, shall be set out as those names appear in their nomination papers;

(b) the political affiliation of each candidate, if any, as indicated under section 81 at the time of nomination of the candidate, shall be set out, after or under the name of the candidate;

(2) Notwithstanding subsection (1), where a candidate at an election has filed an instrument in writing pursuant to paragraph 81(1)(h) stating that the political affiliation of the candidate is a registered party named in the instrument and the registered party is deleted from the registry by the Chief Electoral Officer, either before or after nomination of the candidate, neither the word "independent" nor any other political affiliation shall be set out after or under the name of the candidate on the ballot paper for the electoral district for which the candidate has been nominated.

8

The effect of these provisions is that candidates nominated by political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold are not entitled to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party or to list their party affiliation on the ballot papers.

h) lorsque les bulletins de vote indiquent que l'appartenance politique du candidat est un parti enregistré, à une organisation ou association locale des membres du parti dans la circonscription du candidat ou, à l'agent enregistré du parti;

i) dans les autres cas, au receveur général,

selon la dernière éventualité qui se réalise, dans le mois qui suit la réception, par l'agent officiel du candidat du remboursement visé au paragraphe 243(4) relativement aux dépenses électorales du candidat ou dans les deux mois qui suivent le dépôt, par l'agent officiel, du rapport concernant les dépenses d'élection relatives au candidat.

Enfin, l'article 100 de la *Loi électorale* dispose que les candidats peuvent inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote :

100. (1) Tous les bulletins de vote doivent répondre à la même description et se ressembler le plus possible, et chaque bulletin de vote doit être un document imprimé où :

a) sont inscrits les noms des candidats, suivant l'ordre alphabétique de leur nom de famille et tels qu'ils figurent sur leur bulletin de présentation respectif;

b) est indiquée, après ou sous le nom de chaque candidat, son appartenance politique, s'il en est, telle qu'elle est donnée, en vertu de l'article 81, au moment de la présentation de ce candidat;

(2) Nonobstant le paragraphe (1), lorsque, avant ou après la présentation d'un candidat, le directeur général des élections radie du registre le parti enregistré que ce candidat a inscrit au titre de son appartenance politique dans l'acte écrit qu'il a déposé en conformité avec l'alinéa 81(1)h), les bulletins de vote de la circonscription pour laquelle le candidat a été présenté ne peuvent indiquer, après ou sous son nom, aucune appartenance politique ni le mot « indépendant ».

Ces dispositions ont pour effet que les candidats des partis politiques qui n'ont pas présenté 50 candidats ne peuvent pas délivrer de reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, ni remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés ou inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1999), 43 O.R. (3d) 728

Molloy J. held that implicit in the right to vote is the right to vote in a fair and democratic election in which all participants are treated as equals. She was of the view that the values underlying the *Charter* demand that democratic rights be available to all citizens on an equal basis. As a consequence, if the government decides to extend a benefit to one political party, that benefit must be equally available to all political parties. Because the effect of the 50-candidate threshold is that only certain political parties are entitled to the benefits in question, Molloy J. found that the threshold is inconsistent with the right of each citizen to run for office. It also is inconsistent with s. 3 of the *Charter* because it deprives voters of the information necessary to make an informed decision. It was her conclusion that the right to vote includes the right to be fully informed as to the party affiliation of each candidate.

Molloy J. then held that this infringement of s. 3 could not be justified under s. 1 of the *Charter* because the stated objective of distinguishing between parties with different levels of support was not pressing and substantial. She held that providing benefits only to those political parties with a broad base of support is the very antithesis of a true democracy. Moreover, even if that objective could be characterized as pressing and substantial, the legislation would fail the *Oakes* test because the 50-candidate threshold is not rationally connected to that objective since the 50-candidate threshold does not accurately measure public support.

Molloy J. thus ordered that the 50-candidate threshold for registered party status be read down to a 2-candidate threshold. The Attorney General appealed to the Court of Appeal for Ontario.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1999), 43 O.R. (3d) 728

La juge Molloy a estimé que le droit de vote emportait implicitement celui de voter à des élections justes et démocratiques, où tous les participants sont traités sur un pied d'égalité. Les valeurs à la base de la *Charte* commandent que tous les citoyens, sans distinction, puissent exercer les droits démocratiques. Par conséquent, lorsque le gouvernement décide d'accorder un avantage à un parti politique, cet avantage doit également être offert à tous les autres partis. Étant donné que, en raison de la limite de 50 candidats, seuls certains partis politiques ont droit aux avantages en cause, la juge Molloy a estimé que cette exigence est incompatible avec le droit de tout citoyen de se présenter aux élections et qu'elle est également incompatible avec l'art. 3 de la *Charte* en ce qu'elle prive les électeurs de l'information nécessaire pour faire un choix éclairé. La juge a conclu que le droit de voter emporte celui d'être informé de l'appartenance politique de chacun des candidats.

La juge Molloy a ensuite estimé que cette atteinte à l'art. 3 ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*, puisque l'objectif déclaré de la distinction faite entre les partis en fonction de l'appui dont ils bénéficient n'était pas urgent et réel. Le fait de réserver des avantages aux partis politiques jouissant d'un large appui est l'antithèse même d'une véritable démocratie. De plus, d'affirmer la juge, même si cet objectif pouvait être qualifié d'urgent et de réel, la mesure législative ne satisfait pas au critère de l'arrêt *Oakes*, puisqu'il n'existe pas de lien rationnel entre l'exigence et cet objectif, la présentation d'un minimum de 50 candidats ne constituant pas une mesure exacte de l'appui populaire.

La juge Molloy a donc ordonné que l'on fasse une interprétation atténuante de la disposition exigeant 50 candidatures, de sorte qu'un parti comptant au moins deux candidats puisse être enregistré. Le procureur général a appelé de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario.

9

10

11

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 50 O.R. (3d) 161

12 Doherty J.A. held that Molloy J. was incorrect to conclude that s. 3 includes a general fairness requirement that requires that benefits provided to some political parties must be provided to all political parties. In his view, the question of whether the 50-candidate threshold violates s. 3 of the *Charter* must be determined with reference to the purpose of s. 3, which is the protection of the right to “effective representation” (para. 69). The issue to be determined, then, is whether the favoured treatment of political parties that nominate candidates in 50 or more electoral districts is inconsistent with the right to effective representation.

13 According to Doherty J.A., effective representation is the desired end product of the electoral process. On this view, the capacity of a political party to enhance effective representation becomes operative only where the party structures voter choice at the national level and offers the electorate an opportunity to become involved in the choosing of a government. As a consequence, statutory provisions that bestow benefits on political parties as a means of enhancing effective representation properly distinguish between (i) parties whose commitment to the process is sufficient to serve that goal and (ii) parties whose commitment is so minimal as to be incapable of serving that goal. Doherty J.A. found that the 50-candidate threshold is an acceptable means of gauging that level of commitment.

14 With respect to the right of candidates to identify their party affiliation on election ballots, Doherty J.A. held that the right to effective representation includes the right to make an informed, rational choice. Because the identification of party affiliation is an essential aspect of this right, extending this benefit only to registered parties constitutes a violation of s. 3 of the *Charter*. Doherty J.A. held that this violation could not be saved under s. 1. Although the objective of ensuring that voters are not confused or misled by information on election ballots is pressing and substantial, the 50-candidate

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 50 O.R. (3d) 161

Selon le juge Doherty, la juge Molloy a eu tort de conclure que le droit garanti à l'art. 3 crée une obligation générale d'équité prescrivant d'étendre à tous les partis politiques les avantages accordés à certains d'entre eux. À son avis, la question de savoir si le critère des 50 candidatures porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte* doit être tranchée au regard de l'objet de cette disposition, soit la protection du droit à une [TRADUCTION] « représentation effective » (par. 69). En conséquence, il s'agit de décider si le traitement favorable réservé aux partis politiques qui présentent des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales est incompatible avec le droit à une représentation effective.

De l'avis du juge Doherty, la représentation effective est la finalité que l'on attend du processus électoral. Selon ce point de vue, un parti politique n'est vraiment en mesure de favoriser la représentation effective que s'il rivalise pour la préférence des électeurs à l'échelle nationale et qu'il leur donne la possibilité de participer au choix du gouvernement. En conséquence, une disposition législative qui confère des avantages à certains partis politiques dans le but de favoriser la représentation effective établit à juste titre une distinction entre (i) les partis dont la participation au processus est suffisamment importante pour servir cet objectif et (ii) les partis dont la participation est si minimale qu'elle ne saurait être en mesure de le servir. Le juge Doherty a conclu que la présentation de 50 candidats était un moyen acceptable de mesurer ce niveau de participation.

Pour ce qui concerne le droit des candidats d'inscrire leur appartenance politique sur le bulletin de vote, le juge Doherty a estimé que le droit des citoyens à une représentation effective emporte celui de pouvoir faire un choix éclairé, rationnel. L'indication de l'appartenance politique étant un aspect essentiel de l'exercice de ce droit, la reconnaissance de cet avantage aux seuls candidats des partis enregistrés constitue une atteinte à l'art. 3 de la *Charte*. Il a ajouté que cette atteinte ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier. Bien que l'objectif consistant à veiller à ce que l'infor-

threshold fails the minimal impairment test, owing to the fact that it extends the prohibition to instances in which there is no danger that the identification of a candidate's party affiliation would confuse or mislead voters.

Doherty J.A. thereby determined that the requirement that a political party must nominate at least 50 candidates to attain registered party status is not inconsistent with s. 3 of the *Charter*, except to the extent that it denies candidates of non-registered parties the right to identify their party affiliation on the election ballot.

IV. Issues

The question to be determined in this appeal is whether ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* infringe s. 3 of the *Charter* by withholding from candidates nominated by political parties that have failed to satisfy the 50-candidate threshold the right to issue tax receipts for donations received outside the election period, the right to transfer unspent election funds to the party, and the right to list their party affiliation on the ballot papers — and, if so, whether that infringement is reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

The appellant also submits that ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* infringe ss. 2(d) and 15(1) of the *Charter*, and that those infringements cannot be justified under s. 1. Having determined that this matter can be disposed of solely with reference to s. 3 of the *Charter*, I do not address either of those submissions. I also note that this appeal centres on participation in the electoral process that precedes the Parliamentary process. Hence, the manner in which Parliament determines which political parties have official status in the House of Commons is not at issue in this appeal.

mation figurant sur le bulletin de vote n'induit pas l'électeur en erreur ni ne sème la confusion dans son esprit soit urgent et réel, la condition requérant la présentation d'au moins 50 candidats ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, du fait que l'interdiction s'applique même dans les cas où il n'y a aucun risque que la mention de l'appartenance politique du candidat ne sème la confusion chez les électeurs ou ne les trompe.

Le juge Doherty a en conséquence statué que la disposition obligeant les partis politiques à présenter au moins 50 candidats pour obtenir la qualité de parti enregistré n'est pas incompatible avec l'art. 3 de la *Charte*, sauf dans la mesure où elle empêche le candidat d'un parti non enregistré d'inscrire son appartenance politique sur le bulletin de vote.

IV. Questions en litige

Notre Cour doit décider si les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* portent atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, du fait que, suivant ces dispositions, un parti politique doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales pour que ses candidats puissent délivrer des reçus fiscaux à l'égard des dons recueillis en dehors des périodes électorales, puissent lui remettre les fonds électoraux non dépensés et puissent inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote — et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une atteinte raisonnable et dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*.

L'appelant soutient également que les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* violent l'al. 2d) et le par. 15(1) de la *Charte*, et que ces atteintes ne peuvent être justifiées conformément à l'article premier. Ayant conclu que le présent pourvoi peut être tranché en vertu du seul art. 3 de la *Charte*, j'estime inutile d'examiner ces prétentions. Je tiens également à souligner que le présent pourvoi porte principalement sur la participation au processus électoral qui précède le processus parlementaire. Par conséquent, la façon dont le Parlement détermine quels partis politiques ont la qualité de partis officiels à la Chambre des communes n'est pas en litige en l'espèce.

15

16

17

V. Analysis

A. *Does the 50-Candidate Threshold Violate Section 3 of the Charter?*

18 The first question to be determined in this appeal is whether the restriction on the right of candidates to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party, and to list their party affiliation on the ballot papers infringes s. 3 of the *Charter*. This requires the Court to perform two tasks. The first is to define the purpose of s. 3 of the *Charter*. The second is to evaluate the 50-candidate threshold in light of that definition in order to determine whether it violates s. 3 of the *Charter*.

(1) Section 3 of the Charter

19 Under s. 3 of the *Charter*, “[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein”. On its face, the scope of s. 3 is relatively narrow: it grants to each citizen no more than the bare right to vote and to run for office in the election of representatives of the federal and provincial legislative assemblies. But *Charter* analysis requires courts to look beyond the words of the section. In the words of McLachlin C.J.B.C.S.C. (as she then was), “[m]ore is intended [in the right to vote] than the bare right to place a ballot in a box”: *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 403.

20 In order to determine the scope of s. 3, the Court must first ascertain its purpose. As Dickson J. (as he then was) wrote in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, “[t]he interpretation [of a section of the *Charter*] should be . . . a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection”. In interpreting the scope of a *Charter* right, courts must adopt a broad and purposive approach that seeks to ensure that duly enacted

V. Analyse

A. *Le critère des 50 candidatures porte-t-il atteinte à l’art. 3 de la Charte?*

La première question qu’il faut trancher en l’espèce est de savoir si le refus de permettre aux candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d’inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote portent atteinte à l’art. 3 de la *Charte*. Pour répondre à cette question, notre Cour doit accomplir deux tâches. Premièrement, elle doit définir l’objet de l’art. 3 de la *Charte* et, deuxièmement, elle doit apprécier le bien-fondé de ce critère à la lumière de cette définition, et décider si celui-ci porte atteinte à l’art. 3 de la *Charte*.

(1) L’article 3 de la Charte

L’article 3 de la *Charte* dispose que « [t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales ». De prime abord, sa portée est relativement étroite : il n’accorde que le droit de voter et de briguer les suffrages lors de l’élection des députés du Parlement et des assemblées législatives provinciales. Toutefois, dans l’analyse fondée sur la *Charte*, les tribunaux ne doivent pas se limiter au texte de la disposition. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (maintenant Juge en chef de notre Cour), [TRADUCTION] « [l]e [droit de vote] ne s’entend pas que du simple droit de déposer son bulletin de vote dans l’urne » : *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, p. 403.

Afin de bien circonscrire la portée de l’art. 3, notre Cour doit tout d’abord dégager l’objet de cette disposition. Comme l’a écrit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, « . . . l’interprétation [d’une disposition de la *Charte*] doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Les tribunaux appelés à délimiter la portée d’un droit garanti par la *Charte* doivent recourir à

legislation is in harmony with the purposes of the *Charter*.

This Court first considered the purpose of s. 3 in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158 (“*Saskatchewan Reference*”). In determining that s. 3 does not require absolute equality of voting power, McLachlin J. held that the purpose of s. 3 is “effective representation” (p. 183). This Court has subsequently confirmed, on numerous occasions, that the purpose of s. 3 is effective representation: see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

The Court of Appeal for Ontario concluded that effective representation is “the desired end product of the electoral process” (para. 80). In particular, it found that effective representation exists where the electoral process results in the formation of a majority government that has structured choice and aggregated preferences at the national level. On this view, the purpose of s. 3 is engaged only by those political parties that possess the capacity to aggregate interests on a national level and participate in the governance of the country subsequent to an election. A party that does not participate in an election with a view to forming a government, or at least of winning a substantial number of seats in Parliament, is not a party that possesses the capacity to advance the objective of effective representation. Thus, it is not improper to withhold benefits from political parties whose level of participation is so minimal as to be incapable of serving that goal.

With respect, this is not how I understand McLachlin J.’s statement that the purpose of s. 3 is effective representation. In my view, McLachlin J. was not referring to a collective interest in a desired end product of the electoral process that results in majority government. Rather, my colleague emphasized the right of each citizen to an effective

une interprétation libérale et téléologique, de façon à concilier les dispositions législatives régulièrement édictées avec les objectifs de la *Charte*.

C’est dans l’affaire *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 (« *Renvoi concernant la Saskatchewan* »), que notre Cour s’est penchée pour la première fois sur l’objet de l’art. 3. Concluant que cet article n’exige pas l’égalité absolue du nombre d’électeurs (pouvoir électoral), la juge McLachlin a estimé que cet objet était la « représentation effective » (p. 183). Notre Cour a par la suite confirmé, à de nombreuses reprises, que tel était l’objet de l’art. 3 : voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la représentation effective est [TRADUCTION] « la finalité attendue du processus électoral » (par. 80). En particulier, la cour a jugé qu’il y a représentation effective lorsque le processus électoral aboutit à la formation d’un gouvernement majoritaire ayant présenté des candidats et agrégé les préférences des électeurs à l’échelle nationale. Selon ce point de vue, seuls les partis politiques aptes à agréger les préférences à l’échelle nationale et à gouverner le pays après le scrutin permettent la réalisation de cet objectif. Le parti qui ne participe pas aux élections dans le but de former le gouvernement ou, du moins, de remporter un nombre substantiel de sièges au Parlement n’est pas en mesure de favoriser la représentation effective. Il ne serait donc pas inapproprié de refuser des avantages aux partis politiques dont la participation au processus démocratique n’est pas de nature à favoriser la représentation effective.

En toute déférence, telle n’est pas mon interprétation des propos de la juge McLachlin, dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, selon lesquels l’objet de l’art. 3 est la représentation effective. Selon moi, elle ne faisait pas allusion à un intérêt collectif à ce que le processus électoral aboutisse à l’élection d’un gouvernement

21

22

23

representative in the legislative assembly. She wrote, at p. 183:

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to “effective representation”. Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one’s grievances and concerns to the attention of one’s government representative. [First emphasis added; second emphasis in original.]

The issue in that case was not whether the departure from absolute voter parity could be justified by virtue of the benefits that it provided to rural voters, but whether the departure from absolute voter parity was inconsistent with the right of urban voters to an effective representative in the legislative assembly. The Court concluded that the departure from absolute voter parity was consistent with s. 3, not because the departure provided for the more effective representation of rural voters, but, rather, because it did not interfere with the right of urban voters to an effective representative in the legislative assembly.

24

Consequently, I do not agree with LeBel J.’s conclusion, at para. 117 of his reasons, that the *Saskatchewan Reference* established that the diminution of one aspect of effective representation (parity) can ultimately result in the provision of more effective representation. Rather, the *Saskatchewan Reference* established that it is a mistake to conflate the right of each citizen to effective representation with a right to absolute voter parity. As McLachlin J. wrote, at p. 181, “practical considerations such as social and physical geography may impact on the value of the citizen’s right to vote” (emphasis added). The *Saskatchewan Reference*, *supra*, instructs us that it may be necessary to consider a broad range of social factors prior to determining that a departure from absolute voter parity does, in fact, interfere with the right of each citizen to effective representation. If the departure from absolute voter parity does not interfere with the right

majoritaire. Ma collègue insistait plutôt sur le droit de chaque citoyen à un représentant efficace au sein des assemblées législatives. Elle a écrit ceci, à la p. 183 :

Je conclus que l’objet du droit de vote garanti à l’art. 3 de la *Charte* n’est pas l’égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d’être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d’avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d’attirer l’attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original.]

Dans cette affaire, la question n’était pas de savoir si la dérogation à la parité absolue des électeurs pouvait être justifiée par les avantages qu’elle conférerait aux électeurs des régions rurales, mais si elle était incompatible avec le droit des électeurs des régions urbaines à un représentant efficace à l’assemblée législative. Notre Cour a conclu que la dérogation était compatible avec l’art. 3, non pas parce qu’elle assurait une représentation plus effective aux électeurs des régions rurales, mais bien parce qu’elle ne portait pas atteinte au droit des électeurs des régions urbaines à un représentant efficace à l’assemblée législative.

En conséquence, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge LeBel (au par. 117) selon laquelle le *Renvoi concernant la Saskatchewan* a établi que l’affaiblissement d’un aspect de la représentation effective (la parité) peut en définitive se traduire par une représentation plus effective. Notre Cour a plutôt dit qu’il est erroné de confondre le droit de tout citoyen à la représentation effective et le droit à la parité absolue des électeurs. Comme l’a écrit la juge McLachlin, à la p. 181 de l’arrêt susmentionné, « des considérations telles que la géographie sociale et physique peuvent avoir une incidence sur la valeur du droit de vote des citoyens » (je souligne). Le *Renvoi concernant la Saskatchewan* nous enseigne qu’il peut être nécessaire de prendre en considération un large éventail de facteurs sociaux pour décider si une dérogation à la parité absolue des électeurs porte de fait atteinte au droit de tout citoyen à la représentation effective. Une dérogation

of each citizen to effective representation, it does not infringe s. 3.

But the right to effective representation contemplates more than the right to an effective representative in Parliament or a legislative assembly. In *Haig, supra*, L'Heureux-Dubé J., for the majority of the Court, summarized McLachlin J.'s discussion of the purpose of s. 3 as follows (at p. 1031):

Clearly, in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state. For the majority of the Court, McLachlin J. concluded at p. 183 that it is the Canadian system of effective representation that is at the centre of the guarantee:

... the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to "effective representation". Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one's grievances and concerns to the attention of one's government representative.

The purpose of s. 3 of the *Charter* is, then, to grant every citizen of this country the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate. [First emphasis in original; second emphasis added.]

As this passage indicates, this Court has already determined that the purpose of s. 3 includes not only the right of each citizen to have and to vote for an elected representative in Parliament or a legislative assembly, but also to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. This, in my view, is a more complete statement of the purpose of s. 3 of the *Charter*.

Support for the proposition that s. 3 should be understood with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the election of a particular form of government, is found in the fact that the rights of s. 3 are participatory in nature. Section 3 does not advert

à la parité absolue des électeurs qui ne porte pas atteinte au droit de tout citoyen à la représentation effective ne viole pas l'art. 3.

Cependant, le droit à la représentation effective vise davantage que le droit à un représentant efficace au Parlement ou à l'assemblée législative. Dans l'arrêt *Haig*, précité, p. 1031, exprimant alors l'opinion majoritaire de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a résumé ainsi les propos de la juge McLachlin concernant l'objet de l'art. 3 :

Évidemment, dans une société démocratique, l'étendue du droit de vote énoncé à l'art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique. Le juge McLachlin, au nom de la majorité, a conclu, à la p. 183, que c'est le système canadien de représentation effective qui constitue l'essence de la garantie :

... l'objet du droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte* n'est pas l'égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d'être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d'avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d'attirer l'attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations. . .

L'article 3 de la *Charte* a donc pour objet d'accorder à tous les citoyens canadiens le droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés qui, eux, sont chargés de prendre des décisions qui seront consacrées dans des lois dont ils auront à rendre compte auprès de leurs électeurs. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Comme l'indique cet extrait, notre Cour a déjà jugé que l'art. 3 a pour objet de conférer à tout citoyen non seulement le droit d'être représenté par un député fédéral ou provincial et d'élire ce député, mais aussi celui de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Voilà, à mon sens, un énoncé plus complet de l'objet véritable de l'art. 3 de la *Charte*.

Le fait que les droits garantis par l'art. 3 sont des droits de participation étaye la thèse que l'art. 3 doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. L'article ne fait pas état

to the composition of Parliament subsequent to an election, but only to the right of each citizen to a certain level of participation in the electoral process. On its very face, then, the central focus of s. 3 is the right of each citizen to participate in the electoral process. This signifies that the right of each citizen to participate in the political life of the country is one that is of fundamental importance in a free and democratic society and suggests that s. 3 should be interpreted in a manner that ensures that this right of participation embraces a content commensurate with the importance of individual participation in the selection of elected representatives in a free and democratic state. Defining the purpose of s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the composition of Parliament subsequent to an election, better ensures that the right of participation that s. 3 explicitly protects is not construed too narrowly.

27

An understanding of s. 3 that emphasizes the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process also is sensitive to the full range of reasons that individual participation in the electoral process is of such importance in a free and democratic society. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

In this passage, Dickson C.J. was addressing s. 1. Yet since reference to “a free and democratic society” is essential to an enriched understanding of s. 3, this passage indicates that the best interpretation of s. 3 is one that advances the values and principles that embody a free and democratic state, including respect for a diversity of beliefs and opinions. Defining the purpose of s. 3 with reference to the

de la composition du Parlement ou de l’assemblée législative au terme de l’élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l’art. 3 que l’élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l’art. 3 doit être interprété d’une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l’importance de la participation individuelle à l’élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l’objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l’assemblée législative au terme de l’élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l’art. 3.

Le fait d’interpréter l’art. 3 d’une manière s’attachant au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral tient également compte des raisons de tous ordres pour lesquelles la participation individuelle au processus électoral revêt une importance aussi grande dans une société libre et démocratique. Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Dans cet extrait, le juge en chef Dickson traitait de l’article premier. Toutefois, comme la prise en compte de l’expression « une société libre et démocratique » est essentielle pour mieux comprendre l’art. 3, ce passage indique que l’interprétation qu’il convient de donner de cette disposition est celle qui favorise le respect des valeurs et principes propres à un État libre et démocratique, notamment le respect

right of each citizen to meaningful participation in the electoral process, best reflects the capacity of individual participation in the electoral process to enhance the quality of democracy in this country.

As this Court frequently has acknowledged, the free flow of diverse opinions and ideas is of fundamental importance in a free and democratic society. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 763-64, Dickson C.J. described the connection between the free flow of diverse opinions and ideas and the values essential to a free and democratic society in the following terms:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.

Put simply, full political debate ensures that ours is an open society with the benefit of a broad range of ideas and opinions: see *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 326; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 583; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; and *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 23. This, in turn, ensures not only that policy makers are aware of a broad range of options, but also that the determination of social policy is sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens.

It thus follows that participation in the electoral process has an intrinsic value independent of its impact upon the actual outcome of elections. To be certain, the electoral process is the means by which

de la diversité des croyances et des opinions. Le fait de définir l'objet de l'art. 3 en se référant au droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral tient davantage compte de la capacité de chacun de renforcer la qualité de la démocratie dans notre pays en participant au processus électoral.

Comme l'a souvent reconnu notre Cour, la libre circulation d'opinions et d'idées variées revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique. Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763-764, le juge en chef Dickson a décrit en ces termes le lien entre la libre circulation d'opinions et d'idées variées et les valeurs essentielles d'une société libre et démocratique :

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

Plus simplement, un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte et de bénéficier d'une vaste gamme d'idées et d'opinions : voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, p. 326; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 23. À son tour, cette situation en sorte fait non seulement que les décideurs disposent d'une vaste gamme de solutions, mais également que la politique sociale tient compte des besoins et des intérêts d'un large éventail de citoyens.

Il s'ensuit donc que la participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment de son effet sur le résultat concret des élections. Certes, il est vrai que le processus électoral est

elected representatives are selected and governments formed, but it is also the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy. The right to run for office provides each citizen with the opportunity to present certain ideas and opinions to the electorate as a viable policy option; the right to vote provides each citizen with the opportunity to express support for the ideas and opinions that a particular candidate endorses. In each instance, the democratic rights entrenched in s. 3 ensure that each citizen has an opportunity to express an opinion about the formation of social policy and the functioning of public institutions through participation in the electoral process.

30 In the final analysis, I believe that the Court was correct in *Haig, supra*, to define s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Democracy, of course, is a form of government in which sovereign power resides in the people as a whole. In our system of democracy, this means that each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives. The fundamental purpose of s. 3, in my view, is to promote and protect the right of each citizen to play a meaningful role in the political life of the country. Absent such a right, ours would not be a true democracy.

31 For this reason, I cannot agree with LeBel J. that it is proper, at this stage of the analysis, to balance the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process against other democratic values, such as the aggregation of political preferences. Legislation that purports to encourage the aggregation of political preferences might advance certain collective interests, but it does not benefit all citizens, namely, those whose interests are not aggregated by the mainstream political parties. As a result, the proportionality analysis endorsed by LeBel J. clearly admits of the possibility that collective or group interests will be balanced against the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process at the infringement stage of the

le moyen utilisé pour élire les députés et former les gouvernements, mais il constitue également le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l'établissement de la politique sociale. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre à tout citoyen la possibilité de présenter certaines idées et opinions et d'offrir à l'électorat une option politique viable. Le droit de vote permet à tout citoyen de manifester son appui à l'égard des idées et opinions auxquelles souscrit un candidat donné. Dans chacun des cas, les droits démocratiques consacrés à l'art. 3 font en sorte que tout citoyen a la possibilité d'exprimer une opinion sur l'élaboration de la politique sociale et le fonctionnement des institutions publiques en participant au processus électoral.

En dernière analyse, je crois que dans l'arrêt *Haig*, précité, notre Cour a eu raison de définir l'art. 3 en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Évidemment, la démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants. Fondamentalement, l'art. 3 a selon moi pour objet d'encourager et de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans la vie politique du pays. Sans un tel droit, notre système ne serait pas véritablement démocratique.

Pour cette raison, je ne peux souscrire à l'opinion du juge LeBel selon laquelle il est opportun, à cette étape de l'analyse, de mettre en balance le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral avec d'autres valeurs démocratiques, comme l'agrégation des préférences politiques. Une loi censée favoriser l'agrégation des préférences politiques peut faire progresser certains intérêts collectifs, mais elle ne bénéficie pas à tous les citoyens, particulièrement ceux dont les intérêts ne sont pas partagés par les partis politiques traditionnels. L'analyse de la proportionnalité préconisée par le juge LeBel permet donc clairement que, au moment de déterminer s'il y a atteinte, on mette en balance des intérêts collectifs et le droit de tout

analysis. If the government is to interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process in order to advance other values, it must justify that infringement under s. 1.

This approach is consistent with the well-established principle that limitations on the individual rights that the *Charter* protects must be justified under s. 1. As this Court repeatedly has affirmed, this is no less true of s. 3 than it is of other sections of the *Charter*: see for example *Harvey, supra*, at p. 897, and *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, at para. 11, in which McLachlin C.J. wrote that the ambit of s. 3 “should not be limited by countervailing collective concerns”. LeBel J. distinguishes this case from *Harvey* and *Sauvé* on the basis that those cases involved a literal prohibition on the right to vote or to run for office, whereas this case involves the conditions under which citizens exercise those rights. In his view, legislation that affects the conditions under which citizens vote or run for an election without directly clashing with its plain language calls for a different kind of analysis, namely, one that involves a balancing of competing values.

With respect, I do not agree with LeBel J. that the proper analytical approach varies with the nature of the alleged breach. The only difference, in my view, is one of proof. As discussed throughout, the purpose of s. 3 is to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Where the impugned legislation is inconsistent with the express language of s. 3, it is unnecessary to consider the broader social or political context in order to determine whether the legislation interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. It is plain and obvious that the legislation has this effect. But where the legislation affects the conditions in which citizens exercise those rights it may not be so obvious whether the legislation has this effect. Consequently, it may be necessary to consider a broad range of factors, such

citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Pour que l’État puisse porter atteinte à ce droit en vue de renforcer d’autres valeurs, il doit justifier cette atteinte conformément à l’article premier.

Cette interprétation est compatible avec le principe bien établi voulant que la restriction d’un droit individuel garanti par la *Charte* doive être justifiée conformément à l’article premier. Comme l’a maintes fois affirmé notre Cour, cette règle vaut autant pour l’art. 3 que pour les autres dispositions de la *Charte* : voir, par exemple, *Harvey*, précité, p. 897, et *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, où le juge en chef McLachlin a écrit, au par. 11, que la portée de l’art. 3 « ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés ». Le juge LeBel fait une distinction entre la présente affaire et les arrêts *Harvey* et *Sauvé*, au motif que, dans ces deux derniers cas, le droit de voter ou de briguer les suffrages des électeurs était littéralement écarté, alors que la présente affaire porte sur les conditions d’exercice de ces droits par les citoyens. À son avis, une loi qui porte sur les conditions régissant la participation des citoyens à un scrutin en tant qu’électeurs ou candidats mais n’entre pas directement en conflit avec le sens ordinaire de l’art. 3 commande un autre type d’analyse, une analyse exigeant la mise en balance de valeurs opposées.

En toute déférence, je ne crois pas que l’analyse applicable varie en fonction de la nature de l’atteinte reprochée. Selon moi, la seule différence réside dans la preuve. Au risque de me répéter, l’art. 3 a pour objet de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Lorsque la disposition contestée est incompatible avec le libellé exprès de l’art. 3, il n’est pas nécessaire de tenir compte du contexte social ou politique en général pour décider si la disposition viole ce droit. Il est clair et net qu’elle a cet effet. Toutefois, lorsque la disposition contestée touche aux conditions dans lesquelles le citoyen exerce ce droit, il n’est pas aussi clair qu’elle produit cet effet. Par conséquent, il peut être nécessaire de considérer un large éventail de facteurs, dont la géographie sociale ou physique, pour décider si la disposition litigieuse porte

as social or physical geography, in order to determine whether the legislation infringes the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. In neither instance, however, is the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process subject to countervailing collective interests. These interests fall to be considered under s. 1.

34 As this suggests, I do not believe that the right to play a meaningful role in the electoral process is a “qualified” right, in the same sense as the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7) or the right to be secure against unreasonable search and seizure (s. 8). It should be noted that the language of s. 7 and s. 8 contains balancing language within the provisions themselves. Accordingly, it is not only appropriate but obligatory to recognize this in interpreting their meaning: see for example *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; and *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, which are referenced by my colleague.

35 According to LeBel J., the fact that we identify the implicit content of s. 3 with reference to qualified phrases such as the right to vote to be “reasonably informed of all the possible choices”, or the right of parties and candidates to have “a reasonable opportunity to present their positions” (*Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 47 (emphasis added)) indicates that the balancing of individual and collective interests that is appropriate in the context of the expressly “qualified” rights also applies under s. 3, except when literal disqualifications are at issue.

36 In my view, the use of such language does not indicate that the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process is to be balanced against countervailing values, such as the collective interest in the aggregation of political preferences. Rather, the use of such phrases reflects that the purpose of s. 3 is not to protect the right of each citizen to play an unlimited role in the electoral

atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Toutefois, dans ni l’un ni l’autre de ces cas, ce droit ne saurait être limité par des intérêts collectifs opposés. Ces intérêts seront examinés dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier.

Comme ce qui précède tend à l’indiquer, je ne crois pas que le droit de jouer un rôle significatif dans le processus électoral soit un droit « relatif » au même titre que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8). Il convient de signaler que le texte des art. 7 et 8 commande lui-même une certaine mise en balance. Par conséquent, il est non seulement opportun, mais obligatoire, de reconnaître ce fait pour dégager le sens de ces dispositions : voir, par exemple, les arrêts *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, auxquels renvoie mon collègue.

Selon le juge LeBel, le fait que l’on détermine la teneur implicite de l’art. 3 en fonction d’énoncés restrictifs (le droit des électeurs d’être « raisonnablement informés de tous les choix possibles » ou le droit des partis, des candidats et des candidates à « une possibilité raisonnable [. . .] d’exposer leur position » (*Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 47 (je souligne)), indique que la mise en balance des intérêts individuels et collectifs, qui est opportune dans le contexte des droits expressément « relatifs », vaut également pour l’art. 3, sauf lorsqu’une inhabilité totale est en cause.

À mon sens, l’emploi de tels termes ne permet pas de conclure que le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être mis en balance avec des valeurs opposées, tel l’intérêt qu’a la collectivité à ce que soient agrégées les préférences politiques. Ces termes suggèrent plutôt que l’objet de l’art. 3 est de protéger le droit de tout citoyen de jouer non pas un rôle illimité mais

process, but to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process; the mere fact that the legislation departs from absolute voter equality or restricts the capacity of a citizen to participate in the electoral process is an insufficient basis on which to conclude that it interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. But if the legislation does, in fact, interfere with the capacity of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, it is inconsistent with s. 3. Any corresponding benefits related to democratic values other than the right of each citizen to play a meaningful role must be considered under s. 1.

Finally, although certain aspects of our current electoral system encourage the aggregation of political preferences, I do not believe that this aspect of the current electoral system is to be elevated to constitutional status. In his reasons, LeBel J. argues that first-past-the-post elections favour mainstream parties that have aggregated political preferences on a national basis. This might, indeed, be true. But the fact that our current electoral system reflects certain political values does not mean that those values are embedded in the *Charter*, or that it is appropriate to balance those values against the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. After all, the *Charter* is entirely neutral as to the type of electoral system in which the right to vote or to run for office is to be exercised. This suggests that the purpose of s. 3 is not to protect the values or objectives that might be embedded in our current electoral system, but, rather, to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, whatever that process might be.

(2) Does the 50-Candidate Threshold Violate Section 3?

Consequently, the essential question to be determined is whether the 50-candidate threshold interferes with the capacity of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process. In order to answer this question, the Court must answer two prior questions. First, do the members and supporters of political parties that nominate fewer than 50

un rôle significatif dans le processus électoral; le seul fait qu'une disposition législative rompt avec la parité absolue des électeurs ou limite la participation du citoyen au processus électoral ne permet pas à lui seul de conclure que cette disposition porte atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Toutefois, une disposition qui entrave concrètement la capacité de tout citoyen de jouer un tel rôle est incompatible avec l'art. 3. Tout avantage correspondant lié à d'autres valeurs démocratiques que le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier.

Enfin, même si certains aspects du système électoral actuel favorisent l'agrégation des préférences politiques, je ne crois pas qu'il y ait lieu de constitutionnaliser ce facteur. Dans ses motifs, le juge LeBel fait valoir que le système uninominal majoritaire à un tour favorise les principaux partis ayant agrégé les préférences politiques à l'échelle nationale. Tel est peut-être le cas en effet. Le système électoral actuel reflète certaines valeurs politiques, mais cela ne veut pas dire que ces valeurs sont consacrées par la *Charte* ou qu'il est opportun de les mettre en balance avec le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Après tout, la *Charte* ne précise aucunement le type de système électoral dans le cadre duquel doit être exercé le droit de voter ou de briguer les suffrages des électeurs. Ce fait tend à indiquer que l'art. 3 n'a pas pour objet de protéger les valeurs ou objectifs que pourrait comporter notre système électoral actuel, mais bien de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, quel que soit ce processus.

(2) Le critère des 50 candidatures viole-t-il l'art. 3?

En conséquence, il s'agit essentiellement de décider si le critère des 50 candidatures empêche les citoyens de jouer individuellement un rôle significatif dans le processus électoral. Pour répondre à cette question, notre Cour doit au préalable en trancher deux autres. Premièrement, les membres et les partisans des partis politiques qui présentent moins

candidates play a meaningful role in the electoral process? And if so, does the restriction on the right to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers interfere with the capacity of the members and supporters of political parties that nominate fewer than 50 candidates to play a meaningful role in the electoral process?

(a) *The Role of Political Parties that Nominate Candidates in Fewer Than 50 Electoral Districts*

39

According to the Court of Appeal, the essential function of a political party only becomes operative where it assumes a level of participation in the electoral process sufficient to indicate that it aspires to participate in the governance of the country subsequent to the election. It is my conclusion that the ability of a political party to make a valuable contribution to the electoral process is not dependent upon its capacity to offer the electorate a genuine "government option". Rather, political parties enhance the meaningfulness of individual participation in the electoral process for reasons that transcend their capacity (or lack thereof) to participate in the governance of the country subsequent to an election. Irrespective of their capacity to influence the outcome of an election, political parties act as both a vehicle and outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process.

40

With respect to the ability of a political party to act as an effective vehicle for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process, it is important to note that political parties have a much greater capacity than any one citizen to participate in the open debate that the electoral process engenders. By doing so in a representative capacity, on behalf of their members and supporters, political parties act as a vehicle for the participation of individual citizens in the political life of the country. Political parties ensure that the ideas and opinions of their members and supporters are effectively represented in the open debate occasioned by

de 50 candidats jouent-ils un rôle significatif dans le processus électoral? Dans l'affirmative, le fait d'interdire à ces partis politiques de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales et de refuser aux candidats de ces partis le droit de leur remettre les fonds électoraux non dépensés et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote nuit-il à la capacité des membres et des partisans des partis en question de jouer un rôle significatif dans le processus électoral?

a) *Le rôle des partis politiques présentant des candidats dans moins de 50 circonscriptions électorales*

Selon la Cour d'appel, un parti politique ne joue son rôle fondamental que lorsque son degré de participation au processus électoral permet de conclure qu'il aspire à gouverner le pays après les élections. J'arrive quant à moi à la conclusion que l'aptitude d'un parti politique à contribuer valablement au processus électoral ne dépend pas de sa capacité de constituer pour l'électorat une véritable « solution de rechange ». Au contraire, les partis politiques permettent aux citoyens de participer utilement au processus électoral pour des raisons qui transcendent leur capacité (ou incapacité) de gouverner le pays après le scrutin. Indépendamment de leur capacité d'influencer ou non l'issue du scrutin, les partis politiques constituent à la fois un véhicule et une tribune permettant aux citoyens de participer utilement au processus électoral.

Relativement à la capacité des partis politiques de constituer un véhicule favorisant la participation utile des citoyens au processus électoral, il importe de signaler que les partis politiques sont beaucoup plus à même que tout citoyen de participer au débat public auquel donne lieu le processus électoral. En agissant comme représentant, au nom de leurs membres et de leurs partisans, les partis politiques servent de véhicules permettant à chaque citoyen de participer à la vie politique du pays. Grâce aux partis politiques, les idées et les opinions de leurs membres et de leurs partisans sont effectivement débattues publiquement dans le cadre du processus

the electoral process and presented to the electorate as a viable option. If those ideas and opinions are not subsequently adopted by the government of the day, it is not because they have not been considered, but, rather, because they have received insufficient public support.

Importantly, it is not only large political parties that are able to fulfil this function. It likely is true that a large party will be able to play a larger role in the open discourse of the electoral process, but it does not thereby follow that the capacity of a political party to represent the ideas and opinions of its members and supporters in the electoral process is dependent upon its capacity to offer the electorate a “government option”. Large or small, all political parties are capable of introducing unique interests and concerns into the political discourse. Consequently, all political parties, whether large or small, are capable of acting as a vehicle for the participation of individual citizens in the public discourse that animates the determination of social policy.

For example, marginal or regional parties tend to dissent from mainstream thinking and to bring to the attention of the general public issues and concerns that have not been adopted by national parties. They might exert less influence than the national parties, but still can be a most effective vehicle for the participation of individual citizens whose preferences have not been incorporated into the political platforms of national parties. It is better that an individual citizen have his or her ideas and concerns introduced into the open debate of the electoral process by a political party with a limited geographical base of support than not to have his or her ideas and concerns introduced into that debate by any political party at all.

In respect of their ability to act as an effective outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process, the participation of political parties in the electoral process also provides individuals with the opportunity to express an opinion on governmental policy and the proper functioning of public institutions. A vote for a candidate nominated by a particular party is an

électoral et présentées à l'électorat comme une solution de rechange valable. Si ces idées et ces opinions ne sont pas retenues par le gouvernement élu, ce ne sera pas faute d'avoir été considérées, mais faute d'avoir reçu un appui suffisant de la part du public.

Il importe de souligner que les grands partis politiques ne sont pas les seuls à pouvoir jouer ce rôle. Il est sans doute vrai que ces partis sont à même de participer plus activement au débat public au cours de l'élection, mais il ne s'ensuit pas que la capacité d'un parti à présenter les idées et les opinions de ses membres et de ses partisans pendant le processus électoral dépend de sa capacité de constituer pour l'électorat une « solution de rechange ». Tous les partis politiques, petits ou grands, sont en mesure de faire valoir, dans ce débat politique, des intérêts et des préoccupations uniques, et, en conséquence, ils sont capables d'agir comme véhicule permettant aux citoyens de participer au débat public qui inspire l'établissement de la politique sociale.

À titre d'exemple, les partis marginaux ou régionaux se dissocient généralement des courants de pensée dominants et présentent à l'ensemble de la population des questions et des préoccupations que n'ont pas retenues les partis nationaux. Peut-être ont-ils une influence moins grande que ces derniers, mais ils peuvent néanmoins offrir aux citoyens dont les préférences ne figurent pas dans les programmes politiques des partis nationaux un moyen efficace de participer au processus électoral. Il est préférable pour un citoyen que ses idées et ses préoccupations soient introduites dans le débat électoral par un parti politique doté d'une présence géographique restreinte plutôt que totalement exclues de ce débat.

Relativement à leur capacité de constituer une tribune propre à permettre aux citoyens de participer utilement au processus électoral, par leur participation à ce processus les partis politiques permettent également aux citoyens de s'exprimer sur les politiques gouvernementales et le bon fonctionnement des institutions publiques. Un vote en faveur d'un candidat présenté par un parti donné

41

42

43

expression of support for the platform or policy perspectives that the party endorses. The participation of political parties thereby enhances the capacity of individual citizens to express an opinion as to the type of country that they would like Canada to be through the exercise of the right to vote.

44 Once again, the capacity of a political party to provide individual citizens with an opportunity to express an opinion on governmental policy and the proper functioning of public institutions is not dependent upon its capacity to participate in the governance of the country subsequent to an election. As the preceding paragraph suggests, participation as a voter is not only about the selection of elected representatives. Irrespective of its effect on the outcome of an election, a vote for a particular candidate is an expression of support for a particular approach or platform. Whether that vote contributes to the election of a candidate or not, each vote in support of that approach or platform increases the likelihood that the issues and concerns underlying that platform will be taken into account by those who ultimately implement policy, if not now then perhaps at some point in the future.

45 As a consequence, there is no reason to think that political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold do not act as an effective outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process. There is no correlation between the capacity of a political party to offer the electorate a government option and the capacity of a political party to formulate a unique policy platform for presentation to the general public. In each election, a significant number of citizens vote for candidates nominated by registered parties in full awareness that the candidate has no realistic chance of winning a seat in Parliament — or that the party of which she or he is a member has no realistic chance of winning a majority of seats in the House of Commons. Just as these votes are not “wasted votes”, votes for a political party that has not satisfied the 50-candidate threshold are not wasted votes either. As a public expression of individual support for certain perspectives and opinions, such votes are an

est un témoignage d'appui en faveur du programme ou des orientations que défend ce parti. La participation des partis politiques contribue ainsi à permettre aux citoyens de s'exprimer, par l'exercice du droit de vote, sur le genre de pays qu'ils désirent.

La capacité d'un parti politique de donner aux citoyens la possibilité de faire valoir leur point de vue sur les politiques gouvernementales et le bon fonctionnement des institutions publiques ne dépend pas, rappelons-le, de ses chances de former le gouvernement du pays après les élections. Comme l'indique le paragraphe précédent, la participation des électeurs ne se résume pas à élire les députés. Indépendamment de son effet sur l'issue du scrutin, la voix accordée à un candidat est un témoignage d'appui envers une orientation politique ou un programme donné. Que cette voix contribue ou non à l'élection du candidat, chaque vote en faveur de l'orientation politique ou du programme en question accroît la probabilité que les décideurs tiennent compte, sinon dans l'immédiat, peut-être à un moment ultérieur, des problèmes et préoccupations qui sont à l'origine de la mesure.

Il n'y a en conséquence aucune raison de croire que les partis politiques ne satisfaisant pas au critère des 50 candidatures n'offrent pas aux citoyens une tribune leur permettant de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Il n'y a pas de corrélation entre la capacité d'un parti politique de constituer pour l'électorat une solution de rechange au gouvernement sortant et sa capacité d'élaborer un programme politique distinct et de le soumettre à la population en général. À chaque scrutin, un nombre appréciable de citoyens votent pour des candidats présentés par des partis enregistrés, sachant pourtant fort bien que ces candidats n'ont dans les faits aucune chance d'être élus au Parlement — ou que le parti auquel ils appartiennent n'a pas réellement de chance de remporter la majorité des sièges à la Chambre des communes. Tout comme ces votes ne sont pas des « votes gaspillés », les votes en faveur d'un parti politique n'ayant pas satisfait au critère des 50 candidatures ne sont pas non plus « gaspillés ». Parce qu'ils sont l'expression publique de

integral component of a vital and dynamic democracy.

It is thus my conclusion that the members and supporters of political parties that nominate candidates in fewer than 50 electoral districts do play a meaningful role in the electoral process. They are both a vehicle for the participation of individual citizens in the open debate occasioned by the electoral process and an outlet for the expression of support for political platforms that are different from those adopted by political parties with a broad base of support. The question that thus arises is whether the 50-candidate threshold interferes with the right of such citizens to play a meaningful role in the electoral process.

(b) *The Impact of the 50-Candidate Threshold*

As outlined earlier, the effect of the 50-candidate threshold is to extend the benefits of registration only to those parties that have nominated candidates in 50 electoral districts. At issue in this appeal are the rights of candidates to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to include their party affiliation on the ballot papers. The question to be determined is whether withholding these benefits from candidates of parties who have not met the 50-candidate threshold undermines the right of each citizen to meaningful participation in the electoral process. In each instance, it is my opinion that the threshold does, in fact, have this effect.

(i) The Right to Issue Tax Receipts and to Retain Unspent Election Funds

I begin by noting that it is not my position that s. 3 imposes upon Parliament a freestanding obligation to extend to political parties the right to issue tax credits for donations received outside the election period or to extend to candidates the right to transfer unspent election funds to the party. Section 3 prevents Parliament from interfering with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process; it does not impose upon Parliament

l'appui accordé par un citoyen à certaines orientations et opinions, ils constituent un élément essentiel d'une démocratie vigoureuse et dynamique.

J'arrive donc à la conclusion que les membres et les partisans des partis politiques qui présentent des candidats dans moins de 50 circonscriptions électorales jouent effectivement un rôle significatif dans le processus électoral. Ces partis servent à la fois de véhicule permettant à des citoyens de participer au débat électoral et de tribune où peut s'exprimer l'appui en faveur de programmes politiques différents de ceux adoptés par les partis bénéficiant de larges appuis. La question qui se pose dès lors est de savoir si le critère des 50 candidatures porte atteinte au droit de ces citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

b) *L'effet du critère des 50 candidatures*

Comme il a été expliqué précédemment, l'application de cette condition a pour effet que seuls les partis ayant présenté un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales bénéficient des avantages de l'enregistrement. Sont en litige dans le présent pourvoi le droit des candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Notre Cour doit décider si le refus de ces avantages aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures compromet le droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral. J'estime que cette condition a précisément cet effet dans chaque cas.

(i) Le droit de délivrer des reçus fiscaux et de conserver les fonds électoraux non dépensés

D'entrée de jeu, je tiens à souligner que je ne crois pas que l'art. 3 impose au législateur l'obligation distincte d'accorder aux partis politiques le droit de délivrer des reçus fiscaux pour les dons reçus en dehors des périodes électorales et aux candidats celui de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés. Cet article interdit au législateur de porter atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus

46

47

48

an obligation to enact legislation that enhances the capacity of political parties to raise funds for the purpose of communicating the ideas and opinions of its members and supporters to the general public. However, legislation that bestows a benefit upon some political parties, but not others, requires scrutiny. In this instance, it is only because Parliament has extended these benefits to political parties that satisfy the 50-candidate threshold that its consequent failure to extend these benefits to political parties that do not satisfy the threshold constitutes an infringement of s. 3.

49 The premise underlying this conclusion is a fairly simple one. Owing to the competitive nature of the electoral process, the capacity of one citizen to participate in the electoral process is closely connected to the capacity of other citizens to participate in the electoral process. The reason for this is that there is only so much space for political discourse; if one person “yells” or occupies a disproportionate amount of space in the marketplace for ideas, it becomes increasingly difficult for other persons to participate in that discourse. It is possible, in other words, that the voices of certain citizens will be drowned out by the voices of those with a greater capacity to communicate their ideas and opinions to the general public.

50 It is thus my conclusion that s. 3 imposes on Parliament an obligation not to enhance the capacity of one citizen to participate in the electoral process in a manner that compromises another citizen’s parallel right to meaningful participation in the electoral process. Where legislation extends a benefit to some citizens, but not to others, it is necessary to consider carefully the impact of that legislation on the citizens who have not received the benefit. If the legislation interferes with the right of certain citizens to play a meaningful role in the social discourse and dialogue that the electoral process engenders, it is inconsistent with s. 3 of the *Charter*.

51 Put differently, one might say that s. 3 imposes on Parliament an obligation not to interfere with the right of each citizen to participate in a fair election.

électoral; il ne l’oblige pas à édicter des dispositions ayant pour effet d’accroître la capacité des partis politiques de lever des fonds leur permettant de faire connaître au grand public les idées et les opinions de leurs membres et de leurs partisans. Cependant, il convient d’examiner le bien-fondé d’un texte de loi qui accorde un avantage à certains partis politiques et non aux autres. En l’espèce, c’est uniquement parce que le législateur fédéral a accordé les avantages susmentionnés aux partis politiques qui satisfont au critère des 50 candidatures que son refus de reconnaître les mêmes avantages aux partis politiques qui ne respectent pas cette condition constitue une atteinte à l’art. 3.

Le fondement de cette conclusion est assez simple. Étant donné le caractère compétitif du processus électoral, la capacité d’un citoyen d’y participer est intimement liée à celle des autres citoyens de le faire eux aussi. Cette situation s’explique par le fait que les tribunes disponibles pour le discours politique sont limitées. Si une personne « hurle » ses opinions ou occupe un espace disproportionné sur les tribunes populaires, il devient alors extrêmement difficile pour les autres intéressés de prendre part au débat. Autrement dit, il est possible que la voix de certaines personnes soit étouffée par celles des participants disposant de ressources supérieures pour communiquer leurs idées et leurs opinions à la population en général.

J’arrive donc à la conclusion que l’art. 3 impose au Parlement l’obligation de s’abstenir de renforcer la capacité d’un citoyen de participer au processus électoral d’une manière qui compromette le droit d’un autre citoyen de participer utilement à ce processus. Dans le cas où une disposition législative accorde un avantage à certains citoyens mais pas à d’autres, il est nécessaire d’examiner attentivement son effet sur les seconds. Est incompatible avec l’art. 3 de la *Charte* toute disposition portant atteinte au droit de certains citoyens de jouer un rôle significatif dans le débat social que suscite le processus électoral.

En d’autres termes, il faut analyser la disposition en cause pour s’assurer que le législateur n’a pas porté atteinte au droit de tout citoyen de participer à

As the Court observed in *Libman, supra*, at para. 47, electoral fairness is a fundamental value of democracy:

The principle of electoral fairness flows directly from a principle entrenched in the Constitution: that of the political equality of citizens. . . . Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions. . . .

Importantly, this requirement of fairness is not synonymous with formal equality: see the *Saskatchewan Reference, supra*, in which the Court determined that s. 3 does not require absolute voter parity. It is not enough to offend s. 3 that the legislation differentiates between one citizen and another, or one political party or another. It also is necessary that the differential treatment have an adverse impact upon the applicant's right to play a meaningful role in the electoral process.

The effect of the restriction on the right to issue tax receipts for donations received outside the election period is that parties that have satisfied the 50-candidate threshold are able to raise more funds than they would otherwise be able to raise. Similarly, the effect of the restriction on the right to transfer unspent election funds to the party rather than the Receiver General is that only parties that have satisfied the 50-candidate threshold are able to retain unspent election funds. In each instance, the effect of the threshold is that political parties that have satisfied the threshold requirement have more resources at their disposal for the purpose of communicating their ideas and opinions to the general public. The flip side of the coin is that it is even more difficult for a party that has not satisfied the 50-candidate threshold to publicize its own ideas and views. As the Court observed in *Libman, supra*, at para. 47, there already is reason to be concerned that the most affluent parties will dominate the public discourse and deprive their opponents of a reasonable opportunity to speak and to be heard. Legislation that augments this disparity increases the likelihood that the already marginalized voices of political parties with a limited geographical base

un scrutin équitable. Comme l'a souligné notre Cour dans *Libman*, précité, par. 47, l'équité des élections est une valeur démocratique fondamentale :

Le principe d'équité en matière électorale découle directement d'un principe consacré par la Constitution, soit le principe d'égalité politique des citoyens et citoyennes. [. . .] Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et candidates d'exposer leur position . . .

Il importe de rappeler qu'équité n'est pas synonyme d'égalité formelle : voir le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, où notre Cour a jugé que l'art. 3 n'exigeait pas la parité absolue des électeurs. Pour qu'il y ait atteinte à l'art. 3, il ne suffit pas qu'une loi établisse une distinction entre un citoyen et un autre ou entre un parti politique et un autre. La différence de traitement doit aussi avoir un effet défavorable sur le droit du demandeur de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

Le fait que seuls les partis politiques ayant présenté un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales sont habilités à délivrer des reçus fiscaux pour les dons reçus en dehors des périodes électorales a pour effet que ces partis sont à même de recueillir plus de fonds qu'ils ne pourraient le faire s'ils ne bénéficiaient pas de cet avantage. De plus, le fait que seuls ces partis ont le droit de conserver les fonds électoraux non dépensés, plutôt que de les remettre au receveur général, produit le même effet. Bref, dans les deux cas, les partis qui satisfont à cette condition disposent de ressources plus considérables pour communiquer leurs idées et leurs opinions à la population en général. À l'inverse, il va de soi qu'il est encore plus difficile pour les partis qui ne présentent pas 50 candidats de faire connaître leurs idées et leurs points de vue. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 47, il y a déjà lieu de craindre que les partis les mieux nantis accaparent le débat électoral et ne privent leurs opposants de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus. Une disposition législative qui accroît cette disparité augmente le risque que les partis traditionnels — qui sont en conséquence capables de

of support will be drowned out by mainstream parties with an increased ability to both raise and retain election funds.

53

This, in turn, diminishes the capacity of the individual members and supporters of such parties to play a meaningful role in the electoral process. As discussed above, political parties act as a vehicle for the participation of individual citizens in the electoral process; they are the primary mechanism by which individual citizens introduce their own ideas and opinions into the public dialogue that elections spawn. Legislation that contributes to a disparity in the capacity of the various political parties to participate in that dialogue ensures that some persons have a more effective vehicle for their ideas and opinions than others. The 50-candidate threshold thus infringes s. 3 of the *Charter* by decreasing the capacity of the members and supporters of the disadvantaged parties to introduce ideas and opinions into the open dialogue and debate that the electoral process engenders.

54

The restriction on these benefits has a more general adverse effect as well. The right to play a meaningful role in the electoral process includes the right of each citizen to exercise the right to vote in a manner that accurately reflects his or her preferences. In order to exercise the right to vote in this manner, citizens must be able to assess the relative strengths and weaknesses of each party's platform — and in order to assess the relative strengths and weaknesses of each party, voters must have access to information about each candidate. As a consequence, legislation that exacerbates a pre-existing disparity in the capacity of the various political parties to communicate their positions to the general public is inconsistent with s. 3. This, however, is precisely the effect of withholding from political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold the right to issue tax receipts for donations received outside the election period and the right to retain unspent election funds. By derogating from the capacity of marginal or regional parties to present their ideas and opinions to the general public, it undermines the right

lever davantage de fonds mais aussi d'en conserver davantage — n'étouffent les voix déjà faibles des partis politiques jouissant d'appuis restreints sur le plan géographique.

Cette situation réduit à son tour la capacité des membres et des partisans de ces partis de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Comme il a été indiqué plus tôt, les partis politiques offrent aux citoyens un moyen de participer à ce processus; ils constituent le principal mécanisme par lequel les citoyens introduisent leurs propres idées et opinions dans le débat public auquel donne lieu l'élection. Un texte de loi qui creuse l'écart entre les différents partis politiques, du point de vue de la capacité de prendre part à ce débat, a pour effet de permettre à certains de disposer d'un véhicule plus efficace que les autres de faire connaître leurs idées et leurs opinions. Le critère des 50 candidatures porte en conséquence atteinte aux droits garantis par l'art. 3 de la *Charte* en diminuant la capacité des membres et des partisans des partis défavorisés de présenter des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral.

Le refus d'accorder ces avantages produit en outre un effet préjudiciable plus général. Le droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral emporte pour chacun d'eux le droit d'exercer son droit de vote d'une manière reflétant exactement ses préférences. Pour ce faire, les citoyens doivent être en mesure de comparer les forces et les faiblesses relatives du programme de chacun des partis et, pour évaluer ainsi chacun des partis, les électeurs doivent avoir accès à de l'information sur chaque candidat. En conséquence, un texte de loi qui creuse encore plus l'écart qui existe entre les divers politiques du point de vue de leur capacité de communiquer leurs positions au grand public contrevient à l'art. 3. Tel est pourtant exactement l'effet du refus d'accorder aux partis politiques qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures le droit de délivrer des reçus fiscaux à l'égard des dons reçus en dehors des périodes électorales et de conserver les fonds électoraux non dépensés. Du fait qu'il réduit la capacité des partis marginaux ou régionaux de présenter à la population leurs idées et leurs opinions, le refus de ces avantages porte

of each citizen to information that might influence the manner in which she or he exercises the right to vote.

(ii) Withholding the Right to Include Party Affiliation on the Ballot Papers

The impact of the 50-candidate threshold on the right of candidates to include their party affiliation on the ballot papers has a similar effect on the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. First, withholding this benefit from parties that have not satisfied the 50-candidate threshold diminishes the capacity of individual citizens to participate in the political discourse. There is a close connection between the capacity of the members and supporters of a political party to influence policy and the support that the party receives in any given election. Even if the party does not win a single seat in Parliament, the greater the number of votes that it receives the more likely it is that other citizens and the elected government will take seriously the ideas and opinions that it endorses. Legislation that reduces the number of votes that a candidate nominated by a particular party might receive interferes with the capacity of the members and supporters of that party to participate in the public discourse through participation in the selection of elected representatives. For the reasons below, it is my conclusion that the restriction on the right of a candidate to list his or her party affiliation on a ballot paper likely does have this effect.

As Molloy J. observed, political parties play such a prominent role in our democratic system that the choice of candidates by some voters is based largely, if not exclusively, on party affiliation. Many individuals are unaware of the personal identity or background of the candidate for whom they wish to vote. In the absence of a party identifier on the ballot paper, it is possible that certain voters will be unable to vote for their preferred candidate. Furthermore, it also is possible that voters who are familiar with the identity of the candidate of a particular party will be discouraged from voting for a candidate nominated by a non-registered party. Owing to the prominence of political parties in our system of representative democracy, affiliation with an officially recognized

atteinte aux droits des citoyens de disposer d'informations susceptibles d'influencer la manière dont ils exerceront leur droit de vote.

(ii) Interdiction d'inscrire l'appartenance politique du candidat sur les bulletins de vote

En empêchant un candidat d'inscrire son appartenance politique sur les bulletins de vote, le critère des 50 candidatures compromet également le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Premièrement, le refus de cet avantage aux partis qui ne satisfont pas à cette condition réduit la capacité des citoyens de prendre part au débat électoral. Il existe un lien étroit entre la capacité des membres et des partisans d'un parti politique d'influencer les politiques d'intérêt général et l'appui que recueille ce parti à l'occasion d'un scrutin donné. Même lorsque le parti ne fait élire aucun député, plus il obtient de voix, plus il y a de chances que d'autres citoyens et le gouvernement élu prennent au sérieux les idées et les opinions qu'il défend. Un texte de loi qui a pour effet de réduire le nombre de voix que le candidat d'un parti est susceptible d'obtenir restreint par le fait même la capacité des membres et des partisans de ce parti de prendre part au débat public en participant à l'élection des députés. Pour les raisons exposées ci-après, j'arrive à la conclusion que le refus de permettre à un candidat d'inscrire son appartenance politique sur les bulletins de vote produit cet effet.

Comme l'a signalé la juge Molloy, les partis politiques jouent un rôle si important dans notre système démocratique que le choix d'un candidat par certains électeurs s'appuie en grande partie, sinon exclusivement, sur l'identité du parti auquel il appartient. En effet, bon nombre d'électeurs ignorent tout de l'identité personnelle ou du parcours du candidat en faveur duquel ils désirent voter. Si le bulletin de vote ne précise pas l'appartenance politique d'un candidat, il est possible que certains électeurs soient incapables de voter pour le candidat qui aurait autrement leur préférence. De plus, il se peut également que des électeurs qui connaissent l'identité du candidat d'un parti donné seront, pour cette raison, dissuadés de voter en faveur d'un parti

55

56

party is highly advantageous to individual candidates. In the minds of some voters, the absence of a party identifier might make candidates nominated by parties that have not satisfied the 50-candidate threshold a less attractive option. It might create the impression that the candidate is not, in fact, affiliated with a political party, or that the political party with which she or he is affiliated is not a legitimate political party. In each instance, the restriction on the right of candidates to list their party affiliation interferes with the capacity of non-registered parties to compete in the electoral process.

57

For similar reasons, the restriction on the right of candidates to include their party affiliation on the ballot paper also undermines the right of each citizen to make an informed choice from among the various candidates. In order to make such a choice, it is best that a voter have access to roughly the same quality and quantity of information in respect of each candidate. In our system of democracy, the political platform of an individual candidate is closely aligned with the political platform of the party with which she or he is affiliated, and thus the listing of party affiliation has a significant informational component. Thus, legislation that allows some candidates to list their party affiliation yet prevents others from doing the same is inconsistent with the right of each citizen to exercise his or her right to vote in a manner that accurately reflects his or her actual preferences. It violates s. 3 by ensuring that voters are better informed of the political platform of some candidates than they are of others.

58

For these reasons, I conclude that the 50-candidate threshold does infringe s. 3 of the *Charter*. It undermines both the capacity of individual citizens to influence policy by introducing ideas and opinions into the public discourse and debate through participation in the electoral process, and the capacity of individual citizens to exercise their right to vote in a manner that accurately reflects their preferences. In each instance, the threshold require-

non enregistré. Vu la visibilité dont jouissent les partis politiques dans notre système de démocratie représentative, l'appartenance à un parti reconnu officiellement confère un énorme avantage à ses candidats. Pour certains électeurs, l'absence de toute indication de l'appartenance politique d'un candidat peut faire d'un candidat présenté par un parti comptant moins de 50 candidats un choix moins intéressant. Cette absence d'identification peut donner l'impression que le candidat n'appartient pas à un parti politique ou que le parti auquel il appartient n'est pas un parti politique légitime. Dans chaque cas, l'interdiction faite aux candidats d'inscrire leur appartenance politique réduit la capacité des partis non enregistrés de rivaliser pour la faveur des électeurs.

Pour des raisons analogues, cette interdiction porte également atteinte au droit de tout citoyen de faire un choix éclairé entre les différents candidats. Les électeurs ont de meilleures chances de faire un tel choix lorsqu'ils disposent de renseignements sensiblement équivalents en qualité et en quantité à l'égard de chacun des candidats. Dans notre système démocratique, le programme politique d'un candidat correspond étroitement à celui du parti auquel il appartient, de sorte que la mention de l'appartenance politique du candidat constitue un élément d'information important. Par conséquent, toute disposition législative qui permet à certains candidats de préciser leur appartenance politique, mais en empêche d'autres de le faire, est incompatible avec le droit de tout citoyen d'exercer son droit de vote d'une manière qui reflète exactement ses préférences véritables. Une telle disposition viole l'art. 3 parce que, du fait de son application, les électeurs connaissent mieux le programme politique de certains candidats que celui des autres.

Pour ces motifs, je conclus que le critère des 50 candidatures viole l'art. 3 de la *Charte*. Elle réduit la capacité des citoyens d'influencer la politique sociale en introduisant leurs idées et leurs opinions dans le débat public par leur participation au processus électoral. Elle mine aussi la capacité des citoyens d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète exactement leurs préférences. Dans chaque cas, la condition contestée est incompatible avec l'objet

ment is inconsistent with the purpose of s. 3 of the *Charter*: the preservation of the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

B. *Is the Infringement Saved by Section 1 of the Charter?*

In order to justify the infringement of a *Charter* right under s. 1, the government must demonstrate that the limitation is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. This involves a two-step analysis, pursuant to *Oakes*, *supra*, and related cases: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Thomson Newspapers*, *supra*, and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. Throughout this process the burden rests on the government. The government first must demonstrate that the objective of the legislation is sufficiently pressing and substantial to warrant violating a *Charter* right. The objectives must be neither “trivial” nor “discordant with the principles integral to a free and democratic society”: *Oakes*, *supra*, at p. 138. Once this has been established, the government must then demonstrate that the infringement is proportionate, namely, that the legislation is rationally connected to the objective, that it minimally impairs the *Charter* right in question, and that the salutary benefits of the legislation outweigh the deleterious effects.

Before beginning this analysis, I note this Court’s prior conclusion that limits on s. 3 require not deference, but careful examination: *Sauvé*, *supra*, at para. 9. As the Court observed in that case, s. 3 is one of the *Charter* rights that cannot be overridden by the invocation of s. 33 of the *Charter*. This highlights the extent to which s. 3 is fundamental to our system of democracy and indicates that great care must be exercised in determining whether or not the government has justified a violation of s. 3.

même de l’art. 3 de la *Charte*, savoir la protection du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

B. *La validité des dispositions attentatoires est-elle sauvegardée par l’article premier de la Charte?*

Pour justifier, au regard de l’article premier, l’atteinte portée à un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer qu’il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. Cette démonstration requiert une analyse en deux volets, conforme aux principes exposés dans l’affaire *Oakes*, précitée, et d’autres arrêts pertinents : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, *Thomson Newspapers*, précité, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. La charge de la preuve incombe au gouvernement pendant toute l’analyse. Tout d’abord, ce dernier doit prouver que la disposition contestée vise un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la violation d’un droit constitutionnel. Il ne doit pas s’agir d’un objectif « peu importan[t] » ni « contrair[e] aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 138. Une fois cette preuve faite, le gouvernement doit établir que l’atteinte est proportionnée, savoir qu’il existe un lien rationnel entre la disposition législative et l’objectif visé, que la disposition porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause et que ses effets bénéfiques l’emportent sur ses effets préjudiciables.

Avant d’amorcer cette analyse, je tiens à rappeler que, en cas de contestation de restrictions apportées aux droits garantis par l’art. 3 de la *Charte*, les tribunaux doivent se livrer à un examen approfondi du bien-fondé de ces limites et non faire montre de déférence : *Sauvé*, précité, par. 9. Comme l’a souligné notre Cour dans cet arrêt, les droits prévus à l’art. 3 font partie des droits garantis par la *Charte* auxquels il est interdit de déroger en invoquant l’art. 33 de ce texte. Ce fait indique bien à quel point l’art. 3 est un élément fondamental de notre système démocratique et le grand soin avec lequel il faut décider si le gouvernement a justifié ou non la violation de cette disposition.

61

In his factum, the Attorney General of Canada submits that the objective of the 50-candidate threshold is “to enhance the effectiveness of Canadian elections, in both their process *and* outcome” (emphasis in original). More specifically, the Attorney General submits that the 50-candidate threshold advances three separate goals: (i) to improve the effectiveness of the electoral process; (ii) to protect the integrity of the electoral financing regime; and (iii) to ensure that the process is able to deliver a viable outcome for our form of responsible government. To provide a more complete analysis of the federal government’s arguments under s. 1, I deal with each objective advanced separately. Consequently, in the analysis below, I consider each of the proposed objectives in turn to determine first whether the government has demonstrated that any of the specific objectives is of pressing and substantial importance and, second, that the violation of s. 3 is proportionate.

(1) Improvement of the Electoral Process

62

The first objective that the Attorney General relies upon is the improvement of the electoral process through the public financing of political parties. To the extent that this actually is the objective of the 50-candidate threshold, the objective is a pressing and substantial one. The public financing of political parties makes a number of valuable contributions to our system of democracy.

63

The effective functioning of the electoral process requires that political parties have access to considerable financial resources. For the reasons discussed above, it is essential that voters are well informed. Voters that are not well informed cannot exercise their right to vote in a manner that reflects their actual preferences. Political parties, however, cannot ensure that voters are well informed unless they have access to sufficient financial resources to communicate their ideas to the general public. And many would argue that it is not only beneficial that political parties have access to adequate financial resources, but also that a significant percentage of those resources be received from individual citizens. The present law is based on the theory that

Dans son mémoire, le procureur général du Canada soutient que l’objectif visé par l’application du critère des 50 candidatures consiste [TRADUCTION] « à accroître l’efficacité des élections au Canada, à la fois leur déroulement *et* leur résultat » (en italique dans l’original). Plus précisément, il fait valoir que ce critère vise trois objectifs distincts : (i) accroître l’efficacité du processus électoral; (ii) préserver l’intégrité du système de financement électoral; (iii) faire en sorte que le processus permette de produire un résultat viable eu égard à notre forme de gouvernement responsable. Afin d’analyser plus exhaustivement l’argument du gouvernement fédéral fondé sur l’article premier, je vais examiner ces objectifs séparément. Dans chaque cas, je vais me demander d’abord s’il s’agit d’un objectif urgent et réel et, deuxièmement, si la violation respecte le critère de la proportionnalité.

(1) Amélioration du processus électoral

Le premier objectif invoqué par le procureur général est l’amélioration du processus électoral grâce au financement public des partis politiques. Dans la mesure où il s’agit effectivement de l’objectif visé par le critère des 50 candidatures, l’objectif en question est urgent et réel. Le financement public des partis politiques contribue, sous un certain nombre de rapports, à l’amélioration de notre système démocratique.

Pour que le processus électoral fonctionne efficacement, il faut que les partis politiques aient accès à des ressources financières considérables. Pour les raisons examinées précédemment, il est essentiel que les électeurs soient bien informés. Les électeurs qui ne sont pas bien informés ne peuvent exercer leur droit de vote d’une manière reflétant leurs préférences véritables. Toutefois, les partis politiques ne peuvent informer convenablement les électeurs que s’ils ont accès à des ressources financières suffisantes pour leur permettre de communiquer leurs idées à l’ensemble de la population. D’aucuns prétendraient qu’il est bénéfique non seulement que les partis politiques disposent de ressources financières suffisantes, mais aussi qu’un pourcentage important

candidates who have received modest contributions from a broad range of sources, including individuals, are more accountable to the citizens whose interests they ultimately represent than candidates who receive large contributions from a limited number of sources, such as business organizations and unions: *Report of the Committee on Election Expenses* (the Barbeau Committee) (1966), at pp. 33-34.

Thus, I agree that legislation that seeks to encourage individual citizens to donate funds to political parties advances a pressing and substantial objective. However, it is not the validity of legislation that encourages individual citizens to donate funds to political parties that is in question. Legislation that prevents certain political parties from issuing tax receipts or retaining unspent election funds does not encourage individual citizens to donate funds to political parties, but, rather, actively discourages the members and supporters of those parties from making such contributions. There is no connection whatsoever between the 50-candidate threshold and the objective of improving the electoral process through the public financing of political parties.

While the broad objective of “improving the electoral process through the public financing of political parties” will, therefore, not suffice to justify the legislation, it is possible that the more specific objective of ensuring that the electoral process is improved in what might be called a cost-efficient manner would satisfy the *Oakes* test. As an initial matter, I am apprehensive about concluding that the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is sufficiently pressing and substantial to warrant violating a *Charter* right. There is no meaningful distinction between violating a *Charter* right for the purpose of advancing an otherwise valid objective in a cost-efficient manner and violating a *Charter* right for the purpose of preserving the public purse. It is not clear, however, that preserving the public purse is an objective that is sufficiently pressing and substantial to satisfy this

de ces ressources viennent de citoyens ordinaires. La loi actuelle repose sur la prémisse selon laquelle les candidats qui reçoivent de modestes contributions d’un grand nombre de sources, y compris de personnes physiques, sont plus redevables envers les citoyens dont ils défendent les intérêts en définitive que les candidats qui recueillent des sommes plus considérables d’un nombre plus restreint de sources, notamment d’entreprises et de syndicats : *Rapport du Comité des dépenses électorales* (le « Comité Barbeau ») (1966), p. 36-37.

En conséquence, je reconnais qu’un texte de loi qui vise à encourager les citoyens à faire des dons aux partis politiques contribue à la réalisation d’un objectif urgent et réel. Cependant, ce n’est pas la validité d’un texte de loi qui encourage les citoyens à faire des dons aux partis politiques qui est en cause. Un texte de loi qui interdit à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux à l’égard des dons recueillis en dehors des périodes électorales ou de conserver les fonds électoraux non dépensés n’incite pas les citoyens à contribuer au financement des partis politiques, mais dissuade activement de le faire les membres et les partisans de ces partis politiques. Il n’existe aucun lien entre l’obligation de présenter 50 candidats et l’objectif consistant à améliorer le processus électoral grâce au financement public des partis politiques.

Bien que l’objectif général consistant à « améliorer le processus électoral grâce au financement public des partis politiques » ne soit par conséquent pas suffisant pour justifier les mesures législatives contestées, il est possible que l’objectif plus précis qui consiste à améliorer le processus électoral sur le plan, pourrait-on dire, du rapport coût-efficacité satisfasse au critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*. Tout d’abord, je suis réticent à conclure que l’objectif visant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d’impôt est suffisamment urgent et réel pour justifier la violation d’un droit garanti par la *Charte*. Il n’y a pas de différence réelle entre la violation d’un droit constitutionnel pour favoriser la réalisation économique d’un objectif par ailleurs valide et la violation d’un droit constitutionnel par souci d’économie des deniers publics. Toutefois, il n’est pas certain que

64

65

branch of the *Oakes* test. As Lamer C.J. wrote in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709, “budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1”; see also *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 99; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

66 At the same time, I do not wish to rule out the possibility that there might be instances in which the potential impact upon the public purse is of sufficient magnitude to justify limiting the rights of individual citizens. For the sake of this analysis, then, I believe it prudent to accept that ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is a pressing and substantial concern. The question, then, is whether the 50-candidate threshold is proportional, that is, whether it is an acceptable means of ensuring the cost-efficiency of the financing regime. More specifically, is the threshold requirement rationally connected to the objective, does it impair s. 3 as minimally as possible, and do the benefits of the threshold outweigh its effects on the *Charter* rights of the individual citizen?

67 In respect of the restriction on the right of the candidates to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers, it is impossible to discern any connection whatsoever between the threshold requirement and the objective of ensuring the cost-efficiency of public financing. In neither instance is the benefit made available for the purpose of encouraging individual citizens to donate funds to political parties. Accordingly, it is impossible to conclude that the objective of the restriction is to ensure the cost-efficiency of the public financing regime. This objective can provide no justification for restricting the right of candidates to transfer unspent election funds to the party or to include party identifiers on their ballot papers.

l'économie des deniers publics constitue un objectif suffisamment urgent et réel pour satisfaire le volet pertinent du critère énoncé dans *Oakes*. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 709, « les considérations financières ne [euv]ent servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier » : voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 99, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Par ailleurs, je ne voudrais pas écarter la possibilité que, dans certains cas, l'effet possible sur les deniers publics soit suffisamment important pour justifier la restriction de certains droits des citoyens. Par conséquent, pour les besoins de la présente analyse, j'estime prudent de reconnaître que le fait d'assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt constitue une préoccupation urgente et réelle. Dès lors, il faut se demander si l'application du critère des 50 candidatures est une mesure proportionnée, c'est-à-dire s'il s'agit d'un moyen acceptable d'assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement des élections. Plus précisément, cette exigence a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif visé, porte-t-elle le moins possible atteinte à l'art. 3 et ses effets bénéfiques sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits constitutionnels des citoyens?

En ce qui concerne l'interdiction faite aux candidats de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote, il est impossible de discerner quelque lien que ce soit entre le critère des 50 candidatures et l'objectif visant à assurer le rapport coût-efficacité du financement public des élections. Aucun de ces avantages n'a pour but d'encourager les citoyens à faire des dons aux partis politiques. Il est par conséquent impossible de conclure que le refus d'accorder ces avantages vise à assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement public des élections. Cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

At first glance, it might appear that the restriction on the right of political parties to issue tax receipts for donations received outside the election period is rationally connected to the objective of ensuring the cost-efficiency of the public financing regime. After all, each tax credit issued does reduce the country's tax revenues. Nonetheless, it is important to note that the threshold requirement has no impact whatsoever upon the potential overall burden of the tax credit scheme on the public purse. Even with the threshold in place, it still is possible for every citizen to obtain the full \$500 credit that is available in respect of donations to political parties. Further, there is nothing in the *Elections Act* that would prevent each citizen from making a donation to a registered political party. The connection between legislation that has no impact upon either the number of citizens allowed to claim the tax credit or the size of the credit and the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is tenuous at best. Moreover, the government has provided no evidence to substantiate its claim that the threshold actually improves the cost-efficiency of the tax credit scheme. It is thus my conclusion that the rational connection test had not been satisfied.

Even if the government was able to advance sufficient evidence to substantiate its claim that the threshold requirement is rationally connected to the advanced objective, the legislation still fails the minimal impairment test. If Parliament believes that the costs associated with the tax credit scheme are prohibitively high, a more appropriate means by which to address this problem would be to reduce the amount that each citizen is entitled to claim in respect of donations to political parties. This would not only be a more effective means of limiting the costs associated with the tax credit scheme, but it also would be a means of achieving that objective that did not result in the violation of any citizen's right to play a meaningful role in the electoral process. Where the same objective can be achieved without violating any citizen's *Charter* rights, the minimal impairment test of the *Oakes* test has not been satisfied.

À première vue, l'interdiction fait à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales présente un lien rationnel avec l'objectif consistant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement public des élections. Après tout, chaque crédit d'impôt accordé diminue d'autant les recettes fiscales de l'État. Il importe toutefois de signaler que le critère des 50 candidatures n'a aucun effet sur la ponction globale que pourrait opérer le régime de crédits d'impôt sur les deniers publics. En effet, malgré l'existence de ce critère, il demeure possible à tout citoyen d'obtenir le crédit maximal de 500 \$ pour les dons faits à des partis politiques, puisque la *Loi électorale du Canada* n'empêche personne de faire un don à un parti politique enregistré. Au mieux, il n'existe qu'un lien ténu entre une disposition n'ayant aucune incidence sur le nombre de citoyens ayant droit au crédit d'impôt ou sur le montant de ce crédit et l'objectif qui consiste à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt. De plus, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve au soutien de sa prétention que l'application du critère des 50 candidatures accroît effectivement l'efficacité du régime de crédits d'impôt du point de vue du rapport coût-efficacité. J'estime donc que le volet exigeant l'existence d'un lien rationnel n'est pas satisfait.

Même si le gouvernement était en mesure de prouver l'existence d'un lien rationnel entre le critère des 50 candidatures et l'objectif invoqué, la mesure législative contestée ne satisferait pas au critère de l'atteinte minimale. Si le Parlement estime que le coût du régime de crédits d'impôt est extrêmement élevé, un moyen plus approprié de corriger ce problème serait de réduire la somme qu'un contribuable peut déduire au titre des dons à des partis politiques. Non seulement cette mesure contribuerait-elle plus efficacement à abaisser le coût du régime de crédits d'impôt, mais elle permettrait également de réaliser cet objectif sans porter atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Lorsqu'un objectif peut être réalisé sans violer les droits garantis par la *Charte*, la mesure attentatoire ne respecte pas le volet atteinte minimale du critère établi dans l'arrêt *Oakes*.

70

Finally, even if the first two branches of the proportionality test had been met, the benefits associated with the reduced costs of the tax credit scheme still would not outweigh the deleterious effects on the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process. The right to participate in the selection of elected representatives is one of the touchstones of a free and democratic state: see *Sauvé, supra*, at para. 58, in which McLachlin C.J. wrote that a violation of s. 3 undermines both the legitimacy and effectiveness of government. The deleterious effects associated with a violation of s. 3 are substantial. Conversely, the government has advanced no evidence indicating that the 50-candidate threshold provides any significant benefit to the public purse. Rather, owing to the fact that political parties that nominate candidates in fewer than 50 electoral districts typically have a relatively small base of support, one would expect the percentage of political donations received by non-registered parties to be relatively insignificant — as one would thereby expect the savings to the public purse to be relatively insignificant. If the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process is to be limited for fiscal reasons, the savings would have to be much more substantial than those associated with the restriction on the right of non-registered parties to issue tax receipts to individual citizens for donations received outside the election period.

(2) Protecting the Integrity of the Electoral Financing Regime

71

The Attorney General submits that a second objective of the 50-candidate threshold is the preservation of the integrity of the electoral financing regime. It is his submission that the 50-candidate threshold is necessary to ensure that third parties that have no genuine interest in participating in the electoral process do not abuse the electoral financing regime.

72

This Court already has determined that preserving the integrity of the electoral process is a pressing and substantial concern in a free and democratic state. In *Harvey, supra*, in which the Court considered the constitutional validity of provincial

Enfin, même si les deux premiers volets du critère de la proportionnalité étaient respectés, les effets bénéfiques de la réduction du coût du régime de crédits d'impôt ne l'emporteraient quand même pas sur les effets préjudiciables de cette mesure sur le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Le droit de prendre part à l'élection des députés est l'une des pierres angulaires d'un État libre et démocratique : voir *Sauvé, précité*, par. 58, où la juge en chef McLachlin a dit que la violation de l'art. 3 sape la légitimité du gouvernement et son efficacité. Les effets préjudiciables de la violation de l'art. 3 sont considérables. Par contre, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que le critère des 50 candidatures permet au Trésor public de réaliser des économies substantielles. D'ailleurs, comme les partis politiques qui présentent moins de 50 candidats disposent généralement d'appuis relativement restreints, il est permis de penser que le pourcentage des dons recueillis par les partis non enregistrés est relativement minime et que l'économie pour le Trésor public est en conséquence relativement minime. Si le droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être restreint pour des raisons d'ordre fiscal, il faudrait que les économies en résultant soient beaucoup plus importantes que celles découlant du refus de permettre aux partis non enregistrés de remettre aux citoyens des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales.

(2) Préserver l'intégrité du système de financement électoral

Le procureur général fait valoir que le critère des 50 candidatures a pour deuxième objectif de préserver l'intégrité du système de financement électoral. Il prétend que ce nombre minimal est nécessaire pour éviter que les tiers partis qui ne poursuivent pas d'intérêt véritable en participant au processus électoral n'utilisent à mauvais escient le système de financement électoral.

Notre Cour a, dans une affaire antérieure, jugé que la protection de l'intégrité du processus électoral est une préoccupation urgente et réelle dans un État libre et démocratique. Dans l'arrêt *Harvey*, précité, qui concernait la constitutionnalité de

legislation that prohibited members of New Brunswick's Legislative Assembly from holding or seeking office for a period of five years subsequent to conviction pursuant to the *New Brunswick Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, La Forest J. wrote as follows, at para. 38:

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

The systems and regulations that govern the process by which governments are formed should not be easily compromised. Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved. Ensuring that funds raised pursuant to the *Elections Act* are not misused is a constitutionally valid objective.

The next question to be determined is whether there is a rational connection between the impugned legislation and the constitutionally valid objective: has the government demonstrated that the 50-candidate threshold is rationally connected to the objective of preserving the integrity of electoral financing regime? Once again, it is immediately clear that this objective provides no justification for the restriction on the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers. The restriction on the right of candidates to list their party affiliation on their ballot papers simply does not engage the electoral financing regime, let alone advance the objective of ensuring its integrity. Although it is perhaps less obvious, the same is true of the restriction on the right to issue tax receipts and the right to transfer unspent election funds to the party.

In respect of the restriction on the right to issue tax receipts, it is the Attorney General's submission that the threshold requirement prevents organizations that have no genuine interest in the electoral process from raising funds pursuant to s. 127(3) of the *Income Tax Act*. There would seem to be two possible aspects to this submission. The first is that

dispositions législatives provinciales rendant inhabile à occuper la charge de député pendant une période de cinq ans tout membre de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick reconnu coupable d'une infraction à la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, le juge La Forest a dit ce qui suit, au par. 38 :

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu'un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique.

Il ne faut pas que les mécanismes et les règles qui régissent le processus de formation des gouvernements soient trop vulnérables. Comme le financement électoral est un élément essentiel de ce processus, il est très important de protéger l'intégrité de ce régime. Veiller à ce que les fonds recueillis conformément à la *Loi électorale* ne soient pas utilisés à mauvais escient est un objectif constitutionnellement valide.

Il faut maintenant se demander s'il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et cet objectif constitutionnellement valide : le gouvernement a-t-il établi l'existence d'un lien rationnel entre le critère des 50 candidatures et l'objectif consistant à protéger l'intégrité du système de financement électoral? Ici encore, il est clair, d'entrée de jeu, que cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Le refus de ce droit n'a tout simplement aucun lien avec le système de financement électoral et contribue encore moins à protéger l'intégrité de celui-ci. Bien que cela ne soit peut-être pas aussi évident, cette constatation vaut également pour le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et celui de remettre au parti les fonds électoraux non dépensés.

Relativement au refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux, le procureur général prétend que le critère des 50 candidatures a pour effet d'empêcher les organisations qui n'ont pas d'intérêt véritable à participer au processus électoral de collecter des fonds en application du par. 127(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette prétention

failure to satisfy the 50-candidate threshold is evidence that a political party has no genuine interest in the electoral process. The second is that the 50-candidate threshold actively discourages organizations that have no electoral aim from seeking registered party status solely for the purpose of obtaining the right to issue tax receipts. Neither aspect of this submission provides a sufficient basis for concluding that the threshold requirement is rationally connected to the stated objective.

75

First, there is no merit whatsoever to the claim that failure to satisfy the 50-candidate threshold is evidence that a political party has no genuine interest in the electoral process. For all the reasons discussed above, a political party need not nominate candidates in 50 electoral districts in order to play a meaningful role in the electoral process. History reveals instances in which political parties that were once prominent in fielding candidates or electing members subsequently failed to meet the 50-candidate threshold. Most recently, the Communist Party of Canada failed to satisfy the threshold in 1993, as did the Social Credit Party in 1988. As these examples indicate, the 50-candidate threshold is an inadequate mechanism for determining whether an organization is a legitimate political party, with a genuine intention of participating in the electoral process.

76

The government also has failed to demonstrate that the threshold prevents third parties or lobby groups from nominating candidates for the sole purpose of obtaining the right to issue tax receipts for donations received outside the campaign period. I first note that all candidates, whether nominated by a registered party or not, are entitled to issue tax receipts for donations received during the campaign period. If third parties or lobby groups have not already nominated candidates for the purpose of obtaining this benefit, it seems unlikely that they would nominate candidates for the purpose of obtaining the right to issue tax receipts for donations received outside the election period. In

paraît comporter deux facettes. La première est que l'omission de satisfaire au critère des 50 candidatures indique qu'un parti politique n'est pas vraiment intéressé à participer au processus électoral. La seconde est que cette exigence dissuade activement les organisations qui ne poursuivent pas d'objectif électoral de chercher à obtenir la qualité de parti enregistré à seule fin de pouvoir remettre des reçus fiscaux. Aucune des facettes de cette prétention ne permet de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre l'exigence en cause et l'objectif énoncé.

Premièrement, l'argument voulant que l'omission de satisfaire au critère des 50 candidatures établisse qu'un parti politique n'est pas vraiment intéressé à participer au processus électoral n'a absolument aucun fondement. Pour toutes les raisons examinées précédemment, il n'est pas nécessaire qu'un parti politique présente un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales pour jouer un rôle significatif dans le processus électoral. L'histoire électorale révèle que des partis politiques qui présentaient et, dans certains cas, faisaient élire un grand nombre de candidats ont subséquemment été incapables de satisfaire au critère des 50 candidatures. Récemment, le Parti communiste du Canada en 1993 et le Parti Crédit social du Canada en 1988 n'ont pas été en mesure de satisfaire à ce critère. Comme le montrent ces exemples, le critère des 50 candidatures n'est pas un mécanisme approprié pour décider si une organisation est un parti politique légitime, qui a véritablement l'intention de prendre part au processus électoral.

Le gouvernement n'a pas non plus prouvé que le critère empêche des tiers ou des groupes de pression de présenter des candidats à seule fin d'obtenir le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales. Premièrement, soulignons que tous les candidats, qu'ils soient présentés par un parti enregistré ou non, ont le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis pendant la campagne électorale. S'il n'est pas déjà arrivé que des tiers ou des groupes de pression présentent des candidats afin d'obtenir cet avantage, il semble peu probable qu'ils le fassent pour obtenir le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des

addition, there are a substantial number of obligations that a registered party must comply with, such as submitting audited financial statements, audited financial transactions returns and audited election expenses returns. Absent evidence indicating that these requirements are not sufficient to prevent third parties from seeking registered party status for the sole purpose of abusing the tax credit scheme, there is no basis for concluding that the 50-candidate threshold actually advances the objective of preventing the misuse of the electoral financing regime.

In respect of the restriction on the right of candidates to transfer unspent election funds to the party, the respondent submits that a threshold requirement is necessary because non-registered parties are not subject to the reporting requirements of the *Elections Act*. This submission, however, is entirely circular. After all, the threshold requirement is the only reason that parties that nominate fewer than 50 candidates are not subject to the reporting requirements. If the reporting requirements already address the misuse of unspent election funds, it is unnecessary to require certain parties to transfer unspent election funds to the Receiver General. If, on the other hand, the reporting requirements are insufficient to prevent the misuse of election funds, the threshold requirement would do little to preserve the integrity of the electoral financing regime. The integrity of the electoral financing regime is not preserved by requiring but an extremely small subset of unspent election funds to be paid to the Receiver General.

Furthermore, even if the restrictions on the right to issue the tax receipt and the right to retain unspent election funds prevent the misuse of the electoral financing regime, the legislation fails the minimal impairment test. In each instance, the government has failed to demonstrate that it could not achieve the same results without violating s. 3 of the *Charter*. Consider, for example, the auditors and other investigators that the government already has at its disposal. There is no reason to think that

périodes électorales. De plus, un parti enregistré doit s'acquitter d'un nombre appréciable d'obligations, notamment présenter des états financiers vérifiés, un rapport vérifié des opérations et un rapport vérifié des dépenses électorales. Vu l'absence de preuve indiquant que ces obligations ne sont pas suffisantes pour empêcher des tiers de chercher à obtenir la qualité de parti enregistré à seule fin de profiter indûment du régime de crédits d'impôt, rien ne permet de conclure que le critère des 50 candidatures favorise la réalisation de l'objectif consistant à prévenir l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral.

Pour ce qui est du refus d'accorder aux candidats le droit de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés, l'intimé plaide que le critère des 50 candidatures est nécessaire parce que les partis non enregistrés ne sont pas assujettis aux obligations prévues par la *Loi électorale* en matière de déclaration. Il s'agit là toutefois d'un argument entièrement circulaire. Après tout, l'existence du critère en question est la seule raison pour laquelle les partis qui présentent moins de 50 candidats ne sont pas assujettis aux obligations de déclaration. Si ces obligations protègent déjà contre les risques d'utilisation à mauvais escient des fonds électoraux non dépensés, il est inutile d'obliger certains partis à remettre ces fonds au receveur général. Par ailleurs, si ces obligations ne permettent pas de prévenir ce genre d'abus, l'application du critère des 50 candidatures contribue certes très peu à la protection de l'intégrité du système de financement électoral. En effet, l'obligation de remettre au receveur général une portion extrêmement minime des fonds électoraux ne protège pas l'intégrité du système de financement électoral.

De plus, même si le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et le droit de conserver les fonds électoraux non dépensés prévient l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral, les dispositions contestées ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale. Dans chaque cas, le gouvernement n'a pas établi qu'il lui serait impossible d'obtenir le même résultat sans violer l'art. 3 de la *Charte*. Pensons par exemple aux vérificateurs et autres enquêteurs dont dispose actuellement l'État.

77

78

auditors would not be equally capable, if not more so, of detecting, and thereby preventing, the misuse of funds raised pursuant to the electoral financing regime. The misuse of funds, after all, is precisely the sort of mischief that auditors are trained to uncover, and which the state can properly criminalize in order to preserve the integrity of the electoral financing regime. The logical inference is that precisely the same result could be achieved through strict spending rules and the use of auditors. If the same result could be achieved without violating the *Charter*, the minimal impairment requirement has not been satisfied.

(3) Ensuring a Viable Outcome for Our Form of Responsible Government

79

The third objective advanced by the respondent is that of ensuring that the electoral process results in a viable outcome for our form of responsible government. The essence of this submission is that a certain type of outcome, considered from a non-partisan perspective, is better suited to our system of democracy. In particular, what the respondent would seem to envision is the formation of a majority government that has aggregated preferences on a national scale. It is the respondent's submission that majority governments provide more effective governance than governments that consist of coalitions between or among various political parties. On this view, legislation that increases the likelihood of such a government is legislation that advances a pressing and substantial objective.

80

Articulating the objective of the legislation in this manner is extremely problematic. In order to advance this objective, the legislation must interfere with the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process to such an extent that it increases the likelihood that candidates nominated by national parties will be elected, thereby decreasing the likelihood that candidates nominated by regional or marginal parties will be elected. As noted above, in *Oakes*, *supra*, Dickson C.J. concluded that the objective of the impugned legislation

Il n'y a aucune raison de croire que le recours à des vérificateurs ne permettrait pas tout autant, sinon davantage, de détecter et, partant, d'empêcher l'emploi à mauvais escient des fonds recueillis dans le cadre du système de financement électoral. Après tout, ce comportement est précisément le genre de méfait que les vérificateurs sont entraînés à mettre au jour et que l'État peut à bon droit criminaliser afin de préserver l'intégrité du système de financement électoral. L'inférence logique est que l'on pourrait obtenir exactement le même résultat par l'application de règles strictes en matière de dépenses et par le recours à des vérificateurs. Lorsqu'il est possible d'obtenir le même résultat sans violer la *Charte*, le critère de l'atteinte minimale n'est pas respecté.

(3) Assurer l'obtention d'un résultat viable eu égard à notre régime de gouvernement responsable

L'intimé invoque un troisième objectif, soit celui de faire en sorte que le résultat du processus électoral soit viable compte tenu de notre régime de gouvernement responsable. L'intimé soutient essentiellement que, considéré d'un point de vue non partisan, un certain type de résultat convient davantage à notre système démocratique. Ce que paraît privilégier l'intimé est la formation d'un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences des citoyens à l'échelle nationale. Selon l'intimé, un gouvernement majoritaire est plus efficace qu'un gouvernement issu de la coalition de plusieurs partis politiques. Selon ce point de vue, un texte de loi qui favorise la formation de gouvernements majoritaires contribue à la réalisation d'un objectif urgent et réel.

Le fait d'exprimer ainsi cet objectif est extrêmement problématique, étant donné que, pour favoriser sa réalisation, il faut adopter une loi qui porte au droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral une atteinte telle qu'elle accroît la probabilité que soient élus les candidats de partis d'envergure nationale, et qui réduit par le fait même les chances que soient élus les candidats de partis marginaux ou régionaux. Comme il a été indiqué plus tôt, le juge en chef Dickson a conclu dans l'arrêt *Oakes*, précité, que l'objectif de

must not be “discordant” with the principles integral to a free and democratic society. Legislation enacted for the express purpose of decreasing the likelihood that a certain class of candidates will be elected is not only discordant with the principles integral to a free and democratic society, but, rather, is the antithesis of those principles. Consequently, it is difficult to accept that the objective of ensuring that the electoral process results in a particular outcome is sufficiently pressing and substantial to warrant the violation of a *Charter* right.

There also are difficulties associated with the government’s submission that a majority government that has aggregated preferences on a national scale is the only form of viable government in our system of democracy. Between 1882 and 1983 there were nine minority governments in the British Parliament. In Canada, there have been eight minority federal governments and a number of provincial minority governments. The Attorney General of Canada has presented no evidence that demonstrates that such governments are less democratic than majority governments, or that they provided less effective governance than majority governments. Importantly, I do not mean to suggest that Parliament must choose an electoral system that the Court believes will result in “good” or “better” governance. The *Charter* aside, the choice among electoral processes is, as LeBel J. states, a political one — and not one in which the Court should involve itself. But if Parliament interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in that process, it must be able to point to a pressing and substantial objective that it seeks to advance. In the absence of compelling reason to assert that a particular outcome will result in better governance, there is no basis on which to conclude that legislation that seeks to obtain that outcome advances an objective that is sufficiently pressing and substantial to warrant interfering with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

la loi contestée ne doit pas être « contraire » aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique. L’adoption d’une loi dans le but exprès de réduire les chances qu’une certaine catégorie de candidats se fasse élire est non seulement contraire aux principes d’une société libre et démocratique, mais elle constitue l’antithèse de ces principes. Par conséquent, il est difficile d’admettre qu’un objectif consistant à faire en sorte que le processus électoral aboutisse à un résultat donné puisse être un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la violation de la *Charte*.

N’est pas également sans soulever de difficultés la prétention de l’intimé selon laquelle un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences des citoyens à l’échelle nationale constitue la seule forme de gouvernement viable dans notre système de démocratie. De 1882 à 1983, le parlement britannique a connu neuf gouvernements minoritaires. Au Canada, il y a eu huit gouvernements minoritaires au fédéral et quelques-uns à l’échelle provinciale. Le procureur général du Canada n’a présenté aucun élément de preuve indiquant que les gouvernements minoritaires sont moins démocratiques que les gouvernements majoritaires ou que les premiers gouvernent moins efficacement que les seconds. Je tiens toutefois à souligner que je ne veux pas dire par là que le législateur doit opter pour un système électoral qui, selon notre Cour, permettra l’élection d’un « bon » ou d’un « meilleur » gouvernement. Abstraction faite de la *Charte*, le choix d’un processus électoral donné est, comme le dit le juge LeBel, une décision politique — à l’égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. Mais lorsque le législateur porte atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans ce processus, il doit être en mesure de préciser l’objectif urgent et réel qu’il cherche à favoriser. En l’absence de motifs impérieux de soutenir qu’un résultat particulier donnera lieu à l’élection d’un meilleur gouvernement, rien ne permet de conclure que la loi visant à obtenir ce résultat favorise la réalisation d’un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier une atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

82

At the same time, one can point to arguments to state that there are collective benefits associated with majority governments. For example, it is possible that the continuity and stability associated with majority governments results in better governance. The increased ease with which majority governments are able to implement policy might ensure that such governments are able to advance their objectives more effectively than a coalition, again resulting in better governance. This is sometimes argued to be a benefit of the Westminster model of parliamentary democracy, reflected in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, giving Canada “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. It also is possible that there are benefits associated with factors unique to the Canadian political landscape. Or perhaps it is simply that this is a system that Canadians have grown accustomed to — and that there exists an inverse relationship between public confidence in government and the fragmentation of Parliament. Accordingly, even if the election of a strong national government is not the only viable outcome of the electoral process, it at least is possible that there are certain benefits associated with the formation of a majority government that has aggregated preferences on a national basis.

83

But even if I were willing to accept that the collective benefits associated with the formation of a majority government are of sufficient magnitude to warrant interference with the right of each to play a meaningful role in the electoral process, serious difficulties remain. For the reasons discussed below, I conclude that the legislation fails the proportionality branch of the *Oakes* test. As a consequence, I believe it prudent to leave the question of whether majority building is a pressing and substantial objective unanswered at this time. Even if there are conceptual difficulties associated with the objective of ensuring that the electoral process results in a particular outcome, I would not want to foreclose the possibility that the government might be able to demonstrate that there is a reasonable basis for its belief that

Toutefois, il est toujours possible de faire valoir qu’il existe, globalement, des avantages à l’élection de gouvernements majoritaires. Par exemple, il est possible que la continuité et la stabilité associées à de tels gouvernements se traduisent par une meilleure administration. Le fait qu’il soit plus facile aux gouvernements majoritaires de mettre en œuvre leurs politiques peut avoir pour effet que ces gouvernements soient à même de réaliser plus efficacement leurs objectifs que les gouvernements de coalition, autre facteur entraînant une meilleure administration. On plaide parfois qu’il s’agit d’un avantage du modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster, évoqué dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dote le Canada d’« une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Il se peut également que certains avantages tiennent à des facteurs uniques à l’environnement politique canadien. Ou peut-être est-ce simplement qu’il s’agit d’un système auquel les Canadiens se sont habitués — et que la confiance du public dans le gouvernement est inversement proportionnelle à la fragmentation du Parlement. Par conséquent, même si l’élection d’un gouvernement national fort n’est pas le seul résultat viable du processus électoral, il est à tout le moins possible que certains avantages découlent de la formation d’un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences à l’échelle nationale.

Toutefois, même si j’étais disposé à reconnaître que les avantages globaux associés à la formation d’un gouvernement majoritaire sont suffisamment importants pour justifier une atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, de sérieuses difficultés demeurent. Pour les raisons exposées précédemment, je conclus que les dispositions législatives contestées ne respectent pas l’aspect proportionnalité du critère établi dans *Oakes*. En conséquence, j’estime prudent de ne pas répondre en l’espèce à la question de savoir si l’élection d’un gouvernement majoritaire est un objectif urgent et réel. Même si l’objectif qui consisterait à faire en sorte que le processus électoral aboutisse à un résultat donné soulève des difficultés d’ordre conceptuel, je n’écarter pas entièrement la possibilité que l’État puisse établir que sa thèse selon laquelle

majority governments are more effective than minority governments.

In respect of the proportionality branch of the *Oakes* test, the first question to be determined is whether the 50-candidate threshold is rationally connected to the stated objective. On its face, it would appear that the legislation is rationally connected to the objective of majority building. After all, a large part of the reason that it was found to violate s. 3 is that it creates a competitive advantage for parties with a broad geographical base of support. Common sense would seem to suggest that legislation that makes it difficult for regional or marginal parties to garner support and to build political momentum is rationally connected to the objective of increasing the likelihood of a majority government.

Importantly, there exists no evidence that the 50-candidate threshold is a cause of this phenomenon. It is equally possible, if not more so, that most voters do not feel that their interests are reflected in the platforms of non-registered political parties, or would prefer to cast a vote for a political party that has a genuine opportunity of winning a substantial number of seats in Parliament. Indeed, it seems unlikely that removing the threshold requirement would have a significant impact, if it would have any impact at all, on the likelihood that the electoral process will result in the election of a majority government, either now or at any time in the foreseeable future. The more likely threat to majority governments is not the participation of regional or marginal parties that have failed to satisfy the 50-candidate threshold, but, rather, the proliferation of registered political parties generally. The *Elections Act*, however, imposes no limit on the number of political parties that qualify for registered party status.

Absent any evidence that the full participation of political parties that fail to satisfy the 50-candidate threshold would, in fact, decrease the likelihood that

des gouvernements majoritaires sont plus efficaces que des gouvernements minoritaires repose sur des fondements raisonnables.

Relativement au volet proportionnalité du critère établi dans *Oakes*, il faut d'abord déterminer si le critère des 50 candidatures a un lien rationnel avec l'objectif avancé. À première vue, les dispositions législatives en cause semblent avoir un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à élire des gouvernements majoritaires. Après tout, la raison pour laquelle il a été jugé que ces dispositions violent l'art. 3 est dans une large mesure le fait qu'elles confèrent un avantage aux parties disposant de larges appuis sur le plan géographique. La logique semble indiquer qu'un texte de loi qui rend difficile pour les partis régionaux ou marginaux la tâche de recueillir des appuis et de gagner du terrain politiquement a un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à accroître la probabilité que le gouvernement élu soit majoritaire.

Facteur important, il n'y a aucune preuve que le critère des 50 candidatures contribue à cette situation. Il est tout aussi possible, voire probable, que la plupart des électeurs estiment que les programmes des partis politiques non enregistrés ne tiennent pas compte de leurs intérêts ou qu'ils préfèrent voter pour un parti qui possède une possibilité réelle de remporter un nombre important de sièges. De fait, il paraît peu probable que l'élimination du critère des 50 candidatures aurait un effet appréciable, voire quelque effet que ce soit, sur la probabilité que soit élu un gouvernement majoritaire, maintenant ou dans un avenir rapproché. La menace la plus vraisemblable à l'élection de gouvernements majoritaires est non pas la participation au processus électoral des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures, mais plutôt la prolifération des partis politiques enregistrés en général. Toutefois, la *Loi électorale* ne limite d'aucune façon le nombre des partis politiques pouvant obtenir le statut de parti enregistré.

En l'absence de preuve que la participation en tant que parti politique à part entière des partis ne satisfaisant pas au critère des 50 candidatures

84

85

86

the electoral process will result in the formation of a majority government, the threshold requirement cannot reasonably be expected to advance the stated objective. For this reason alone, even if the objective in question was pressing and substantial, the 50-candidate threshold would fail the first branch of the proportionality test, namely, the rational connection test.

87 But even if the respondent could prove that the 50-candidate threshold has a meaningful impact on the likelihood that subsequent elections will result in the election of majority governments, it still would be my conclusion that the legislation fails the third branch of the proportionality test: the proportionate effects test. The government has failed to demonstrate that the salutary benefits of the legislation outweigh its deleterious effects.

88 On the one hand, the deleterious effects associated with this legislation are substantial. As discussed above, this legislation has a significant impact on the capacity of candidates nominated by non-registered political parties to communicate their ideas to the electorate. This, in turn, undermines the capacity of individual citizens to introduce ideas and opinions into the public discourse that the electoral process engenders, and to exercise their right to vote in a manner that accurately reflects their preferences. This, however, is not the only effect of the 50-candidate threshold. If the legislation is, in fact, rationally connected to the stated objective, it must do more than interfere with the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process in order to obtain this objective: it must interfere to such an extent that it results not only in the election of individual candidates who would not otherwise have been elected, but also in the election of majority governments that would not otherwise have been elected. As noted above, it is difficult to reconcile legislation that seeks to have this effect with the principles that are integral to a free and democratic society. Legislation that violates s. 3 for this purpose does great harm to both

réduirait dans les faits la probabilité que le processus électoral aboutisse à l'élection d'un gouvernement majoritaire, le critère ne peut raisonnablement être considéré comme ayant pour effet de favoriser la réalisation de l'objectif énoncé. Pour ce seul motif, même si l'objectif en question était urgent et réel, le critère des 50 candidatures ne satisferait pas au premier volet du critère de la proportionnalité, savoir celui du lien rationnel.

Cependant, même si l'intimé pouvait établir que le critère des 50 candidatures a un effet concret sur la probabilité que les élections donnent lieu à la formation de gouvernements majoritaires, je conclurais néanmoins que les dispositions législatives contestées ne respectent pas le troisième volet du critère de la proportionnalité, à savoir celui du lien rationnel. Le gouvernement n'a pas démontré que les effets bénéfiques de ces dispositions l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

D'une part, les effets préjudiciables des dispositions législatives contestées sont substantiels. Comme nous l'avons vu plus tôt, ces dispositions ont une incidence appréciable sur la capacité des candidats des partis non enregistrés de communiquer leurs idées aux électeurs. Cette situation a à son tour pour effet de réduire la capacité des citoyens d'introduire des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral et d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète leurs préférences. Il ne s'agit pas là cependant du seul effet du critère des 50 candidatures. Si les dispositions législatives ont, en fait, un lien rationnel avec l'objectif énoncé, il ne leur suffit pas pour favoriser la réalisation de cet objectif de porter simplement atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans ce processus électoral. Cette atteinte doit être telle qu'elle entraîne non seulement l'élection de candidats qui, sans elle, ne l'auraient pas été, mais également l'élection de gouvernements majoritaires. Comme il a été indiqué précédemment, il est difficile de concilier des mesures législatives visant à produire cet effet avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Les dispositions législatives qui violent l'art. 3 dans ce but causent un grave préjudice

individual participants and the integrity of the electoral process itself.

Legislation with such harmful effects would be difficult to justify. The government would have to point to salutary benefits that outweigh these very significant deleterious effects. More specifically, it is incumbent on the government to demonstrate, either through evidence or argument, that a majority government is likely to provide substantially better governance than a minority government. The government has failed to satisfy this burden. The government has not advanced sufficient evidence to demonstrate that the election of a majority government would result in benefits that outweigh the deleterious effects associated with legislation that violates s. 3 for the purpose of ensuring that the electoral process results in the election of a government that would not otherwise be elected. Nor has it provided a reasoned basis on which to conclude that this is the case. In the absence of either evidence or argument to this effect, it is impossible to conclude that the legislation is justifiable in a free and democratic society.

VI. Disposition

In the final analysis, I conclude both that the 50-candidate threshold is inconsistent with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, and that the government has failed to justify this violation.

However, before I dispose of this appeal I think it important to stress that this decision does not stand for the proposition that the differential treatment of political parties will always constitute a violation of s. 3. Nor does it stand for the proposition that an infringement of s. 3 arising from the differential treatment of political parties could never be justified. Consequently, although the disposition of this case will have an impact on sections of the *Elections Act* that provide access to free broadcast time, the right to purchase reserved broadcast time, and the right to partial reimbursement of election

à la fois aux participants du processus électoral et à l'intégrité du processus lui-même.

Des dispositions produisant des effets aussi préjudiciables seraient difficiles à justifier. L'État devrait faire état d'effets bénéfiques l'emportant sur ces effets préjudiciables très sérieux. Plus particulièrement, il appartient à l'État d'établir, au moyen d'éléments de preuve ou d'arguments, que l'élection d'un gouvernement majoritaire est de nature à assurer une bien meilleure administration du pays que l'élection d'un gouvernement minoritaire. L'État ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Il n'a pas apporté suffisamment d'éléments de preuve établissant que l'élection d'un gouvernement majoritaire aura des avantages qui feront plus que compenser les effets préjudiciables découlant des dispositions législatives qui violent l'art. 3 dans le but de garantir que le processus électoral aboutisse à l'élection d'un gouvernement qui ne serait pas élu sans cette violation. Il n'a pas avancé non plus d'arguments permettant de conclure en ce sens. En l'absence d'éléments de preuve ou d'arguments étayant cette thèse, il est impossible de conclure que les dispositions législatives contestées sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

VI. Dispositif

En dernière analyse, j'estime que le critère des 50 candidatures est incompatible avec le droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et que l'État n'a pas justifié la violation de ce droit.

Toutefois, avant de trancher le pourvoi, je considère important de souligner que la présente décision ne signifie pas que le fait de réserver un traitement différent à certains partis politiques entraînera dans tous les cas une violation de l'art. 3. Elle ne signifie pas non plus qu'il ne sera jamais possible de justifier une violation de l'art. 3 découlant d'un tel traitement distinct. Par conséquent, quoique la présente décision ait une incidence sur les articles de la *Loi électorale* donnant droit à du temps d'antenne gratuit, permettant d'acheter le temps d'antenne réservé et accordant le droit au remboursement partiel des

89

90

91

expenses upon receiving a certain percentage of the vote, I express no opinion as to the constitutionality of legislation that restricts access to those benefits. It is possible that it would be necessary to consider factors that have not been addressed in this appeal in order to determine the constitutionality of restricting access to those benefits.

92

In addition, the question also arises as to the number of candidates required to justify restricting access to the three benefits discussed in these reasons. The thrust of the reasons is that no threshold requirement is acceptable. However, I note the recent amendment to the *Elections Act* that reduces the threshold requirement in respect of the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers: S.C. 2001, c. 21, s. 12. Pursuant to this amendment, a political party need only nominate 12 candidates in order for its nominees to obtain the right to include their party affiliation on the ballots. Obviously, the constitutionality of the amended provision is not currently before the Court. It may well be that the government will be able to advance other objectives that justify a 12-candidate threshold. But suffice it to say, the objectives advanced do not justify a threshold requirement of any sort, let alone a 50-candidate threshold.

93

In the result, the appeal is allowed with costs and ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* are declared unconstitutional. The declaration of unconstitutionality is suspended for 12 months in order to enable the government to comply with these reasons.

94

The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 3 *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in

dépenses électorales moyennant l'obtention d'un pourcentage donné des votes, je ne me prononce pas sur la constitutionnalité des dispositions refusant ces avantages. Pour statuer sur cette question, il pourrait être nécessaire de considérer des facteurs qui n'ont pas été examinés dans le présent pourvoi.

Se pose en outre la question du nombre de candidats en deçà duquel il serait justifié de refuser les trois avantages discutés en l'espèce. Essentiellement, il ressort des présents motifs qu'aucun seuil n'est acceptable. Je tiens toutefois à souligner qu'une modification apportée récemment à la *Loi électorale* abaisse le nombre de candidats qu'un parti doit présenter pour que l'appartenance politique des candidats puisse être inscrite sur les bulletins de vote : L.C. 2001, ch. 21, art. 12. Sous l'effet de cette modification, un parti politique n'est tenu de présenter que 12 candidats pour que ceux-ci puissent préciser leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Notre Cour n'est évidemment pas appelée à statuer sur la constitutionnalité de la disposition ainsi modifiée. Il pourrait fort bien arriver que l'État puisse faire valoir d'autres objectifs qui justifieraient l'obligation de présenter au moins 12 candidats. Je me contenterai toutefois de dire que ceux avancés invoqués en l'espèce ne sauraient justifier quelque seuil que ce soit et, a fortiori, un nombre minimal de 50 candidatures.

En définitive, le pourvoi est accueilli avec dépens et les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* sont déclarés inconstitutionnels. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendu pendant 12 mois afin de permettre au gouvernement de se conformer aux présents motifs.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces

at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 15(1) *Charter* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: It is not necessary to answer this question.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 2(d) *Charter* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: It is not necessary to answer this question.

6. If the answer to Question 5 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse : Non.

3. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par l'al. 2d) de la *Charte* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

6. Si la réponse à la question 5 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The reasons of Gonthier, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

95

In this appeal, our Court is called upon to answer important questions about the meaning of the democratic rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We must explore the meaning of “effective representation” for the first time outside the context of electoral boundary-drawing. I agree with much of the majority opinion, including Iacobucci J.’s disposition of the case, the remedy he proposes, and the emphasis on “meaningful participation” as a core value that determines the content of s. 3 of the *Charter*. But I must express reservations about the methodology used by my colleague to identify an infringement of s. 3.

96

In my opinion, the sole determinative question at the infringement stage of the analysis cannot be whether the impugned measure “interferes with the capacity of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process” (Iacobucci J., at para. 38). Framing the question in this way understates the complexity of effective representation and meaningful participation. Such multifaceted concepts cannot be reduced to the purely individual aspects of political participation, but rather comprise a number of intertwined and often opposed principles. Indeed, as Iacobucci J. himself observes at para. 36, “the mere fact that the legislation . . . restricts the capacity of a citizen to participate in the electoral process” is not enough to establish a violation of s. 3.

97

The proper approach is to apply the analytical template which has emerged from the jurisprudence of this Court and lower courts on electoral

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges Gonthier, LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit se prononcer sur d’importantes questions sur le sens des droits démocratiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous devons, pour la première fois, examiner ce que l’expression « représentation effective » signifie en dehors du contexte de la délimitation des circonscriptions électorales. Je souscris dans une large mesure à l’opinion des juges majoritaires, notamment au dispositif du juge Iacobucci, à la réparation qu’il propose et à l’accent mis sur la notion de « participation utile » au processus démocratique comme valeur fondamentale servant à déterminer le contenu de l’art. 3 de la *Charte*. Toutefois, je tiens à exprimer des réserves concernant la méthodologie utilisée par mon collègue pour statuer sur l’existence de la violation de l’art. 3.

À mon avis, la question déterminante dans le volet de l’analyse relatif à l’atteinte ne saurait se limiter à se demander si la mesure contestée « empêche les citoyens de jouer individuellement un rôle significatif dans le processus électoral » (le juge Iacobucci, par. 38). Formulée ainsi, la question minimise la complexité des notions de représentation effective et de participation utile. Ces concepts aux multiples facettes ne peuvent se réduire aux aspects purement individualistes de la participation politique; ils comprennent plutôt de nombreux principes étroitement liés et souvent opposés. D’ailleurs, le juge Iacobucci lui-même indique, au par. 36, que « le seul fait qu’une disposition législative [. . .] limite la participation du citoyen au processus électoral » ne suffit pas pour établir qu’il y a violation de l’art. 3.

La démarche appropriée consiste à appliquer le modèle analytique qui se dégage de la jurisprudence de notre Cour et des tribunaux inférieurs en matière

boundaries. The methodology developed in the electoral boundaries cases recognizes that the right to vote comprises many factors, and that its content can only be defined through a contextual and historical analysis.

Applying that contextual and historical approach to the facts of this case leads to the conclusion that the legislation does further significant democratic values. The challenged provisions form part of the scheme in the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, for the formal legal recognition and regulation of political parties. This scheme enhances the effectiveness of the party system which, in turn, is an important component of our democratic form of government. The requirement of nominating 50 candidates tends to benefit parties with a broad appeal, thus encouraging cohesiveness and the aggregation of political will. The importance of these values, deeply rooted as they are in Canadian political culture, is evidenced by their place in our history and existing institutions.

In principle, the values enhanced by the impugned measures could be furthered at the price of compromising individual participation to a certain extent. In this case, however, the legislation goes too far in creating unfairness both as between individual voters and as between different regions of the country. Ultimately, the challenged provisions conflict with the right to meaningful participation and are inconsistent with s. 3. But, before setting out my reasons for reaching that conclusion, I must first turn to the definition of the central issue at stake in this appeal, the definition of meaningful participation.

II. Analysis

A. *The Central Issue: The Definition of "Meaningful Participation"*

I agree with Iacobucci J. that s. 3 gives every Canadian citizen the right to meaningful participation

de circonscriptions électorales. La méthodologie développée dans ces affaires reconnaît que le droit de vote comprend de nombreux facteurs et que seule une analyse contextuelle et historique permet de préciser le contenu de ce droit.

L'application de cette démarche contextuelle et historique aux faits de l'espèce amène à conclure que les dispositions législatives contestées favorisent le respect d'importantes valeurs démocratiques. Ces dispositions font partie du régime de réglementation et de reconnaissance juridique formelle des partis politiques prévu par la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2. Ce régime accroît l'efficacité du système de partis politiques, lequel constitue à son tour une composante importante de notre forme démocratique de gouvernement. L'obligation de présenter un minimum de 50 candidats tend à avantager les partis bénéficiant de larges appuis, ce qui favorise la cohésion et l'agrégation de la volonté politique. L'importance de ces valeurs, si profondément enracinées dans notre culture politique canadienne, ressort de la place qu'elles occupent dans notre histoire et dans nos institutions actuelles.

En principe, les valeurs renforcées par les dispositions contestées pourraient être favorisées au détriment, dans une certaine mesure, de la participation individuelle. En l'espèce, toutefois, les dispositions législatives vont trop loin parce qu'elles créent de l'injustice tant entre les électeurs qu'entre les différentes régions du pays. Au bout du compte, les dispositions contestées entrent en conflit avec le droit de participer utilement au processus démocratique et sont incompatibles avec l'art. 3. Cependant, avant d'exposer les motifs qui m'amènent à cette conclusion, je dois d'abord définir la principale question en jeu dans le présent pourvoi, à savoir la notion de participation utile au processus démocratique.

II. L'analyse

A. *La question principale : la définition de « participation utile » au processus démocratique*

À l'instar du juge Iacobucci, j'estime que l'art. 3 donne à tout citoyen canadien le droit de

98

99

100

in free and fair elections. Without such a right, no genuinely democratic system of government can be set up or endure. Citizens' political choices cannot be effectively represented unless they have the opportunity to participate in the process in a meaningful way. My disagreement with the majority is on how this right to meaningful participation is to be defined.

101

I do not agree with an approach that only takes into account the strictly individual aspects of participation in the political process. While I acknowledge the central importance of individual participation, s. 3 is also inherently concerned with the representation of communities, both the various communities that make up Canadian society and the broader community of all Canadians. Participation in the electoral process typically involves individual citizens acting as members of political groups, and alliances both within and between such groups can render participation more meaningful and result in better representation of communities and of national political preferences. Ignoring these communitarian aspects of s. 3 risks creating a distorted picture of the right.

102

It is important, too, to give due attention to the context within which democratic rights are exercised and to the history of Canadian political institutions. In my view, s. 3 must be interpreted in harmony with our political traditions. A purely individualistic approach is difficult to reconcile with the characteristic values of Canadian politics. For this reason, an analysis focussing strictly on the individual aspects of the right appears to depart from the approach this Court adopted in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158 ("*Saskatchewan Reference*"), where the context of our tradition and established political practices was recognized as a source of the meaning of the rights enshrined in s. 3.

participer utilement à des élections libres et équitables. Sans ce droit, aucun système de gouvernement véritablement démocratique ne peut être établi ni durer. Les choix politiques des citoyens ne peuvent être concrétisés que si ces derniers ont la possibilité de participer utilement au processus démocratique. Mon désaccord avec la majorité porte sur la façon de définir ce droit à la participation utile au processus démocratique.

Je ne saurais souscrire à une démarche qui ne tient compte que des aspects strictement individuels de la participation au processus politique. Bien que je reconnaisse l'importance capitale de la participation individuelle, l'art. 3 porte aussi intrinsèquement sur la représentation des collectivités : tant les différentes collectivités qui tissent la société canadienne que la collectivité plus large formée de l'ensemble des Canadiens. La participation au processus électoral suppose en général que des particuliers interviennent à titre de membres de groupes politiques, et les alliances formées à l'intérieur de ces groupes et entre plusieurs groupes peuvent se traduire par une participation plus utile des citoyens et une meilleure représentation des collectivités et des préférences politiques nationales. Ne pas tenir compte des aspects d'ordre collectif de l'art. 3 risque de donner une image déformée du droit de vote.

De plus, il est important d'accorder une attention particulière au contexte dans lequel les droits démocratiques sont exercés, ainsi qu'à l'histoire des institutions politiques canadiennes. À mon avis, l'art. 3 doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec nos traditions politiques. Il est difficile de concilier une démarche à caractère purement individualiste avec les valeurs propres à la politique canadienne. Voilà pourquoi une analyse qui se limite strictement aux aspects individuels du droit semble s'éloigner de la démarche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 ("*Renvoi concernant la Saskatchewan*"), où il a été reconnu que le contexte de notre tradition politique et de nos pratiques bien établies en la matière constitue une source où les droits consacrés à l'art. 3 puisent leur sens.

Although each citizen has a right to meaningful participation, not every government measure with an adverse impact on participation renders it meaningless. Legislation may compromise or interfere with individual participation to a certain extent, without necessarily depriving citizens of meaningful representation. (In fact, it is difficult to conceive of an electoral system that does not constrict any citizen's individual participatory freedom in any way at all.) Such compromises may be acceptable if they are necessary for pragmatic reasons or if they serve to further other democratic values, which may be connected to the collective, communitarian or systemic aspects of s. 3. We should give due recognition to the competing values between which the government must choose in designing the electoral system, so as not to imply that it is constitutionally required to maximize one admittedly important value — that of individual participation — alone.

B. *The Saskatchewan Reference*

Most of the case law on s. 3 rights to this point has dealt with legislation that directly denies the right to vote to a particular group of people (prison inmates in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; mentally incompetent persons in *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); federally appointed judges in *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.); absentee voters in *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.); and persons convicted of offences involving corrupt electoral practices in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). The impugned legislation in those cases literally contradicted the language of s. 3, which states that every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein. The question of whether the challenged limitations of those rights were consistent with Canada's democratic values therefore naturally

Chaque citoyen a le droit de participer utilement au processus démocratique, mais cette participation ne perd pas son caractère utile chaque fois qu'une mesure gouvernementale a sur elle un effet préjudiciable. Des dispositions législatives peuvent, jusqu'à un certain point, entraver la participation individuelle ou y porter atteinte sans nécessairement empêcher les citoyens de se faire entendre utilement. (En fait, il est difficile d'imaginer un système électoral qui ne restreint pas, de quelque manière que ce soit, la liberté de participation individuelle de tout citoyen.) De tels compromis peuvent être acceptables lorsque leur nécessité se fonde sur des raisons pragmatiques ou lorsqu'on s'en sert pour favoriser d'autres valeurs démocratiques, qui peuvent être liées aux aspects d'ordre collectif, communautaire ou systémique de l'art. 3. Il faut reconnaître comme il se doit les valeurs opposées parmi lesquelles le gouvernement doit choisir pour élaborer le système électoral, de manière à ne pas donner à penser que la Constitution oblige à maximiser une valeur certes importante, savoir la participation individuelle, à l'exclusion de toute autre.

B. *Le Renvoi concernant la Saskatchewan*

Jusqu'à maintenant, la plupart des arrêts portant sur l'art. 3 concernaient des dispositions législatives qui privaient directement du droit de vote un groupe de personnes en particulier (les détenus dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; les personnes frappées d'incapacité mentale dans *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1^{re} inst.); les juges nommés par le gouvernement fédéral dans *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.); les électeurs absents dans *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (C.A.C.-B.); et les personnes déclarées coupables d'infractions se rapportant à des manœuvres électorales frauduleuses dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). Dans ces affaires, les dispositions législatives attaquées contrevenaient expressément au texte de l'art. 3, qui dispose que tout citoyen du Canada a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. Il fallait donc naturellement se demander, au regard de

fell to be considered in connection with s. 1 of the *Charter*.

105

Only on one previous occasion has this Court considered a challenge under s. 3 of the *Charter* to legislation that regulated the electoral process without literally denying anyone the right to vote or to be a candidate. That case was the *Saskatchewan Reference*, *supra*. At issue were the electoral boundaries for Saskatchewan's Legislative Assembly, which provided for a prescribed number of rural, northern and urban ridings, and permitted significant disparities between the different types of ridings in the number of voters per district. One northern district had 6,309 voters, while one of the urban districts had 12,567. In effect, a vote in the former district was "worth" about twice as much as a vote in the latter.

106

This Court acknowledged that s. 3 guarantees more than "the bare right to place a ballot in a box", as the present Chief Justice, when she was Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia, put it in an earlier case on the issue of electoral boundaries (*Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 403). For the right to vote to have real substance, it must be exercised in an electoral system that gives genuine meaning to each citizen's vote. Thus the guarantee in s. 3 must implicitly include such basic incidents as the right to cast a vote in private, and the right to have that vote honestly counted and recorded (*Saskatchewan Reference*, *supra*, at p. 165, *per* Cory J., in dissent but not on this point). But it includes more than that. It implies that every Canadian citizen is entitled to "effective representation" through the democratic process. I would add that effective representation can only be achieved if every citizen has the opportunity for meaningful participation in elections.

l'article premier, si les dispositions restreignant ces droits étaient compatibles avec les valeurs démocratiques canadiennes.

Notre Cour n'a été saisie qu'à une seule autre occasion d'une affaire où on contestait, sur le fondement de l'art. 3 de la *Charte*, une disposition législative qui régissait le processus électoral sans priver expressément qui que ce soit du droit de voter ou du droit de présenter sa candidature. Il s'agit du *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité. On contestait la délimitation des circonscriptions électorales de l'assemblée législative de la Saskatchewan. Cette délimitation fixait un nombre précis de circonscriptions rurales, nordiques et urbaines et créait entre les différents types de circonscription des écarts importants quant au nombre d'électeurs par circonscription. Par exemple, une des circonscriptions du Nord de la province comptait 6 309 électeurs, alors que le nombre de ceux-ci dans une des circonscriptions urbaines atteignait 12 567. En conséquence, dans les faits, un vote dans la première circonscription possédait environ deux fois plus de « poids » qu'un vote dans la seconde.

Notre Cour a reconnu que l'art. 3 garantit davantage que le [TRADUCTION] « simple droit de déposer son bulletin de vote dans l'urne », pour reprendre les propos formulés par l'actuelle Juge en chef de notre Cour lorsqu'elle occupait cette fonction à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, p. 403). Pour prendre tout son sens, le droit de vote doit être exercé dans un système électoral qui accorde une importance réelle au vote de chaque citoyen. En conséquence, la garantie de l'art. 3 inclut nécessairement, de façon implicite, des éléments aussi fondamentaux que le droit au secret du scrutin et le droit à ce que le vote soit honnêtement compté et enregistré (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 165, le juge Cory, dissident mais non sur ce point). Toutefois, cette disposition a une portée plus étendue. En effet, elle suppose que tout citoyen canadien a droit à une « représentation effective » dans le processus démocratique. J'ajouterais que la représentation effective ne se réalise que si chaque citoyen jouit de la possibilité de participer utilement aux élections.

At the heart of the right to vote is the citizen's entitlement to an opportunity to vote in fair elections. As the Court recognized in the *Saskatchewan Reference*, this means that each citizen's vote must be relatively equal in weight to that of every other citizen: "A system which dilutes one citizen's vote unduly as compared with another citizen's vote runs the risk of providing inadequate representation to the citizen whose vote is diluted" (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 183).

Voter parity itself is not, however, the objective of s. 3, but only one of the factors, albeit a factor of primary importance, to be taken into account in determining whether effective representation has been provided. McLachlin J. identified two situations where voter parity might be deviated from without offending s. 3: when pragmatic considerations required such deviation, and when it enabled "the provision of more effective representation" (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 185). She held that effective representation was defined not only by fairness as between individual voters, but also by other democratic values that can be in tension with voter parity — the relevant consideration in that case being the special challenge of ensuring adequate representation of remote and sparsely populated areas. McLachlin J. observed that these countervailing or competing democratic values could include "geography, community history, community interests and minority representation", and that the list was not closed (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 184).

Lower courts have applied the principles set out in the *Saskatchewan Reference* and worked out a sophisticated methodology for evaluating the constitutionality of electoral boundaries: see *MacKinnon v. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232 (P.E.I.S.C.); *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210 (C.A.) ("*Alberta Reference*"); and *Reference re*

L'essence même du droit de vote consiste dans la possibilité pour les citoyens de voter dans des élections justes. Comme l'a reconnu notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, cela signifie que le vote de chaque citoyen doit avoir un poids relativement égal à celui de tous les autres : « Le système qui dilue indûment le vote d'un citoyen comparativement à celui d'un autre, court le risque d'offrir une représentation inadéquate au citoyen dont le vote a été affaibli » (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 183).

Toutefois, la parité électorale n'est pas la raison d'être de l'art. 3, mais uniquement l'un des facteurs — quoique d'importance cruciale — dont il faut tenir compte pour décider si une représentation effective est assurée. La juge McLachlin a décrit deux situations dans lesquelles on peut déroger à la parité électorale sans contrevenir à l'art. 3 : lorsque des considérations d'ordre pragmatique exigent une telle dérogation et lorsque que cette dérogation permet d'« assurer une représentation plus effective » (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 185). Elle a conclu que la représentation effective ne se définit pas uniquement par l'équité parmi les électeurs, mais aussi par d'autres valeurs démocratiques susceptibles d'entrer en conflit avec la parité électorale — le problème particulier dans ce cas était d'assurer la représentation adéquate des régions éloignées et à faible densité de population. La juge McLachlin a souligné que ces valeurs démocratiques contraires et opposées pouvaient inclure « les caractéristiques géographiques, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires », et que cette liste n'était pas exhaustive (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 184).

Des juridictions inférieures ont appliqué les principes énoncés dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* et élaboré une méthodologie sophistiquée pour évaluer la constitutionnalité de circonscriptions électorales : voir *MacKinnon c. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232 (C.S.Î.-P.-É.); *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83

107

108

109

Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta) (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). Courts have commented on the complexity of the task, one which involves reconciling democratic values that exist in tension with and sometimes directly contradict each other.

110 In the *Alberta Reference*, *supra*, for example, the Alberta Court of Appeal observed, at p. 216, that “the factors made relevant by the principles of parity and effective representation are both complicated and conflicting, and this mandates some balancing”. The statute which was the subject of the reference aimed to avoid a rigid division between urban and rural areas. The legislative committee that recommended this approach thought that such divisions encouraged urban and rural voters to pursue their interests as adversarial factions. The Court of Appeal remarked that this situation illustrated the difficulty of the concept of effective representation. While ensuring that minorities have an effective voice is an important democratic value, so is the building of broadly based consensus. As the court explained, at p. 216:

If every group in society with a community of interest can elect its own member of the Legislature, they may not be encouraged to develop the mutual understanding and respect that is essential to a healthy democratic life. Shared representation might encourage mutual respect, just as it might also permit the repression of the voice of those who become permanent minorities.

C. *Saskatchewan Reference Principles in the Context of this Case*

111 In this case, our Court must once again assess legislation that affects the exercise of democratic rights without literally denying them, but for the first time in a context outside the now relatively well-charted terrain of electoral boundaries. Here, the context is the regulation of political parties and the system of

Alta. L.R. (2d) 210 (C.A.) (« *Renvoi concernant l'Alberta* »); et *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). Les tribunaux ont commenté la complexité de cette tâche. Celle-ci, en effet, requiert la conciliation de valeurs démocratiques, qui coexistent en état de tension et même, parfois, s'opposent directement.

Par exemple, dans le *Renvoi concernant l'Alberta*, précité, la Cour d'appel de cette province a fait observer, à la p. 216, que [TRADUCTION] « les facteurs pertinents pour l'application des principes de parité et de représentation effective sont à la fois complexes et contradictoires, situation qui exige une certaine conciliation ». La loi en cause dans ce renvoi visait à éviter l'établissement de divisions rigides entre les régions urbaines et rurales. Le comité législatif qui a recommandé cette approche croyait que de telles divisions incitaient les électeurs des régions urbaines et rurales à défendre leurs intérêts en se considérant comme des adversaires. La Cour d'appel a signalé que cette situation illustre la difficulté de l'application de la notion de représentation effective. Le fait de garantir aux minorités la possibilité de se faire entendre de manière effective est certes une valeur démocratique importante, mais l'établissement d'un large consensus l'est tout autant. La cour a donné l'explication suivante de cette difficulté, à la p. 216 :

[TRADUCTION] Si chaque groupe de la société qui possède des intérêts communs a la possibilité d'élire son propre député, les membres de ces groupes pourraient ne pas être incités à développer la compréhension et le respect mutuels essentiels à une saine vie démocratique. Le fait de partager des représentants peut favoriser le respect mutuel, tout comme il peut étouffer la voix de ceux qui deviennent des minorités permanentes.

C. *L'application du Renvoi concernant la Saskatchewan au présent pourvoi*

Dans le présent pourvoi, notre Cour est à nouveau appelée à examiner des dispositions législatives qui affectent l'exercice des droits démocratiques sans les refuser expressément. Pour la première fois, cependant, elle doit le faire en dehors du contexte bien balisé de la délimitation des circonscriptions

privileges and obligations that parties are subject to in our electoral system.

The case raises some complex issues that are absent from the electoral boundaries context. The direct effect of regulation of political parties is felt by the parties themselves and by their candidates for elective office. In this manner, this appeal engages the second right set out in s. 3, the right to be qualified for membership in Parliament or a legislative assembly (or, more simply, the right to be a candidate). The right to vote is also at play because, as an indirect consequence of the unequal treatment of parties, their supporters are treated unequally. Since an incentive to support registered parties also penalizes supporting unregistered ones, the impugned legislation constrains voters' freedom in choosing which party to support.

The key value on which this constitutional challenge is based is not equality of voting power *per se*, but fair and even-handed treatment of the political parties that compete for votes. The questions we must resolve therefore go beyond those we have already addressed in the *Saskatchewan Reference*. Nevertheless they remain closely related. As mentioned above, the *Saskatchewan Reference* provides a template for constitutional analysis that can be applied to the issues raised by this appeal.

The *Saskatchewan Reference* stands for the proposition that adverse effects on the capacity of an individual citizen to participate are not equivalent, in and of themselves, to a denial of meaningful participation or effective representation. In order to determine whether such measures conflict with s. 3, their nature must be identified and their impact must be weighed in the full context of the political system.

Dilution of some citizens' voting power as compared to that of others clearly has an adverse effect

électorales. En l'espèce, le contexte pertinent se trouve celui de la réglementation des partis politiques et du système de privilèges et d'obligations régissant ces derniers dans notre système électoral.

L'affaire soulève des questions complexes, qui ne se posent pas dans le contexte de la délimitation des circonscriptions électorales. Les partis politiques et leurs candidats ressentent l'effet direct de la réglementation des partis. Ainsi, le présent pourvoi fait intervenir le deuxième droit énoncé à l'art. 3, soit l'éligibilité aux élections législatives fédérales ou provinciales (ou, plus simplement, le droit de se porter candidat). Le droit de vote est également en cause, puisque l'inégalité du traitement réservé aux partis politiques signifie que leurs partisans eux aussi sont indirectement traités de manière inégale. Parce qu'une mesure incitant les électeurs à appuyer les partis enregistrés décourage de ce fait l'appui aux partis non enregistrés, les dispositions législatives contestées restreignent la liberté qu'ont les électeurs de choisir à quel parti donner leur appui."

La valeur essentielle sur laquelle repose la présente contestation constitutionnelle n'est pas l'égalité du vote de chaque électeur en soi, mais plutôt le traitement égal et juste des partis politiques qui se disputent ces votes. La portée des questions que nous devons trancher dépasse donc considérablement celle des problèmes déjà examinés par notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*. Ces questions demeurent néanmoins étroitement liées. En effet, comme je l'ai mentionné plus tôt, cet arrêt fournit un modèle d'analyse constitutionnelle qui peut être appliqué aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

L'arrêt *Renvoi concernant la Saskatchewan* étaye la thèse selon laquelle la seule existence d'effets préjudiciables à la capacité d'un particulier de participer au processus démocratique ne revient pas à lui refuser la participation utile à ce processus ou la représentation effective. Pour décider si de telles mesures entrent en conflit avec l'art. 3, il faut préciser leur nature et apprécier leurs effets dans le contexte global du système politique.

La réduction du poids relatif du vote de certains citoyens par rapport au poids du vote des autres

112

113

114

115

on the capacity of the disadvantaged citizens to participate in the political process. It does not prevent them from participating altogether, but it does impose a handicap on them. It is true, as my colleague points out, that the boundary drawing discussed in the *Saskatchewan Reference* enhanced the effective representation and the participatory rights of some citizens, those who belonged to remote, geographically defined or minority communities. But this arrangement also discounted the weight of urban citizens' votes in comparison to those of rural and northern citizens, and in that sense it interfered with the capacity of urban voters to participate.

116 It may be more precise to say that the electoral boundaries in the *Saskatchewan Reference* diminished one aspect of effective representation — the representation of the urban voter as a single individual who should count equally with every other individual voter. On the other hand, because they enhanced another aspect of the effective representation of the northern voter, they resulted in more effective representation of that person as a member of a northern community. Without such measures, the northern voter's community identity would be underrepresented as compared to the city dweller's community identity, because force of numbers might drown out the interests of the numerically smaller community. Yet the two individuals would be more fairly represented, viewed as isolated individuals rather than as members of their respective communities, if their votes "counted" equally.

117 This Court recognized in the *Saskatchewan Reference* that some diminution of one aspect of effective representation (parity) can ultimately result in the provision of more effective representation. This acknowledgement suggests that effective representation is not reducible to any single value,

entraîne manifestement un effet préjudiciable sur la capacité des citoyens qui sont victimes de ce désavantage de participer au processus politique. Il ne les empêche pas entièrement d'y participer, mais il leur impose un désavantage. Il est vrai, comme le souligne mon collègue, que la délimitation des circonscriptions examinée dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* favorisait la représentation effective ainsi que les droits de participation de certains citoyens, en l'occurrence ceux habitant des collectivités situées dans des régions éloignées ou des limites géographiques précises et ceux appartenant à des collectivités minoritaires. Toutefois, ces mesures réduisaient le poids du vote des citoyens des circonscriptions urbaines par rapport à celui des électeurs des circonscriptions rurales ou nordiques et, de ce fait, portaient atteinte à la capacité des premiers de participer au processus démocratique.

Il serait en conséquence préférable de préciser que la délimitation des circonscriptions électorales en cause dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* portait atteinte à un aspect de la représentation effective — soit la représentation de l'électeur urbain considéré en tant que citoyen dont le vote est censé avoir la même importance que celui de tout autre électeur. Par contre, parce qu'elles favoriseraient un autre aspect de la représentation effective de l'électeur habitant en région nordique, cette délimitation permettait à cette personne de jouir d'une représentation plus effective en tant que membre d'une telle collectivité. En l'absence de mesures de cette nature, l'identité collective des électeurs des régions nordiques serait sous-représentée comparativement à celle des électeurs urbains, parce que la loi du nombre pourrait étouffer les intérêts de la collectivité la moins peuplée. Pourtant, considérées comme des individus plutôt que comme des membres de leur collectivité respective, ces deux personnes seraient plus équitablement représentées si le vote de chacune d'elles avait le même « poids ».

Dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, notre Cour a reconnu que l'affaiblissement d'un aspect de la représentation effective (parité) peut en définitive se traduire par une représentation plus effective. La reconnaissance de cet aspect de la question tend à indiquer que la représentation

but consists of many different components. Citizens may make political choices that represent their interests as individuals, or they may attach more importance to being represented as members of communities of interest both narrow and broad. The constitutional obligation to ensure that this complex matrix of interests is represented effectively allows for a fairly wide range of alternatives, each combining or prioritizing the various elements at play in a different way. For example, if a province were to design its electoral districts to be as close to numerical equality as practically possible, this arrangement might (depending on the particular facts and context) be just as acceptable in terms of s. 3 as an electoral map designed to enhance the voting power of minority communities.

The concept of meaningful participation, like effective representation, comprises a number of different aspects. It can be just as meaningful — sometimes, perhaps, more so — to participate as a member of a community or a group (such as a political party) as it is to participate as an individual, and enhancing opportunities for the first kind of participation almost unavoidably entails some cost in terms of purely individualistic participatory values. The design of the electoral system involves striking an appropriate balance between the many different virtues that democratic systems can possess. Such choices are based on political value judgments which are the prerogative of the legislature, to the extent that they do not result in a denial of the opportunity for meaningful participation.

In order to identify such a denial, we must look at more than just the fact that there has been an adverse impact on a particular individual's capacity to participate. We must assess the severity of the impact, and make sure there is a good reason for it — a good reason being one related to pragmatic exigencies, to the enhancement of other aspects of political participation, or to the overall provision of more effective

effective ne peut se réduire à une seule valeur, mais qu'au contraire elle se compose de différents éléments. Les citoyens peuvent faire des choix politiques qui correspondent à leurs intérêts en tant qu'individus, ou ils peuvent considérer plus important d'être représentés en tant que membres d'une communauté partageant des intérêts, communauté qui peut être étendue ou restreinte. L'obligation constitutionnelle d'assurer la représentation effective de cette complexe mosaïque d'intérêts peut être respectée au moyen d'un éventail assez large de solutions, qui organiseront chacune les divers éléments en jeu selon différentes combinaisons ou priorités. Par exemple, si une province découpait ses circonscriptions électorales pour qu'elles comptent un nombre aussi égal que possible d'électeurs, cet arrangement pourrait (selon le contexte et les faits du litige) s'avérer tout aussi acceptable au regard de l'art. 3 qu'une carte électorale conçue pour accroître le pouvoir électoral des collectivités minoritaires.

La notion de participation utile au processus démocratique, tout comme celle de représentation effective, comporte un certain nombre d'aspects. La participation en tant que membre d'une collectivité ou d'un groupe (un parti politique par exemple) peut être aussi utile — parfois même davantage peut-être — que la participation en tant qu'individu, et l'accroissement des possibilités de participation du premier type se fait presque inévitablement au détriment des valeurs liées à la participation purement individuelle. On cherche, dans la conception du système électoral, à établir un équilibre approprié entre les nombreuses vertus que peuvent posséder les régimes démocratiques. De tels choix reposent sur des jugements de valeur politiques, décisions qui sont la prerogative du législateur, dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de nier la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

Afin de déterminer s'il y a eu atteinte, il ne faut pas s'attacher au seul fait que la capacité d'une personne donnée de participer au processus électoral a subi des effets préjudiciables. Nous devons apprécier la gravité de ces effets et nous assurer qu'ils reposent sur un motif valable — c'est-à-dire lié à des exigences d'ordre pragmatique, au renforcement d'autres aspects de la participation politique

representation. The question is not whether there is any dilution at all of the individual citizen's capacity to participate, but whether there is undue dilution. Undue dilution occurs when the impugned measure, considered in context and taking into account its effect on all aspects of participation, so constricts an individual citizen's opportunity to make free choices or to compete fairly in the political process that he or she no longer has a meaningful opportunity to participate.

D. Competing Values and Proportional Analysis Within Section 3

120

I am in complete agreement with Iacobucci J. that the impugned provisions of the *Canada Elections Act* interfere with the capacity of certain citizens to participate in the electoral process. The provisions at issue in this appeal confer benefits on parties that meet specified criteria, among them the requirement that they nominate candidates in at least 50 ridings. While the primary intention may be to enhance the effectiveness of registered parties to convey their message to the electorate and to represent their supporters' views, I agree with my colleague's reasoning that an inevitable consequence is to diminish the capacity of parties that fail to meet the threshold to do the same things. As Iacobucci J. explains, the reason for this is the competitive nature of elections. A measure designed to give certain players an advantage in the game necessarily imposes a disadvantage on the others; these two propositions are two sides of the same coin.

121

But the infringement analysis should not stop here. In my view, the unequal competitive position of parties under the 50-candidate rule is analogous to the unequal voting power of voters in numerically uneven districts. Having established the existence of an adverse impact on certain participants, we must go on to examine its severity and the reason for it.

ou à l'établissement en général d'une représentation plus effective. La question n'est pas de savoir si la capacité de participation du citoyen visé a été affaiblie de quelque manière que ce soit, mais de savoir si l'affaiblissement est déraisonnable. Un affaiblissement déraisonnable survient lorsque la mesure contestée, considérée dans son contexte et compte tenu de son effet sur tous les aspects de la participation, restreint à tel point la possibilité de ce citoyen de choisir librement ou de participer à une bataille équitable dans le processus politique qu'il ne conserve plus vraiment la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

D. Valeurs opposées et analyse fondée sur la proportionnalité dans le contexte de l'art. 3

Je souscris entièrement à l'opinion du juge Iacobucci selon laquelle les dispositions contestées de la *Loi électorale du Canada* portent atteinte à la capacité de certains citoyens de participer au processus électoral. Les dispositions en cause dans le présent pourvoi accordent des avantages aux partis qui satisfont à certaines conditions, notamment l'obligation de présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales. Bien que l'intention première du législateur puisse être d'aider les partis enregistrés à communiquer efficacement leur message à l'électorat et à représenter plus efficacement les opinions de leurs partisans, j'accepte le raisonnement de mon collègue selon lequel la mesure diminue inévitablement l'aptitude des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures à atteindre ces mêmes objectifs. Comme l'explique le juge Iacobucci, cette situation s'explique par le caractère compétitif des élections. Une mesure conçue pour accorder un avantage à certains joueurs impose nécessairement un désavantage aux autres; chacune de ces deux constatations découle de l'autre.

Toutefois, l'analyse relative à la violation ne s'arrête pas là. À mon avis, l'inégalité de la position des partis dans la bataille électorale que provoque l'application du critère des 50 candidatures s'apparente à l'inégalité du pouvoir de l'électorat habitant des circonscriptions ne comptant pas le même nombre d'électeurs. Après avoir établi

All the relevant contextual factors must be taken into account in the determination of whether meaningful participation has been denied.

A full and nuanced inquiry into the meaning of s. 3 and the scope of the protection it provides must, in my opinion, proceed along these lines. With due consideration given to the various competing values within s. 3, the impugned measure should be carefully examined to ascertain whether the balance struck by the state in the particular case is consistent with s. 3 and with the concepts of meaningful participation and effective representation.

Such an inquiry naturally takes the form of a proportionality analysis; it involves identifying how the measure diminishes one or more aspects of participation in the democratic process, and weighing that detrimental effect against its benefits as a means of enhancing other aspects of participation. Because the form of this analysis resembles the framework used in connection with s. 1, it becomes necessary to respond to the assertion (at para. 31 of the majority opinion) that it is inappropriate to balance collective interests against individual rights in identifying an infringement of s. 3.

I agree that any balancing of collective interests against the rights protected by s. 3 should be confined to s. 1, but some form of balancing of competing values, or of proportional assessment, remains appropriate, at this stage of the inquiry into the nature of the protected rights, in defining what those rights are. This step in the analysis is prior to concluding that the individual rights enshrined in s. 3 have been violated. It is only after that question has been answered that the question of balancing collective interests against s. 3 rights arises.

l'existence d'effets préjudiciables à certains participants, nous devons donc maintenant nous interroger sur leur gravité et leur raison d'être. Tous les facteurs contextuels pertinents doivent être pris en compte pour déterminer si on empêche l'intéressé de participer utilement au processus électoral.

Voici comment j'estime qu'il convient d'effectuer l'analyse complète et nuancée du sens de l'art. 3 et de l'étendue de la protection qu'il garantit. Après avoir dûment tenu compte des diverses valeurs opposées qu'englobe l'art. 3, il faut examiner soigneusement la mesure contestée et se demander si l'équilibre établi par l'État dans le cas en question respecte l'art. 3 et les notions de participation utile au processus électoral et de représentation effective.

Un tel examen prend naturellement la forme d'une analyse de la proportionnalité, qui consiste à découvrir comment la mesure affaiblit un ou plusieurs aspects de la participation au processus démocratique, et à soupeser cet effet préjudiciable de la mesure et ses effets bénéfiques en tant que moyen de renforcer d'autres aspects de la participation au processus électoral. Comme la forme de cette analyse ressemble à celle utilisée pour l'article premier, il s'avère nécessaire de répondre à l'affirmation (figurant au par. 31 de l'opinion majoritaire) selon laquelle il n'est pas indiqué de mettre en balance des intérêts collectifs et des droits individuels pour déterminer s'il y a violation de l'art. 3.

Je reconnais que la mise en balance d'intérêts collectifs et de droits garantis par l'art. 3 devrait se faire uniquement dans l'analyse fondée sur l'article premier, mais une certaine forme de mise en équilibre des valeurs opposées ou d'appréciation de la proportionnalité demeure appropriée pour définir ces droits, à ce stade-ci de l'analyse de la nature des droits garantis. Cette étape de l'analyse précède toute conclusion quant à l'existence d'une violation des droits individuels garantis par l'art. 3. C'est seulement après que cette question a été tranchée que se pose celle de la mise en balance des intérêts collectifs et des droits garantis par l'art. 3.

122

123

124

125

The reasons of my colleague reject the proposition that values other than the purely individual are relevant in determining the scope of s. 3. It must be acknowledged that this position appears, at first, to be supported by previous pronouncements of this Court, but a closer analysis of the jurisprudence of our Court will lead to a different conclusion. In *Sauvé*, *supra*, the Chief Justice rejected the government's argument that legislation depriving federal prisoners of the right to vote could be consistent with s. 3, concluding, at para. 11, that "s. 3 must be construed as it reads, and its ambit should not be limited by countervailing collective concerns". In *Harvey*, *supra*, the government argued that a law disqualifying persons who had been convicted of offences involving corrupt practices from voting or being a member of the provincial legislature was consistent with limitations inherent to s. 3 itself, because the legislation helped to ensure the integrity of the political process and thus contributed to effective representation. Although La Forest J., writing for a majority of the Court, described these arguments as initially appearing persuasive, he rejected the government's position, both because it contradicted the clear language of s. 3 and because to accept it "would be to remove the balancing of interests from s. 1 and incorporate it in s. 3 of the *Charter*" (*Harvey*, at para. 29).

126

But *Sauvé* and *Harvey* can be distinguished from this case because they dealt with outright exclusion of certain citizens from voting or being candidates for election. Indeed, in *Harvey*, at para. 25, La Forest J. referred to the "contrast" between this Court's approach in the *Saskatchewan Reference* and its approach to "particular statutory disqualifications of voters". *Sauvé* and *Harvey* were cases in the latter group. This case is not. Government actions that affect the conditions under which citizens vote or run for election engage s. 3 without directly clashing with its plain language, as literal prohibitions do, and they call for a different kind of analysis. Ascertaining whether the right has been infringed requires us to acknowledge the need for an appropriate compromise between the competing

Dans ses motifs, mon collègue rejette la thèse de la pertinence des valeurs autres que purement individualistes pour déterminer la portée de l'art. 3. Il faut admettre que, à prime abord, cette position semble être appuyée par certains énoncés antérieurs de notre Cour, mais une analyse plus approfondie de la jurisprudence de notre Cour conduit à une conclusion différente. Dans l'arrêt *Sauvé*, précité, la Juge en chef a rejeté l'argument du gouvernement voulant qu'une loi qui prive des prisonniers fédéraux du droit de vote puisse être compatible avec l'art. 3, et elle a jugé, au par. 11, que « l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés ». Dans l'arrêt *Harvey*, précité, le gouvernement avait plaidé qu'une loi rendant inhabiles à voter ou à occuper la charge de député provincial les personnes déclarées coupables d'infractions liées à des manœuvres frauduleuses restait compatible avec les limites inhérentes à l'art. 3, parce que cette législation contribuait à garantir l'intégrité du processus électoral, jouant ainsi un rôle dans l'établissement d'une représentation effective. Bien que le juge La Forest (qui s'exprimait pour la majorité) ait qualifié ces arguments de convaincants au premier abord, il a rejeté la thèse du gouvernement parce qu'elle contredisait le texte clair de l'art. 3 et parce que l'accepter « reviendrait à retrancher de l'article premier la pondération des intérêts, pour ensuite l'incorporer à l'art. 3 de la *Charte* » (*Harvey*, par. 29).

Toutefois, les arrêts *Sauvé* et *Harvey* se distinguent de l'espèce parce qu'ils portaient sur des dispositions qui retiraient totalement à certains citoyens le droit de voter ou de se porter candidats à des élections. De fait, au par. 25 de l'arrêt *Harvey*, le juge La Forest a indiqué que la méthode utilisée par notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* était « à l'opposé » de celle qu'elle avait appliquée dans les affaires concernant « certaines inhabilités légales frappant les électeurs ». Les arrêts *Sauvé* et *Harvey* appartenaient à ce dernier groupe, mais la présente affaire n'en fait pas partie. Des mesures gouvernementales qui influent sur les conditions dans lesquelles les citoyens votent ou se portent candidat à une élection font intervenir l'art. 3 sans aller directement à l'encontre de ses termes

forces that together define meaningful participation.

It is not unusual for such balancing to take place in defining the ambit of a *Charter* right. This kind of analysis has become familiar in connection with certain *Charter* rights — particularly those described by Professor Hogg as “qualified rights”, rights that “are by their own terms qualified by notions of reasonableness or regularity” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (student ed. 2002), at p. 804).

Section 7 of the *Charter*, for example, provides that the interests it protects can be limited by state action that conforms to principles of fundamental justice. The phrase “the principles of fundamental justice” invokes competing principles that exist, in the words of Iacobucci J., in “dynamic tension” with each other (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 108). If a law is found to conflict with one of the principles of fundamental justice, the next step in the analysis is to identify any other, opposed principles that are enhanced by the law, and to consider the interplay between the various principles holistically in order to reach a final conclusion on whether the law is or is not consistent with s. 7.

Similarly, s. 8 protects the right to be free from “unreasonable” search and seizure. In working out what is “reasonable” in this context, courts customarily balance the individual’s interest in being let alone against the government’s interest in investigation and law enforcement (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60). McLachlin J. and Iacobucci J., in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 86, noted that “the

clairs, comme le font les interdictions expresses. À ce titre, ces mesures commandent donc un autre genre d’analyse. Avant de décider si une violation du droit protégé a été commise, il nous faut reconnaître la nécessité d’établir un compromis adéquat entre les diverses forces opposées qui, ensemble, caractérisent la participation utile au processus démocratique.

Une telle mise en équilibre pour définir la portée d’un droit garanti par la *Charte* ne présente rien d’inhabituel. Ce genre d’analyse est devenue courante dans les affaires portant sur certains droits garantis par la *Charte* — particulièrement ceux que le professeur Hogg qualifie de [TRADUCTION] « droits relatifs », c’est-à-dire des droits qui [TRADUCTION] « suivant leur libellé même, sont restreints par des notions tels le caractère raisonnable ou la régularité » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 804).

L’article 7 de la *Charte*, par exemple, précise que les droits qui y sont garantis peuvent être limités par une mesure étatique conforme aux principes de justice fondamentale. L’expression « les principes de justice fondamentale » fait intervenir des principes opposés qui, pour reprendre les termes utilisés par le juge Iacobucci, existent en « tension dynamique » les uns avec les autres (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 108). Si l’on conclut qu’une mesure législative entre en conflit avec l’un des principes de justice fondamentale, l’étape suivante de l’analyse consiste à se demander si cette mesure renforce quelque autre principe opposé et à considérer globalement l’interaction des différents principes pour décider, en bout de ligne, si la mesure législative respecte ou non l’art. 7.

De même, l’article 8 garantit le droit d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies « abusives ». Pour déterminer ce qui est « raisonnable » dans ce contexte, les tribunaux mettent habituellement en balance le droit d’une personne de ne pas être importunée et l’intérêt du gouvernement à enquêter sur les crimes et à appliquer la loi (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160). Dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S.

127

128

129

appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions”.

130 The content and scope of every *Charter* right, even when the text of the right in question does not include limiting words such as “reasonable”, is determined with reference to its purpose. A right’s purpose may be connected not only to purely individual interests but also to communitarian or group concerns. For example, the right to freedom of association protected by s. 2(d) of the *Charter* is defined “primarily as an instrument of self-fulfilment and realization of the individual” (*R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, at para. 170), but this Court has also recognized its social and collective dimension by identifying its purpose as being “to protect the collective pursuit of common goals” (*Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 252). And the right to equality protected by s. 15 of the *Charter* is expressly an individual right, but the concept of freedom from discrimination is related (as the grounds of discrimination listed in s. 15(1) demonstrate) to the individual’s membership in certain social groups and to the relationships between minority groups and Canadian society.

131 The jurisprudence I have referred to provides insights which are highly relevant to s. 3. Section 3 is not a “qualified” right as far as literal prohibitions on voting or running for office are concerned. But when we are dealing with the additional protections that must implicitly be included if the literal language of the section is to be given full effect, the situation changes. We identify this implicit content with qualified phrases: “effective representation” and “meaningful participation”. Section 3 ensures that voters are “reasonably informed of all the possible choices” and that parties and candidates

668, la juge McLachlin et le juge Iacobucci ont souligné, au par. 86, que « [l]e caractère approprié de l’évaluation dépend [. . .] de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu’ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques ».

Le contenu et la portée de tout droit garanti par la *Charte*, même lorsque le texte du droit en question ne comprend pas de termes restrictifs tel le mot « raisonnable », sont déterminés par rapport à l’objet du droit en question. L’objet d’un droit peut non seulement se relier à des intérêts purement individualistes mais également à des préoccupations que partagent les membres d’une collectivité ou d’un groupe. Par exemple, on définit le droit à la liberté d’association garanti par l’al. 2d) de la *Charte* « essentiellement [comme] un outil d’accomplissement personnel et de réalisation de l’individu » (*R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 170). Toutefois, notre Cour a également reconnu les dimensions sociale et collective de ce droit en précisant qu’il avait pour but de « protéger la poursuite collective d’objectifs communs » (*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 252). Par ailleurs, le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte* est défini expressément comme un droit individuel, mais la notion de protection contre la discrimination demeure fonction (comme le démontrent les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1)) de l’appartenance de l’individu à certains groupes sociaux et aux liens qui existent entre les groupes minoritaires et la société canadienne.

Les arrêts dont j’ai fait état fournissent des enseignements fort pertinents en ce qui concerne l’art. 3. Cet article ne crée pas un droit « relatif » au sens où il comporterait des interdictions expresses de voter ou de se présenter comme candidat à une élection. Toutefois, si l’on tient compte des garanties additionnelles qui sont nécessairement incluses de façon implicite pour que le texte même de la disposition puisse produire son plein effet, la situation est différente. Nous désignons ce contenu implicite à l’aide des expressions restrictives suivantes : « représentation effective » et

have “a reasonable opportunity to present their positions” (*Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 47 (emphasis added)). At its heart is “the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives” (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1031 (emphasis added)). The fact that our Court routinely uses such modifying language in describing the scope of s. 3 indicates that the analysis appropriate for the expressly “qualified” rights also applies here, except when literal disqualifications are at issue.

To determine whether s. 3 has been infringed in a given case, we must be attentive to the fact that representation has different aspects and that some of its aspects are not easily reconciled. Iacobucci J.’s phrase “dynamic tension” is as apt in this context as it is in connection with s. 7. And in s. 3, as in s. 8 of the *Charter*, the analysis is undertaken with awareness of our legal and political traditions.

Furthermore, s. 3, like s. 2(d) and s. 15, while it is ultimately a right of each individual citizen, cannot be understood without reference to its social and systemic context. The rights to vote and to be a candidate do not fit the classic model of a negative individual right to be free from government interference. Citizens cannot exercise s. 3 rights on their own, without the state’s involvement. Rather, s. 3 imposes a positive obligation on the government to set up an electoral system which, in turn, provides for democratic government in accordance with the choices of Canadian voters. Measuring the system against the constitutional ideals of effective representation and meaningful participation requires assessing how well it represents both Canadian society as a whole, and the groups that make up our social fabric. Evaluating the fairness of the system involves looking at how each citizen fares in relation to others. Section 3 rights are individual rights, but

« participation utile ». L’article 3 assure que les électeurs sont « raisonnablement informés de tous les choix possibles » et que les candidats bénéficient d’« une possibilité raisonnable [. . .] d’exposer leur position » (*Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 47 (je souligne)). « [L]e droit de jouer un rôle important dans l’élection de députés » est un aspect central de l’art. 3 (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1031 (je souligne)). L’utilisation régulière de termes restrictifs par notre Cour pour décrire la portée de l’art. 3 confirme que l’analyse applicable à l’égard des droits explicitement « relatifs » s’applique également en l’espèce, sauf lorsque des inhabilités expresses sont en cause.

Pour déterminer s’il y a eu violation de l’art. 3 dans une situation donnée, il faut se rappeler que la notion de représentation comporte différents aspects et que certains de ceux-ci ne se concilient pas facilement. L’expression « tension dynamique » utilisée par le juge Iacobucci s’applique avec autant de justesse dans le présent contexte qu’à l’égard de l’art. 7. De plus, tout comme pour l’analyse fondée sur l’art. 8 de la *Charte*, l’analyse fondée sur l’art. 3 s’effectue en toute conscience de nos traditions juridiques et politiques.

En outre, bien que, à l’instar de l’al. 2d) et l’art. 15, l’art. 3 crée en définitive un droit appartenant à chaque citoyen individuellement, il est impossible d’appréhender le sens de cette disposition sans se référer à son contexte social et systémique. Le droit de voter et celui de briguer les suffrages des électeurs ne correspondent pas au modèle classique du droit individuel négatif de ne pas être importuné par le gouvernement. Les citoyens ne sauraient exercer par eux-mêmes les droits garantis par l’art. 3 sans intervention de l’État. L’article 3 impose plutôt à l’État l’obligation positive d’instaurer un système électoral qui, à son tour, assure l’existence d’un gouvernement démocratique correspondant aux choix des électeurs canadiens. L’appréciation de ce système au regard des idéaux constitutionnels de représentation effective et de participation utile au processus démocratique exige qu’on se demande dans quelle mesure il sert adéquatement la société canadienne dans son ensemble et les groupes qui

132

133

their meaning is determined by their social and relational context.

134

Having determined that a legislative measure constrains the capacity of certain individuals to participate in the democratic process, we must then go on to examine whether as a result the electoral system fails to meet the constitutional standard of providing effective representation and meaningful participation, bearing in mind the countervailing values, including social and collective values, that are comprised within those phrases. I suggest that this inquiry must take the form of a proportionality analysis. I would not equate such an analysis with the balancing of collective interests and individual rights which should take place under s. 1. Rather, I would reiterate my view that the individual right to meaningful participation has many aspects, or comprises many competing principles. When a government measure exacts a cost in terms of one of those principles, its consistency with s. 3 depends on whether there are corresponding benefits related to other democratic values and whether, when costs and benefits are considered together, the end result is or is not a deprivation of meaningful participation.

135

For the reasons stated by Iacobucci J., I agree that the provisions at issue in this appeal do interfere with the capacity of some individual citizens to participate. The next step is to ask whether the legislation enhances any of the competing values which contribute to meaningful participation and effective representation.

E. The Democratic Values Furthered by the Legislation

136

Reserving certain privileges for parties that nominate 50 or more candidates in an election, generally speaking, gives an advantage in electoral

formont notre tissu social. Pour évaluer le caractère équitable du système, on doit alors comparer la situation du citoyen concerné à celle des autres. Les droits garantis par l'art. 3 conservent certes un caractère individuel effectif, mais leur portée est fonction de leur contexte social et relationnel.

Après avoir conclu que les dispositions législatives contestées réduisent la capacité de certaines personnes de participer au processus démocratique, il faut ensuite rechercher si, en conséquence, le système électoral viole la norme constitutionnelle garantissant la représentation effective et la participation utile, et ce au regard toujours des valeurs opposées — y compris les valeurs sociales et collectives — que comportent ces deux notions. Cet examen doit prendre la forme d'une analyse de la proportionnalité, mais je ne l'assimile pas à la mise en balance des intérêts collectifs et des droits individuels effectuée pour l'application de l'article premier. Au contraire, je suis d'avis que le droit individuel de participer utilement au processus démocratique comporte plusieurs aspects, ou plusieurs principes opposés. Lorsqu'une mesure gouvernementale porte atteinte à l'un de ces principes, la compatibilité de cette mesure avec l'art. 3 dépend de la réponse à la question de savoir si elle produit des avantages correspondants liés à d'autres valeurs démocratiques et si, une fois ces avantages et ces désavantages considérés globalement, cette mesure se traduit en définitive par une privation du droit de participer utilement au processus démocratique.

Pour les motifs exposés par le juge Iacobucci, je reconnais comme lui que les dispositions en litige dans le présent pourvoi portent atteinte à la capacité de certains citoyens de participer au processus démocratique. L'étape suivante consiste à se demander si ces dispositions renforcent l'une ou l'autre des valeurs opposées qui contribuent à favoriser la participation utile au processus démocratique et la représentation effective.

E. Les valeurs démocratiques renforcées par les dispositions législatives

De façon générale, on doit admettre que le fait de réserver certains privilèges aux partis qui présentent au moins 50 candidats dans une élection confère un

competition to larger parties with a broader geographical base. While the adverse consequences to smaller parties and parties whose support is concentrated in relatively few ridings, and the costs in terms of fairness to their candidates and supporters must be acknowledged, nevertheless, the favourable treatment of more broadly based parties does further an aspect of effective representation that can validly be weighed in the balance against the value of individual participation.

The 50-candidate rule tends to channel voter support towards parties that engage in internal compromise and consensus building so as to emerge as mainstream, broadly based political movements. I would identify the value enhanced by this measure as the aggregation of political preferences, or the promotion of cohesion over fragmentation. The Alberta Court of Appeal alluded to this aspect of democratic representations in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 216, when it spoke of “shared representation” as encouraging “the mutual understanding and respect that is essential to a healthy democratic life”. This value is closely connected, in the context of this appeal, to the role of political parties in the Canadian electoral system.

F. *The Value of the Party System*

Political parties are key institutions in the Canadian system of representative and responsible government — that is, government where laws are made by elected representatives of the people and where the executive is responsible to the legislature and enjoys the confidence of a majority of its members.

The Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the “Lortie Commission”) observed in its 1991 Report (*Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1) that political parties have played a prominent role in Canadian politics since the struggle to attain responsible

avantage dans la course électorale aux grands partis politiques disposant d’appuis plus larges sur le plan géographique. Sans pouvoir passer sous silence les conséquences préjudiciables de ce traitement favorable pour les petits partis et pour les partis dont l’appui est concentré dans un nombre relativement restreint de circonscriptions, ainsi que le caractère inéquitable de telles mesures à l’égard des candidats de ces partis et pour leurs partisans, ce traitement favorable renforce toutefois un aspect de la représentation effective que l’on peut valablement mettre en équilibre avec la valeur que constitue la participation individuelle.

En effet, la règle des 50 candidatures tend à canaliser l’appui des électeurs vers les partis qui s’efforcent d’établir en leur sein des compromis et consensus pour devenir des mouvements politiques traditionnels jouissant de larges appuis. Je décrirais la valeur renforcée par cette mesure comme étant l’agrégation de préférences politiques, ou la recherche de la cohésion par rapport à la fragmentation. La Cour d’appel de l’Alberta a fait allusion à cet aspect des modèles de représentation démocratique dans le *Renvoi concernant l’Alberta*, précité, lorsqu’elle a écrit que [TRADUCTION] « [l]e fait de partager des représentants » favorisait « la compréhension et le respect mutuels essentiels à une saine vie démocratique » (p. 216). Dans le contexte du présent pourvoi, cette valeur est intimement liée au rôle que jouent les partis politiques dans le système électoral canadien.

F. *La valeur du système de partis politiques*

Les partis politiques forment des institutions fondamentales du système canadien de gouvernement représentatif et responsable — c’est-à-dire un gouvernement où les lois sont adoptées par les représentants élus par le peuple et où l’exécutif est responsable devant l’assemblée législative et jouit de la confiance de la majorité des députés.

Dans le rapport qu’elle a publié en 1991 (*Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final*, vol. 1), la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie ») a souligné que les partis politiques jouent un rôle de premier plan dans la politique canadienne

137

138

139

government in Canada in the first half of the nineteenth century, becoming deeply rooted in Canadian society — in contrast to their British counterparts, which at that time were primarily parliamentary factions. By Confederation, parties had become “an essential component of the effective operation of responsible government and the central focus for the mobilization and participation of citizens in political life” (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 211).

140

As my colleague notes at para. 39 of his reasons, parties enhance representation by making the political participation of individuals more effective than it would be if those individuals acted alone, without the coordination, structure and cooperation that the party system provides. Parties keep voters informed of important issues and provide them with meaningful electoral choices.

141

Canada’s form of responsible government also reflects the central role of political parties. The Constitution gives the Governor General the formal power of selecting the Prime Minister and Cabinet, but by convention she invariably appoints the leader of the party that has won the majority of seats in Parliament (assuming that there is one) as Prime Minister, and follows his recommendations in appointing the other ministers (see Hogg, *supra*, at p. 255; H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 374-79). The Lortie Commission commented on the party system as a foundation of responsible government, noting that the fundamental constitutional characteristics of our system “assume a structure of political representation in Parliament that makes it possible to form a government and hold it responsible to elected members”, and that parties, by structuring electoral choice, help to enable voters to determine who forms the government (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 209).

depuis la lutte livrée durant la première moitié du 19^e siècle pour l’instauration d’un système de gouvernement responsable au Canada, et qu’ils sont devenus solidement enracinés dans la société canadienne — contrairement à leurs homologues britanniques qui, à l’époque, constituaient principalement des factions parlementaires. Au moment de la Confédération, les partis étaient devenus « essentiels au fonctionnement efficace d’un gouvernement responsable et considérés comme le pivot de la mobilisation et de la participation des citoyens à la vie politique » (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 220).

Comme mon collègue le fait remarquer au par. 39, l’existence des partis politiques renforce la représentation en permettant aux citoyens de participer à la vie politique d’une manière plus efficace que s’ils agissaient seuls, sans les bénéfices qu’offre le système des partis politiques sur les plans de la coordination, de la structure et de la coopération. Les partis renseignent les électeurs sur les questions importantes et leur offrent des choix électoraux concrets.

La forme de gouvernement responsable qui existe au Canada reflète également le rôle central que jouent les partis politiques. La Constitution confie formellement au gouverneur général le pouvoir de désigner le premier ministre et le cabinet mais, par convention, il nomme invariablement le chef du parti qui a obtenu la majorité des sièges au Parlement (en supposant qu’un parti ait effectivement obtenu la majorité) au poste de premier ministre et, suivant les recommandations de ce dernier, il nomme les autres ministres (voir Hogg, *op. cit.*, p. 255; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 374-379). La Commission Lortie a qualifié le système des partis politiques de fondement du régime de gouvernement responsable, en soulignant qu’il se caractérise « par la représentation parlementaire, qui autorise la formation d’un gouvernement directement responsable devant les élus et élues », et que, en structurant les choix électoraux, les partis offrent à la population la possibilité de décider qui formera le gouvernement (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 217).

The Lortie Commission devoted an entire chapter of its 1991 Report to a discussion of the function of political parties. The title of that chapter, "Political Parties as Primary Political Organizations", sums up the Commission's view of the crucial role played by political parties in our democratic system. The Commission described parties as "best suited to performing a host of activities essential to representative democracy" (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 207). It identified three key functions of political parties: structuring electoral choice so as to make the vote meaningful; providing mechanisms for political participation, thus enhancing democratic self-government; and organizing elected representation in Parliament, thus contributing to the effective operation of responsible government (vol. 1, at p. 209).

Parties are such important actors in our political system that, although they are private and voluntary organizations, they also possess some of the characteristics of a public institution. It is therefore to be expected that the identification and regulation of parties should have become one of the functions of Canadian elections law; indeed, it is rather surprising that the existence of political parties was not recognized at all in federal election legislation until 1970. The formal recognition of parties in the *Canada Elections Act* came about in response to the recommendations of the Committee on Election Expenses (the "Barbeau Committee") in its Report issued in 1966 (*Report of the Committee on Election Expenses*).

As the Barbeau Committee noted, before the amendments to the *Canada Elections Act*, only the fundraising and spending of individual candidates were regulated, although parties played a very significant role in organizing political financing. This meant that election financing remained in effect virtually unregulated. The Committee saw the lack of effective public control over political financing as posing a serious threat to the proper functioning of

Dans son rapport publié en 1991, la Commission Lortie a consacré un chapitre complet à l'étude du rôle des partis politiques. Le titre de ce chapitre, « La primauté des partis dans le système politique canadien », résume bien le point de vue de la Commission sur le rôle crucial que jouent les partis politiques dans notre système démocratique. D'affirmer la Commission, les « rôles multiples et essentiels que remplissent les partis dans le fonctionnement de la démocratie justifient leur primauté au sein de notre système politique » (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 215). Celle-ci a mentionné trois rôles essentiels que jouent les partis politiques : structurer les choix électoraux de manière à donner un sens au vote; offrir à la population des mécanismes qui lui assurent une participation politique accrue; organiser le travail des élus et élues au Parlement et contribuer ainsi à l'efficacité de notre régime de gouvernement responsable (vol. 1, p. 217).

Les partis sont devenus des acteurs tellement importants dans notre système politique que, bien qu'ils demeurent des organisations privées auxquelles les citoyens sont libres d'adhérer, ils ont acquis également certaines caractéristiques propres aux institutions publiques. Il était donc prévisible que l'identification et la réglementation des partis deviennent des fonctions relevant du droit électoral canadien; d'ailleurs, il est plutôt étonnant que l'existence des partis politiques n'ait pas été reconnue dans la législation électorale fédérale avant 1970. La reconnaissance formelle des partis dans la *Loi électorale du Canada* est survenue à la suite des recommandations formulées par le Comité des dépenses électorales (le « Comité Barbeau ») dans le rapport qu'il a publié en 1966 (*Rapport du Comité des dépenses électorales*).

Comme l'a souligné le Comité Barbeau, seules les levées de fonds et les dépenses des candidats étaient réglementées avant les modifications apportées à la *Loi électorale du Canada*, et ce même si les partis jouaient un rôle très important dans l'organisation du financement politique. En d'autres mots, le financement des élections demeurait dans les faits virtuellement non réglementé. Le Comité considérait que l'absence d'encadrement effectif,

142

143

144

the democratic system. It created opportunities for corruption and made it less likely that parties and legislators would act in conformity with the public interest.

145 Part of the Barbeau Committee's proposed solution to these problems was the creation of a formal registry of political parties. Registered parties would be held accountable for their actions, and in particular for disclosing the sources of their funding and how it was spent. To minimize the distorting effect of large private contributions, the Committee recommended public subsidies for basic campaign expenses. It also proposed the use of tax incentives for individual contributions to political parties so as to increase public participation by broadening the base of political contributions. The Committee recommended that candidates' affiliations to registered political parties appear on the ballot, thus providing voters with more complete information about the candidates. These benefits were to be made available only to parties that complied fully with registration requirements (see *Report of the Committee on Election Expenses*, at pp. 37-48). Many of the Barbeau Committee's recommendations were adopted in major amendments to the *Canada Elections Act* in 1970 and 1974.

146 Fielding at least 50 candidates in an election, as one of the requirements for party registration, is part of the framework for the recognition and regulation of political parties that was set up in response to the Barbeau Committee's proposals. The overall scheme of which it is a part has improved our electoral system and furthers the important democratic values of accountability, political communication, and grassroots participation. While the impugned provision cannot, of course, borrow its constitutional validity from the surrounding provisions of the *Canada Elections Act*, it should not be divorced

par l'État, du financement des partis politiques menaçait sérieusement la bonne marche du système démocratique. Cette situation créait des occasions de corruption et augmentait le risque que les partis et les législateurs n'agissent pas en conformité avec l'intérêt public.

Une partie de la solution que proposait le Comité Barbeau pour résoudre ces problèmes consistait à créer un registre officiel des partis politiques. Les partis enregistrés seraient tenus de rendre compte de leurs activités, plus précisément de divulguer l'origine de leurs fonds et la manière dont ceux-ci sont dépensés. Afin de réduire la portée des distorsions créées par d'importantes contributions émanant de sources privées, le Comité recommandait l'octroi de subventions publiques pour aider au paiement des dépenses de base de la campagne électorale. Il proposait également d'accorder des incitations fiscales pour les contributions individuelles versées aux partis politiques, afin d'augmenter la participation du public en multipliant les sources des contributions politiques. Le Comité suggérait aussi que l'appartenance des candidats aux partis politiques enregistrés figure sur le bulletin de vote, mesure qui fournirait aux électeurs des renseignements plus complets sur les candidats. Ces avantages ne seraient offerts qu'aux partis respectant entièrement les conditions d'enregistrement (voir *Rapport du Comité des dépenses électorales*, p. 39-51). Bon nombre des recommandations formulées par le Comité Barbeau ont été adoptées à l'occasion d'importantes modifications apportées à la *Loi électorale du Canada* en 1970 et 1974.

La présentation d'au moins 50 candidats dans une élection, qui constitue l'une des conditions d'enregistrement d'un parti, fait partie du cadre de reconnaissance et de réglementation des partis politiques qui a été mis en place par suite des propositions du Comité Barbeau. Le régime général dans lequel s'inscrit cette condition a amélioré notre système électoral et renforce les importantes valeurs démocratiques que sont l'obligation de rendre compte, la communication politique et la participation populaire. Quoique les dispositions législatives contestées ne puissent, évidemment,

from its context for the purposes of constitutional scrutiny.

G. *Competing in a Relatively High Number of Ridings as a Criterion for Registration*

Legal recognition of parties necessitates legal definition of what a party is. The criteria for registration in the *Canada Elections Act* are designed to ensure both that parties live up to their obligation to account for their income and expenditures, and also, perhaps more controversially, that the benefits of registered party status are reserved for those organizations that genuinely fulfil the functions of political parties in our electoral system. It is in this light that the requirement of nominating 50 candidates must be viewed.

Two main functions of political parties can be identified: affecting the development of policy by publicizing ideas and influencing the political agenda; and competing in elections to gain a position in the legislature. These functions are often intertwined, but it is really the second that marks out a political party as a party in distinction to other participants in political debate. As the Lortie Commission noted, the first function is shared by interest groups — organizations which communicate ideas to the public, and seek to shape the political agenda and influence government policy, often focussing on a single issue or cluster of issues, but do not compete for elected office (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at pp. 222-23). The registration system and the public policy objectives it promotes are related to the role of parties as competitors in elections. Indeed, many of the benefits of registration are virtually meaningless outside the context of electoral competition — although some, such as tax credits to contributors, could be attractive to groups that do not seriously intend to compete in elections. Making them available to such groups as well as genuine

tirer leur validité constitutionnelle des dispositions connexes de la *Loi électorale du Canada*, elles ne peuvent être dissociées de leur contexte dans le cadre de l'examen de leur constitutionnalité.

G. *La présentation de candidats dans un nombre relativement élevé de circonscriptions comme condition d'enregistrement*

L'établissement d'une procédure de reconnaissance légale d'un parti exige de définir juridiquement en quoi consiste un parti. Les conditions d'enregistrement prévues par la *Loi électorale du Canada* visent à faire en sorte que les partis respectent l'obligation qui leur incombe de rendre compte de leurs revenus et dépenses, et aussi, objectif peut-être plus controversé, à faire en sorte que les avantages accordés aux partis enregistrés soient réservés aux organisations qui s'acquittent réellement des fonctions des partis politiques dans notre système électoral. C'est sous cet éclairage que l'obligation de présenter 50 candidats doit être considérée.

Deux fonctions principales peuvent être attribuées aux partis politiques : influencer sur l'élaboration des politiques en lançant des idées et en influençant les programmes politiques; participer aux élections afin d'obtenir une place au sein du Parlement ou de l'assemblée législative. Ces fonctions sont souvent interreliées, mais c'est davantage la deuxième qui distingue les partis politiques des autres participants au débat politique. En effet, comme l'a souligné la Commission Lortie, les partis politiques partagent la première fonction avec les groupes d'intérêts — organisations qui communiquent des idées à la population et cherchent à orienter les programmes politiques et à influencer les politiques gouvernementales, souvent à l'égard d'une seule question ou d'un ensemble de questions, mais qui ne briguent pas les suffrages des électeurs (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 230-231). Le régime d'enregistrement et les objectifs d'intérêt public que soutient celui-ci sont liés au rôle que jouent les partis en tant que participants aux élections. De fait, bon nombre des avantages découlant de l'enregistrement ne présentent pratiquement aucun intérêt en dehors du contexte électoral, bien que certains — par exemple les crédits d'impôt accordés aux donateurs —

147

148

parties could undermine the purposes of the registration scheme.

149

For these reasons, in my opinion, a requirement of nominating at least one candidate, and perhaps more, in order to qualify for registration as a party would not raise any serious constitutional concerns. Official recognition of parties could hardly work without such a requirement. Nominating candidates and competing in the electoral process is fundamental to the nature of parties as opposed to other kinds of political associations, such as interest groups.

150

But although the objectives referred to by the Barbeau Committee provide the beginning of an explanation of the 50-candidate rule, they are not enough to explain fully why parties should be required to nominate candidates in a fairly large number of constituencies. Undoubtedly, this rule shuts out some parties which are genuine competitors in the electoral process (and not mere interest groups), but which for valid strategic reasons decide to concentrate their campaign resources in a small number of ridings. In other words, it would be possible to achieve the enhancement of democratic values that the Barbeau Committee saw in a system of party registration, without making the nomination of so large a number as 50 candidates a prerequisite for recognition as a party. The question, then, is whether this particular feature of the regime can be said to enhance effective representation in some way. To answer this question, I return to the value referred to earlier, that of aggregating political preferences.

151

Requiring that registered parties be committed to electoral competition in a fairly high number of ridings tends to tilt the system in favour of larger

pourraient attirer des groupes qui n'entendent pas rivaliser sérieusement avec les autres participants aux élections. L'octroi de ces avantages à de tels groupes, en plus de les accorder aux véritables partis politiques, risque de compromettre la réalisation des objectifs du régime d'enregistrement.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'obligation de présenter au moins un candidat, et peut-être davantage, pour satisfaire aux conditions d'enregistrement imposées aux partis politiques ne soulève pas de graves inquiétudes sur le plan constitutionnel. La reconnaissance officielle des partis pourrait difficilement être efficace sans cette obligation. La présentation de candidats et la participation à la course électorale constituent des aspects fondamentaux de la vie des partis politiques tenant à leur nature même, par comparaison aux autres types d'associations politiques, les groupes d'intérêts par exemple.

Toutefois, même si les objectifs mentionnés par le Comité Barbeau offrent un début d'explication de la règle des 50 candidatures, ils n'indiquent pas complètement pourquoi les partis devraient être tenus de présenter des candidats dans un nombre relativement élevé de circonscriptions. Il est certain que cette règle exclut certains partis qui participent réellement au processus électoral (et ne sont pas de simples groupes d'intérêts), mais qui, pour des raisons stratégiques valables, décident de concentrer les ressources dont ils disposent pour leur campagne dans un nombre restreint de circonscriptions. En d'autres termes, il serait possible de renforcer les valeurs démocratiques que le Comité Barbeau a jugé importantes dans un régime d'enregistrement des partis politiques, sans pour autant faire de la présentation d'un nombre de candidats aussi élevé que 50 un préalable à la reconnaissance d'un parti. Se pose donc la question de savoir s'il est possible d'affirmer que cet aspect particulier du régime renforce la représentation effective d'une quelconque manière. Pour répondre à cette question, je reviens à la valeur mentionnée précédemment : l'agrégation des préférences politiques.

Exiger que les partis enregistrés participent à la course électorale dans un nombre relativement élevé de circonscriptions tend à faire en sorte que le

parties and parties whose support is geographically dispersed. The Lortie Commission saw the 50-candidate rule as an appropriate way of identifying parties that were equipped for electoral competition on a national scale (vol. 1, at p. 249):

A political party that nominates candidates in 50 constituencies would demonstrate serious intent to engage in the rigours of electoral competition at a level that indicates relatively broad appeal for its program and ideas. Moreover, experience since 1974 shows that this level is neither unduly onerous nor too lenient for registration. We believe that this threshold should continue to serve as a benchmark in determining which parties may be registered under the *Canada Elections Act*.

Nomination of 50 candidates demonstrates two things about a party (as the Lortie Commission observed): a high level of commitment to electoral competition, and breadth of appeal. The rule therefore favours established parties with a broad basis of support. A system which benefits such parties has its drawbacks, in that it limits citizens' opportunities to support smaller parties whose platforms may correspond closely to their own particular political agendas. On the other hand, it furthers a value which plays a part in defining effective representation in Canada, the aggregation of political will and the promotion of cohesiveness over factionalism.

H. *Aggregation of Political Preferences as a Value Manifested in our History and Political Institutions*

As the present Chief Justice observed in the *Saskatchewan Reference*, *supra*, at p. 185, "[t]he circumstances leading to the adoption of the *Charter* negate any intention to reject existing democratic institutions". I agree with McLachlin J.'s (as she then was) assertion in that case that inequities in the electoral system are not acceptable merely because they have historical precedent, and that institutions are not constitutional merely because they already exist. I also agree with her that we should look to past and present institutions as the

système favorise davantage les grands partis et ceux qui jouissent d'appuis géographiquement étendus. La Commission Lortie a considéré que la règle des 50 candidatures constituait un moyen approprié d'identifier les partis aptes à participer à la course électorale à l'échelle nationale (vol. 1, p. 259) :

Un parti qui nomme des candidats et candidates dans 50 circonscriptions démontre qu'il veut sérieusement s'engager dans la compétition électorale, à un niveau qui témoigne du succès relativement large de son programme. L'expérience acquise depuis 1974 a montré qu'un tel niveau ne rend l'enregistrement ni trop difficile, ni trop facile à obtenir. Nous pensons que ce seuil devrait continuer de servir de référence pour déterminer quels partis devraient être enregistrés aux termes de la *Loi électorale*.

La présentation de 50 candidats démontre deux choses au sujet d'un parti (comme l'a souligné la Commission Lortie) : un degré élevé de participation à la course électorale et un large attrait pour l'électorat. Par conséquent, la règle favorise les partis établis possédant des appuis étendus dans l'électorat. Un système qui profite à de tels partis présente toutefois certains inconvénients en ce qu'il limite les possibilités pour les citoyens d'appuyer des petits partis dont le programme pourrait correspondre davantage à leurs priorités sur le plan politique. Par contre, il privilégie une valeur qui contribue à définir la représentation effective au Canada, soit l'agrégation de la volonté politique et le renforcement de la cohésion de celle-ci par rapport à l'esprit de « factionalisme ».

H. *L'agrégation des préférences politiques en tant que valeur présente dans l'histoire et les institutions politiques canadiennes*

Comme l'a fait observer la Juge en chef actuelle dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 185, « [l]es circonstances qui ont mené à l'adoption de la *Charte* contredisent toute intention de rejeter les institutions démocratiques existantes ». Je souscris aux affirmations de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans cette affaire selon lesquelles les inégalités de notre système électoral ne sont pas acceptables du seul fait qu'elles ont des précédents dans l'histoire, et une institution n'est pas constitutionnelle simplement parce qu'elle

soil in which the “living tree” that is the Canadian Constitution is rooted, while recognizing that the tree “must be capable of growth to meet the future” (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 180).

153

My conclusion that aggregation and cohesive-ness form part of the many values that contribute to the meaning of democratic rights in Canada is supported by aspects of our history and existing institutions. Our political system is, and traditionally has been, characterized by other important features that correspond to this pattern of favouring political aggregation. On the spectrum of democratic political systems, from those that represent citizens in a more diverse and fragmented way to those where only a small number of mainstream parties has any significant presence in the political arena, the Canadian system is towards the latter end of the range. This has not come about by accident, but in part as a result of the deliberate design of our electoral infrastructure to confer advantages on mainstream political movements that are denied to parties on the political periphery.

154

Perhaps the most significant example is the structure of our system of voting. Canada is one of only a few major democracies to retain the Westminster first-past-the-post (“FPTP”) system. Many other democratic states use proportional representation or some form of mixed system. In comparison with those systems, FPTP creates a bias in favour of mainstream parties that represent the aggregated views of a broad section of society, and against smaller parties which provide a vehicle for dissent, advocate particular issues, or may be the precursors of mainstream political movements of the future. It does not make it impossible for the latter to participate, but it makes it more difficult for them to compete. Of the electoral systems used in democratic countries, FPTP is the least “fair”

existe. Tout comme ma collègue, je suis également d’avis que nous devrions considérer les institutions passées et présentes comme le sol dans lequel est enraciné « l’arbre » qu’est la Constitution du Canada, tout en reconnaissant que cet arbre « doit pouvoir croître pour faire face à l’avenir » (*Renvoi concernant la Saskatchewan, précité*, p. 180).

Ma conclusion que l’agrégation des préférences politiques et la cohésion font partie intégrante des différentes valeurs qui contribuent à définir les droits démocratiques au Canada s’appuie sur des aspects de notre histoire et de nos institutions actuelles. Notre système politique se caractérise, tant historiquement que de nos jours, par d’autres aspects importants qui correspondent à ce modèle favorisant l’agrégation des préférences politiques. Le continuum des régimes politiques démocratiques est constitué à une extrémité des systèmes représentant les citoyens d’une manière plus variée et fragmentée et à l’autre des systèmes où seulement un petit nombre de partis traditionnels ont une présence notable dans l’arène politique. Le système canadien se rapproche de cette seconde extrémité de ce continuum. Cette situation ne provient pas du hasard, mais résulte en partie du fait que notre infrastructure électorale a été délibérément aménagée de façon que les mouvements politiques traditionnels jouissent d’avantages par ailleurs refusés aux partis situés en périphérie du monde politique.

L’exemple le plus frappant se retrouve sans doute dans la structure de notre mode de scrutin. Le Canada est l’une des rares grandes démocraties à avoir conservé le système uninominal majoritaire à un tour (le « système majoritaire ») de Westminster. De nombreuses autres démocraties utilisent la représentation proportionnelle ou une certaine forme de système mixte. En comparaison de ces systèmes, le système majoritaire tend à favoriser les partis traditionnels qui représentent les opinions agrégées d’un large segment de la société, et à défavoriser les petits partis qui constituent des véhicules de dissidence, défendent des questions précises ou peuvent être les précurseurs de futurs mouvements politiques traditionnels. Cette situation n’empêche pas complètement des partis du deuxième groupe

or proportional, in that it distorts the translation of votes into seats in favour of the largest parties (H. MacIvor, "A Brief Introduction to Electoral Reform", in H. Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System* (1999), 19, at p. 21).

On the other hand, FPTP possesses other virtues that proportional or mixed systems exhibit to a lesser degree. Certain advantages flow from the fact that FPTP tends to exaggerate electoral majorities and so to produce majority governments. I recognize that, as my colleague notes, FPTP can produce coalition governments and has done so in this country on a number of occasions; nevertheless, it is more likely than other electoral systems to produce a majority government, while proportional representation almost invariably produces coalitions (MacIvor, *supra*, at pp. 28-29). Majority government is connected to the Canadian tradition of responsible government because a single party under a single identifiable leader is accountable for government policy (MacIvor, *supra*, at p. 29). Again, I would not suggest that responsible government is impossible when a minority or coalition government is elected, only that in our particular system majority governments may reasonably be seen as offering some advantage in this respect. Some observers also associate FPTP and majority governments with greater stability as compared to the most purely proportional systems.

Under FPTP, the most successful parties are those that represent a broad alliance of different communities of interest. Our electoral system thus encourages coalition building within rather than between

de participer au processus démocratique, mais ces derniers éprouvent en conséquence plus de difficultés à rivaliser avec leurs adversaires. Parmi les systèmes électoraux en vigueur dans les démocraties, le système majoritaire est le moins « équitable » ou proportionnel, en ce qu'il crée de la distorsion dans la façon dont les votes se traduisent en sièges, et ce au bénéfice des grands partis (H. MacIvor, « A Brief Introduction to Electoral Reform », dans H. Milner, dir., *Making Every Vote Count : Reassessing Canada's Electoral System* (1999), 19, p. 21).

Par contre, le système majoritaire possède des 155
vertus moins présentes dans les systèmes proportionnels ou mixtes. Par exemple, certains avantages découlent du fait que le système majoritaire tend à l'inflation des majorités électorales, produisant ainsi plus facilement des gouvernements majoritaires. Je reconnais que, comme le souligne mon collègue, le système majoritaire peut entraîner la constitution de gouvernements de coalition et que cela s'est produit au Canada à quelques reprises. Néanmoins, le système majoritaire demeure plus susceptible que les autres systèmes électoraux de produire un gouvernement majoritaire, alors que la représentation proportionnelle conduit presque invariablement à des coalitions (MacIvor, *loc. cit.*, p. 28-29). La notion de gouvernement majoritaire reste ainsi étroitement liée à la tradition canadienne de gouvernement responsable, puisqu'un parti donné, dirigé par un chef unique dont on connaît l'identité, doit répondre des politiques gouvernementales (MacIvor, *loc. cit.*, p. 29). Je ne prétends pas par là, je tiens à le préciser, qu'un gouvernement responsable ne saurait exister lorsqu'un gouvernement de coalition ou minoritaire est élu. J'affirme seulement qu'on peut raisonnablement considérer que, dans notre système politique particulier, les gouvernements majoritaires présentent certains avantages à cet égard. Des observateurs notent également que le système majoritaire et les gouvernements majoritaires qu'il favorise assurent une plus grande stabilité en comparaison des formes les plus pures de systèmes proportionnels.

Dans les systèmes majoritaires, les partis qui 156
obtiennent le plus de succès représentent une vaste alliance formée de différentes communautés d'intérêts. Notre système électoral favorise donc la

parties (by contrast, under proportional representation, coalitions are typically formed between parties in order to form a government after an election). One political scientist has argued that FPTP in combination with the special characteristics of the Canadian political landscape has fostered the development of “centrist, accommodative parties” that are particularly well-suited to representing a regionally, linguistically and culturally diverse country:

The fight has been for the middle, drawing the principal parties there with policies and leadership that were aimed, if the party was serious about gaining or retaining office, more at accommodating regional rivalries and linguistic differences than exacerbating them or trying to turn them to electoral advantage.

(J. C. Courtney, “Electoral Reform and Canada’s Parties”, in Milner, *supra*, 91, at p. 99)

157

The desirability of centrist, accommodative parties and the virtues of majority government are not truths universally acknowledged; the views I have referred to are value judgments on which there is vigorous debate. Many academics and political activists are critical of our electoral system and call for its reform. My point is simply that one can reasonably view FPTP as possessing the main virtue claimed for it, the virtue of fostering a strong political centre and reducing factionalism. And because our FPTP electoral system is one of Canada’s core political institutions, it is reasonable to conclude that this virtue remains consistent with certain values of our democratic culture — even if, bearing in mind that the Canadian concept of democracy embodies many competing values, it clashes with others. Certain aspects of the design of our political system appear to reflect a preference for the kind of party that has gained, in the words of the Lortie Commission, at p. 249, “relatively broad appeal for its program and ideas”.

création de coalitions à l’intérieur d’un même parti plutôt qu’entre divers partis (alors que, dans les systèmes de représentation proportionnelle, à l’opposé, les coalitions sont typiquement créées entre partis afin de former un gouvernement après l’élection). Un politologue affirme que, conjugué aux particularités de la scène politique canadienne, le système majoritaire favorise l’émergence de [TRADUCTION] « partis centristes et accommodants », particulièrement aptes à représenter les électeurs d’un pays caractérisé par sa diversité régionale, linguistique et culturelle :

[TRADUCTION] La lutte avait pour objectif le centre, où convergeaient les principaux partis dotés de politiques et d’un leadership qui, si le parti avait vraiment l’intention d’accéder au pouvoir et d’y rester, tendaient davantage à accommoder les rivalités et les différences linguistiques qu’à les exacerber ou à les exploiter politiquement.

(J. C. Courtney, « Electoral Reform and Canada’s Parties », dans Milner, *op. cit.*, 91, p. 99)

Le caractère souhaitable d’un système de partis centristes et accommodants pour un éventail étendu d’opinions ainsi que des vertus qui se rattachent aux gouvernements majoritaires ne saurait toutefois être assimilé à des vérités universellement admises. Les opinions que j’ai exposées constituent des jugements de valeur qui sont l’objet de débats vigoureux. Plusieurs auteurs et activistes politiques critiquent notre système électoral et en exigent la réforme. Simplement, j’affirme qu’on peut raisonnablement considérer que le système majoritaire possède la principale vertu qu’on lui prête, soit celle de favoriser un centre fort et de limiter la création de factions. Puisque notre système électoral majoritaire constitue l’une des principales institutions politiques au Canada, on peut conclure raisonnablement que cette vertu demeure compatible avec certaines valeurs de notre culture démocratique — même si, compte tenu du fait que la notion de démocratie au Canada englobe bon nombre de valeurs opposées, elle entre en conflit avec d’autres. Divers aspects de la structure de notre système politique semblent ainsi exprimer une préférence pour le genre de partis dont le programme a obtenu, pour reprendre les termes de la Commission Lortie, un « succès relativement large » (p. 259).

It should be emphasized that I do not intend to express any opinion about the consistency of our FPTP electoral system with s. 3 of the *Charter*. Any challenge to that system will have to be evaluated on its own merits. Nor would I wish to give the impression that I consider stability, majority governments or aggregation to be more important than fair participation. Nevertheless, within the boundaries set by the Constitution, it is the legislature's prerogative to choose whether to enhance these values over other democratic values, or not. Still less should I be taken as suggesting that FPTP or any feature of the electoral system that favours larger parties is constitutionally mandated. On the contrary, I would argue that the government has a fairly wide latitude in choosing how to design the electoral system and how to combine the various competing values at play.

The value of political aggregation runs through certain fundamental Canadian political institutions. As a result, it should be taken into account (although it should not, of course, be the only value taken into account) in determining the meaning of "effective representation" and the limits that s. 3 sets on the choices open to the government.

History and existing institutions help us to identify the philosophy underlying the development of the right to vote in this country (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 181). That philosophy appears to me to be one that comprises recognition of other values than individual participation — including the value of aggregation of political will, which has been a hallmark of the Canadian political system for so long.

The right of each individual to meaningful participation sets the limit on what is permissible, but up to that limit, many options might reflect quite different, but equally acceptable, versions of

Je tiens à souligner que je n'entends pas me prononcer d'aucune façon sur la compatibilité de notre système électoral avec l'art. 3 de la *Charte*. Toute contestation de ce système devra être examinée en fonction du fond du litige où la question se souleva. Je ne souhaite pas non plus donner l'impression que je considère la stabilité, les gouvernements majoritaires ou l'agrégation des préférences politiques comme des éléments plus importants que la possibilité équitable de participer au processus démocratique. Néanmoins, dans les limites établies par la Constitution, le législateur a le privilège de décider de favoriser ces valeurs par rapport à d'autres valeurs démocratiques. Je voudrais encore moins que l'on interprète mes propos comme signifiant que la Constitution prescrit le système majoritaire ou tout autre aspect du système électoral qui favorise les grands partis. Au contraire, à mon avis, le gouvernement dispose d'une assez grande latitude pour décider comment structurer le système électoral et comment agencer les différentes valeurs opposées qui sont en jeu.

La valeur que constitue l'agrégation des préférences politiques se reflète dans certaines institutions politiques fondamentales au Canada. En conséquence, il convient d'en tenir compte (quoique, manifestement, elle ne doit pas être la seule valeur prise en considération) pour dégager le sens de la notion de « représentation effective » et les limites que l'art. 3 impose quant aux choix que peut faire le gouvernement.

L'histoire et les institutions actuelles nous aident à reconnaître les principes philosophiques qui sous-tendent l'évolution du droit de vote dans notre pays (*Renvoi concernant la Saskatchewan, précité*, p. 181). Cette philosophie semble, selon moi, reconnaître d'autres valeurs en plus de la participation individuelle — notamment l'agrégation de la volonté politique, qui constitue depuis très longtemps un trait distinctif du système politique canadien.

Le droit que possède toute personne de participer utilement au processus démocratique délimite ce qui est permis, mais, en deçà de cette limite, il existe un certain nombre de solutions reflétant des

158

159

160

161

democratic representation. Within constitutional limits, the choice among these options should be viewed as a matter of political and philosophical preference in which it is not this Court's role to intervene. The Constitution of Canada does not require a particular kind of democratic electoral system, whether it is one that emphasizes proportionality and the individual aspects of participation or one that places more emphasis on centrism and aggregation, to be frozen in place. It does require courts to be vigilant in ensuring that the system does not unduly compromise any of the values comprised within the concept of effective representation — especially the primary value of individual participation in fair elections on a basis of relative equality.

I. *Regional Representation*

162

So far I have discussed two aspects of representation that are implicated by the provisions challenged in this appeal: individual participation, which the legislation undermines, and aggregation, which it tends to enhance. In my view, a third factor is also at play: regional representation.

163

On the basis of Canadian history, existing political institutions and certain statements of this Court, I would conclude that one component of effective representation is the interest of citizens in being represented as members of regionally or territorially defined communities. This argument may appear hard to reconcile with my position that aggregation of interests and alliance building between distinct communities is also a value that plays a part in defining Canadian democracy. I view this difficulty as an example of the complex and even somewhat paradoxical nature of the concept of meaningful participation, which represents a compromise between competing objectives. Regionally or geographically

variantes très différentes — bien que toutes aussi acceptables les unes que les autres — de la représentation démocratique. Dans la mesure où il respecte les limites fixées par la Constitution, le choix entre ces diverses solutions doit être considéré comme une question de préférence politique et philosophique à l'égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. La Constitution du Canada n'exige pas un système électoral démocratique particulier — que ce soit un système favorisant la proportionnalité et les aspects individuels de la participation au processus démocratique ou un système insistant davantage sur le centrisme et l'agrégation des préférences politiques — et ne commande pas que ce système soit immuable. Elle oblige toutefois les tribunaux à faire preuve de vigilance et à veiller à ce que le système choisi n'affaiblisse pas indûment l'une ou l'autre des valeurs qu'englobe la notion de la représentation effective — surtout la valeur essentielle que constitue la participation individuelle à des élections équitables dans le respect du principe de l'égalité relative.

I. *La représentation régionale*

Jusqu'à maintenant, j'ai examiné deux aspects de la représentation qui sont visés par les dispositions contestées en l'espèce : la participation individuelle, que les dispositions contestées affaiblissent, et l'agrégation des préférences politiques, que ces dernières tendent plutôt à renforcer. À mon avis, un troisième facteur entre également en jeu : la représentation régionale.

À la lumière de l'histoire canadienne, des institutions politiques actuelles et de certains énoncés de notre Cour, il appert qu'un des éléments de la représentation effective est l'intérêt des citoyens d'être représentés en tant que membres d'une collectivité définie en fonction d'une région ou d'un territoire. Cet argument peut sembler difficile à concilier avec ma position selon laquelle l'agrégation des intérêts et la création d'alliances entre des collectivités distinctes constituent également une valeur qui joue un rôle dans la définition de la démocratie canadienne. Cette difficulté illustre selon moi la nature complexe et même quelque peu paradoxale de la notion de participation utile au processus démocratique, qui

defined representation can also conflict with the value of individual participation on an equal footing, as is the case when some votes are given more weight than others so as to ensure that numerically smaller regions have an audible voice.

Perhaps the most significant manifestation of the importance of political representation of regional interests in Canada is our federalist system. Federalism was adopted at Confederation in spite of the push by some politicians for “legislative union” — a single central government elected by a nationwide majority. The proponents of legislative union eventually accepted that neither Lower Canada nor the Maritime provinces would accept such an arrangement, in which the power of greater population might overwhelm and eradicate their distinct communities. During the Confederation Debates in Parliament, Sir John A. Macdonald stated that “any proposition which involved the absorption of the individuality of Lower Canada . . . would not be received with favor by her people” and in the Maritime provinces, although they shared a language and a system of law with Upper Canada, “there was as great a disinclination . . . to lose their individuality, as separate political organizations” (Speech of John A. Macdonald on Monday, February 6, 1865, cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 29).

Macdonald and the other Fathers of Confederation recognized that the very possibility of union depended on a compromise between rule by a national majority and preserving the “individuality” of the separate political communities that made up the new nation. Federalism was seen not just as a pragmatic solution but as necessary to ensure fairness to the various regional communities. In the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 43, this Court described the division of powers between

représente un compromis entre des objectifs opposés. La représentation régionale ou géographique peut elle aussi s’opposer, en tant que valeur équivalente, à la participation individuelle, comme cela se produit lorsque le vote de certains électeurs se voit accorder plus de poids que celui des autres afin de garantir aux régions moins peuplées la possibilité de se faire entendre plus efficacement.

Notre système fédéraliste représente peut-être la manifestation la plus remarquable de l’importance attachée à la représentation politique des intérêts régionaux au Canada. Le fédéralisme a été adopté à l’occasion de la Confédération, malgré les pressions exercées par certains politiciens en faveur de la création d’une « union législative » — c’est-à-dire un gouvernement central unique élu par la majorité de la population canadienne. Les partisans de l’union législative ont fini par concéder que ni le Bas-Canada ni les provinces maritimes n’accepteraient ce genre d’arrangement, où le poids de l’ensemble de la population risquerait d’étouffer et d’éliminer leurs collectivités distinctes. Au cours des débats qui se sont déroulés au Parlement relativement à la Confédération, sir John A. Macdonald a d’ailleurs déclaré que « toute proposition qui impliquerait l’absorption de l’individualité du Bas-Canada, ne serait pas reçue avec faveur par le peuple de cette section » et, dans les provinces maritimes, bien que la langue et le système juridique fussent les mêmes que dans le Haut-Canada, « il n’y avait [. . .] aucun désir de perdre leur individualité comme nation » (discours de John A. Macdonald, lundi le 6 février 1865, cité dans *Débats parlementaires sur la question de la Confédération* (1865), p. 30).

Macdonald et les autres Pères de la Confédération ont reconnu que la possibilité même d’une union dépendait d’un compromis entre le gouvernement du pays par une majorité nationale et le maintien de l’« individualité » des diverses collectivités politiques formant la nouvelle nation. Le fédéralisme était perçu non seulement comme une solution pragmatique mais également comme une mesure nécessaire pour garantir l’équité aux différentes collectivités régionales. En conséquence, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2

164

165

federal and provincial levels of government as “a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation”, which “manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation”.

166 Another institution which embodies this principle of regional representation is the Senate, where seats are allocated between four regions of the country. And even in the House of Commons, regional interests play a part in the allocation of seats. The “Senator[ial] clause” (s. 51A), added in 1915 to the representation formula in the *Constitution Act, 1867*, ensures that no province will have fewer seats in the House of Commons than it has in the Senate (at the time this change had the effect of guaranteeing that Prince Edward Island would have four seats although its population would have given it only three under the old rules).

167 These features of Canada’s history and political institutions indicate that fair democratic representation in this country includes representation of the distinctive interests of regional groups. I find support for this conclusion in some of this Court’s statements on the relationship between federalism and democracy, particularly in the *Secession Reference*, *supra*. The Court portrayed the underlying principles of the Constitution, including federalism and democracy, as existing in symbiosis: “[n]o single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other” (para. 49). This suggests that federalism, with its concern for preserving the distinctive interests of regional groups, helps to define Canadian democracy.

168 In the *Charter* era, it has been suggested that the importance of regionalism and federalism has been attenuated by the affirmation of the sovereign worth of the individual and by the protection of minority communities defined by shared characteristics such as gender and race (see A. C. Cairns, “The Charter and the Constitution Act, 1982”, in R. S. Blair and

R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 43, notre Cour a noté le partage des pouvoirs comme « une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et [qu’]il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation ».

Une autre institution qui incarne ce principe de la représentation régionale est le Sénat, où les sièges sont répartis entre les quatre régions de notre pays. Même à la Chambre des communes, les intérêts régionaux jouent un rôle dans la répartition des sièges. Selon la « clause relative au Sénat » (art. 51A) ajoutée en 1915 à la formule initiale de représentation prévue par la *Loi constitutionnelle de 1867*, aucune province ne peut avoir moins de sièges à la Chambre des communes qu’elle n’en possède au Sénat (à l’époque, cette modification a eu pour effet de garantir quatre sièges à l’Île-du-Prince-Édouard même si, selon les anciennes règles, sa population ne lui aurait permis d’en obtenir que trois).

Ces caractéristiques de l’histoire et des institutions politiques du Canada confirment que la notion de représentation démocratique équitable dans notre pays inclut la représentation des intérêts particuliers des groupes régionaux. Cette conclusion est, selon moi, étayée par certains énoncés de notre Cour sur le lien entre le fédéralisme et la démocratie, particulièrement dans le *Renvoi sur la sécession*. Notre Cour a alors affirmé que les principes à la base de la Constitution, y compris le fédéralisme et la démocratie, existaient en symbiose : « [a]ucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l’application d’aucun autre » (par. 49). Cette affirmation suggère que le fédéralisme — et l’attention qu’il porte à la protection des intérêts particuliers des groupes régionaux — contribue à définir la démocratie canadienne.

En cette ère marquée par la *Charte*, certains prétendent que l’importance du régionalisme et du fédéralisme a été atténuée par la confirmation de la suprématie de l’individu et par la protection des communautés minoritaires définies en fonction de caractéristiques communes comme le sexe ou la race (voir A. C. Cairns, « The Charter and the

J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings* (2nd ed. 1993), 62). Nevertheless, federalism and regional representation remain important concepts in defining the nature of political rights in this country. The nature of the individual and democratic rights enshrined in the *Charter* cannot be understood without awareness of this aspect of the political culture in which those rights are rooted. As J.-F. Gaudreault-DesBiens observes (“*La Charte canadienne des droits et libertés* et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d’une relation ambiguë”, [2003] *R. du B.* 271, at p. 297), [TRANSLATION] “Federalism plays a direct role in shaping the particular brand of democracy that exists in Canada. Its presence is in some sense encoded in the very idea of democracy referred to in s. 1 [and, I would add, by the democratic rights in s. 3] of the *Charter*.”

These observations suggest that one of the components of the right to meaningful participation is the right to have one’s voice heard as a member of the regional community to which one belongs. The constitutional guarantee of effective representation includes a right to a certain degree of recognition of the individual voter’s interests as a Manitoban, or a Maritimer, or a Quebecker, and it suggests a floor of relative equality between the different provinces and regions of the country which cannot be completely cancelled out by a nationwide numerical majority. This aspect of effective representation is far from being an absolute right, and its weight should not be overstated at the risk of trumping core concerns such as fairness as between individual voters. But it is one of the values to be taken into account in defining meaningful representation and determining whether government action offends s. 3.

J. *Assessing the 50-Candidate Rule*

I now turn to the application of these principles to the legislation which is the subject of this constitutional challenge. Taking all the relevant factors into account, I would conclude that the

Constitution Act, 1982 », dans R. S. Blair et J. T. McLeod, dir., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings* (2^e éd. 1993), 62). Néanmoins, le fédéralisme et la représentation régionale demeurent des notions importantes pour définir la nature des droits politiques au Canada. On ne peut saisir la nature des droits individuels et démocratiques garantis par la *Charte* sans tenir compte de cet aspect de la culture politique dans laquelle les droits sont enracinés. Comme l’a fait observer J.-F. Gaudreault-DesBiens (« *La Charte canadienne des droits et libertés* et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d’une relation ambiguë », [2003] *R. du B.* 271, p. 297) : « [l]e fédéralisme participe directement au type particulier de démocratie qui existe au Canada. Sa présence est en quelque sorte encodée dans l’idée même de démocratie à laquelle renvoie l’article premier [et, j’ajouterais, par les droits démocratiques garantis à l’art. 3] de la *Charte*. »

Ces observations paraissent indiquer que l’un des éléments du droit de participer utilement au processus démocratique s’identifie au droit de se faire entendre en tant que membre d’une collectivité régionale. La garantie constitutionnelle de représentation effective emporte le droit de tout électeur à un certain degré de reconnaissance de ses intérêts en tant que résident du Manitoba, d’une province maritime ou du Québec, et elle sous-entend l’existence d’une égalité relative minimale entre les différentes provinces et régions du pays qui ne peut être entièrement écartée par une majorité numérique à l’échelle nationale. Cet aspect de la représentation effective ne doit pas être élevé au niveau d’un droit absolu. Sa valeur ne devrait pas être exagérée au risque d’éclipser des préoccupations fondamentales telle l’équité entre les électeurs. Il s’agit toutefois d’une des valeurs qui doit être prise en compte pour définir la notion de représentation utile et pour déterminer si la mesure gouvernementale viole l’art. 3.

J. *L’évaluation de la règle des 50 candidatures*

J’examinerai maintenant l’application de ces principes aux dispositions législatives visées par la présente contestation constitutionnelle. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, j’estime que la

requirement of nominating 50 or more candidates to gain access to the benefits at issue in this appeal compromises the competitive position of some candidates, and their supporters' freedom of choice, to such an extent that it denies those individuals the opportunity for meaningful participation.

171

Iacobucci J. has cogently demonstrated that this measure undermines the capacity of some individuals to participate in the political process. The penalties for failing to meet the 50-candidate threshold are quite severe, and they impose a considerable disadvantage on parties that lose their registered status. The respondent argues that it is relatively easy for parties to meet the threshold. Following legislative amendments in 2000, the deposit of \$1,000 required for each candidate is now fully refundable on compliance with reporting requirements, so that a party would have to do no more than borrow \$50,000 and collect the requisite number of signatures in order to nominate 50 candidates. In purely monetary terms, perhaps the obstacles are not difficult to surmount. But the 50-candidate requirement is a distraction and a burden for parties committed to running serious campaigns in a few ridings, because they have to field a slate of other candidates in constituencies where they have no intention of running a real campaign simply in order to secure a place on the registry.

172

On the other hand, by benefiting mainstream parties with a broad base of support, the legislation contributes to the important democratic value of aggregating political preferences. It also plays some part furthering the laudable objectives of the Barbeau Committee, by helping to identify authentic parties with a commitment to electoral competition and a substantial political agenda.

173

The 50-candidate rule is not, however, a perfect tool for these purposes. Generally speaking there

condition exigeant la présentation d'au moins 50 candidats, qui doit être respectée pour bénéficier des avantages en litige dans le présent pourvoi, nuit à la compétitivité de certains candidats et porte atteinte à la liberté de choix de leurs partisans, à un point tel qu'elle prive ces personnes de la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

Le juge Iacobucci a fort pertinemment démontré que cette mesure réduisait la capacité de certaines personnes de participer au processus politique. Les sanctions prévues en cas de non-respect du critère des 50 candidatures sont assez sévères, et elles imposent un désavantage considérable aux partis qui perdent leur enregistrement. L'intimé soutient qu'il est assez facile aux partis de satisfaire à ce critère. Après les modifications législatives apportées en 2000, le dépôt de 1 000 \$ demandé à l'égard de chaque candidat est maintenant entièrement remboursé moyennant respect des obligations prévues en matière de déclaration, de sorte qu'il suffit au parti d'emprunter 50 000 \$ et de recueillir le nombre requis de signatures pour présenter 50 candidats. D'un point de vue strictement financier, ces obstacles ne sont sans doute pas difficiles à surmonter. Toutefois, l'obligation de présenter 50 candidats représente une contrariété et un fardeau pour les partis qui sont déterminés à faire campagne sérieusement dans quelques circonscriptions. En effet, elle les oblige — à seule fin d'obtenir leur inscription dans le registre — à présenter un contingent de candidats dans d'autres circonscriptions où ils n'ont pas l'intention de mener une véritable campagne.

Par ailleurs, du fait qu'elles profitent aux partis traditionnels disposant de larges appuis, les dispositions législatives contestées contribuent à l'importante valeur démocratique qu'est l'agrégation des préférences politiques. Elles contribuent également dans une certaine mesure à la réalisation des objectifs louables formulés par le Comité Barbeau, du fait qu'elles aident à identifier les véritables partis, ceux qui sont déterminés à participer à la course électorale et qui possèdent un programme politique sérieux.

Toutefois, la règle des 50 candidatures n'est pas l'outil idéal pour réaliser ces objectifs. En général,

is some relationship between a party's decision to run a candidate in a riding and its level of support there, but nominating a candidate is not necessarily an indication that a party has any support in the constituency. The rule is potentially subject to manipulation, and it can be both overinclusive and underinclusive. It has permitted the registration of parties that, at least for a number of citizens of Canada, would be viewed as far removed from the mainstream of Canadian politics or as single-issue movements. It is also capable of shutting out parties that do have a fully developed political platform and a genuine interest in electoral competition. The Communist Party of Canada, struck from the registry in 1993 (and reinstated in 2000), is an example: it has a long record of participation and even of some success in elections, and its platform, while certainly not in the Canadian mainstream, is based on what has been one of the world's major political philosophies.

Finally, the 50-candidate rule conflicts with the principle of regional representation because of its disparate impact on different provinces and regions of the country. As the appellant points out in his factum, the rule "encourages the formation of a Bloc Québécois or Western Canada Concept, but effectively prevents a 'Bloc BC' or 'Atlantic Canada Concept'".

When the registration system was adopted, the government originally proposed a higher number of 75 candidates, on the grounds that registration was meant only for "national" parties (*House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 28th Parl., June 23, 1970, at p. 8509, *per* Hon. Donald Macdonald). According to the Crown's expert Professor Aucoin, the government recognized that a party could meet this requirement by fielding candidates only in Ontario, but "was willing to accept this risk". A legislative committee proposed an amendment adopting a lower threshold of 10 per cent of constituencies, but ultimately an amendment was

il existe un certain lien entre la décision d'un parti de présenter un candidat dans une circonscription donnée et l'ampleur de l'appui dont jouit ce parti à cet endroit, mais la présentation d'un candidat n'indique pas nécessairement que le parti jouit d'appuis dans cette circonscription. La règle reste toutefois vulnérable aux manipulations et elle peut s'avérer à la fois trop inclusive et trop exclusive. En effet, elle a permis l'enregistrement de partis qui, du moins pour un certain nombre de citoyens canadiens, seraient considérés comme des mouvements très éloignés des tendances politiques traditionnelles de la politique canadienne ou qui ne défendent qu'une seule cause. Elle peut également exclure des partis qui possèdent un programme politique élaboré et qui sont réellement intéressés à participer à la course électorale. Le Parti communiste du Canada, rayé du registre en 1993 (et réinscrit en 2000), en est un exemple : il participe depuis longtemps aux élections et il a même connu certains succès électoraux, et, bien que son programme électoral ne se situe certes pas dans le courant dominant de la politique canadienne, il est fondé sur l'une des principales philosophies politiques du monde.

Enfin, la règle des 50 candidatures contrevient au principe de la représentation régionale en raison de l'effet différent qu'elle produit dans diverses provinces et régions du pays. Comme le souligne l'appellant dans son mémoire, cette règle [TRADUCTION] « encourage la formation d'un Bloc Québécois ou d'un Western Canada Concept mais empêche, dans les faits, la création d'un "Bloc BC" ou un "Atlantic Canada Concept" ».

Au moment de l'adoption du régime d'enregistrement, le gouvernement avait initialement proposé un seuil plus élevé, soit 75 candidats, affirmant que l'enregistrement était destiné uniquement aux partis dits « nationa[ux] » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 28^e lég., 23 juin 1970, p. 8509, propos de l'hon. Donald Macdonald). Selon le professeur Aucoin, témoin expert de la Couronne, le gouvernement a reconnu qu'un parti pouvait satisfaire à cette exigence en présentant uniquement des candidats en Ontario, mais qu'il [TRADUCTION] « était prêt à accepter ce risque ». Un comité législatif a proposé une modification

174

175

passed adopting the threshold of 50 candidates, which was a compromise between the two positions. As Professor Aucoin observes in his affidavit, the government's "willingness to compromise on 50 meant that it was willing to accept that a party could also be formed with candidates nominated only in Quebec".

176

Whatever the pragmatic considerations in favour of that compromise, it has created unfairness for the provinces other than Ontario and Quebec. A rule encouraging parties that represent a national perspective might, depending on its other effects, be an acceptable stricture. But a rule that makes a gesture towards reserving the privileges of registration for national parties, while in fact allowing registration of single-province parties only from the two most populous provinces, is at variance with the principle that a basic level of equality between the provinces and regions of the country is protected by the Constitution. Considering the matter from the perspective of (for example) a voter from one of the Maritime provinces, this measure might be perceived as a government-created advantage to central Canada, compounding the existing advantage of greater population, and so detrimental to that voter's political importance in comparison to a voter from Quebec or Ontario as in effect to deny his or her right to meaningful participation and effective representation.

177

For these reasons, I concur with my colleague's opinion that the legislation infringes s. 3. and I agree with the remedy he proposes.

K. Justification and the Institutional Role of the Court

178

In my view, the justifications advanced by the government for the 50-candidate rule are relevant

retenant le seuil moins élevé de 10 pour cent des circonscriptions, mais une modification fixant le seuil de 50 candidats a finalement été adoptée. Il s'agissait d'un compromis entre les deux positions. Comme l'a fait observer le professeur Aucoin dans son affidavit, [TRADUCTION] « le fait que le gouvernement était disposé à accepter un compromis de 50 candidats signifie qu'il était prêt à accepter la possibilité qu'un parti soit formé en présentant des candidats seulement au Québec ».

Sans égard aux considérations pragmatiques qui militaient en faveur de ce compromis, ce dernier a créé une situation injuste pour les provinces autres que l'Ontario et le Québec. Une règle qui favorise les partis représentant des intérêts à l'échelle nationale peut, sous réserve de ses autres effets, constituer une restriction acceptable. Toutefois, n'est pas conforme au principe selon lequel la Constitution garantit un degré minimal d'égalité entre les différentes provinces et régions du pays une règle qui, bien que censée réserver les privilèges de l'enregistrement aux partis nationaux, permet dans les faits — mais uniquement dans les deux provinces les plus peuplées — l'enregistrement de partis défendant les intérêts d'une seule province. En considérant la question du point de vue de l'électeur habitant (par exemple) une des provinces maritimes, on constate que cette mesure pourrait être perçue comme un avantage accordé par le gouvernement aux provinces centrales. Elle vient en effet renforcer l'avantage que leur confère déjà leur population plus nombreuse, et qui porte une atteinte si grande à son importance politique, comparativement à celle d'un électeur québécois ou ontarien, qu'elle prive concrètement l'électeur des autres provinces de son droit de participer utilement au processus démocratique et de son droit à une représentation effective.

Pour ces motifs, je souscris à l'opinion de mon collègue selon laquelle les dispositions législatives contestées violent l'art. 3 et je suis d'accord avec la réparation qu'il propose.

K. La justification et le rôle institutionnel de notre Cour

À mon avis, les justifications avancées par le gouvernement à l'égard de la règle des 50 candidatures

to the infringement stage of the analysis, and I have given them due consideration in that context. As a result, little remains to be said in defence of the legislation in connection with s. 1. I would not rule out the possibility that in another case a non-literal infringement of s. 3 could be justified by pressing and substantial collective concerns. In this case, however, my finding that the legislation infringes s. 3 essentially amounts to a conclusion that it is inconsistent with the values of Canadian democracy. It is hard to see how it could nevertheless be shown to be “justified in a free and democratic society”.

Were I to proceed with a full s. 1 analysis, however, I would see no reason to doubt that the government’s objectives are pressing and substantial. In my view, this is not one of the rare class of cases where the very purpose of the law is contrary to constitutional or democratic norms.

I question the suggestion that favouring large parties with a broad base of support over marginal parties is discordant with, even antithetical to, the principles integral to a free and democratic society. As I have observed, our electoral system tends to reward parties that appeal to the political mainstream and whose support is spread out across the nation, and to penalize parties that appeal to more particularized interests. This is a feature of Canadian democracy which is apparent in the design of core political institutions. It has contributed to a tradition of centrism and coalition building within political parties, and this has facilitated the harmonious democratic governance of a highly diverse nation with no shortage of centrifugal political pressures. The values furthered by the legislation are consistent with some of the foundational principles on which our particular free and democratic society is based.

sont pertinentes dans le volet de l’analyse relatif à l’atteinte, et j’en ai dûment tenu compte dans ce contexte. En conséquence, il reste peu à dire pour défendre les dispositions législatives au regard de l’article premier. Je n’écarte pas la possibilité que, dans une autre affaire, une atteinte non expresse à l’art. 3 puisse être justifiée par des préoccupations collectives urgentes et réelles. En l’espèce toutefois, ma conclusion que les dispositions législatives violent l’art. 3 revient essentiellement à conclure qu’elles sont incompatibles avec les valeurs de la démocratie canadienne. Il est en conséquence difficile d’imaginer comment leur « justification [pourrait] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ».

Cependant, si je devais procéder à l’analyse 179
complète requise par l’article premier, je ne verrais aucune raison de mettre en doute le caractère urgent et réel des objectifs du gouvernement. À mon avis, nous ne sommes pas en présence d’une de ces rares affaires où l’objet même de la loi est contraire aux normes constitutionnelles ou démocratiques.

Je considère discutable la suggestion selon 180
laquelle le fait de favoriser les grands partis jouissant de larges appuis par rapport aux partis marginaux est incompatible avec les principes qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique et même qu’elle va à l’encontre de ces principes. Comme je l’ai fait remarquer plus tôt, notre système électoral tend à récompenser les partis qui ont une clientèle appartenant aux tendances politiques traditionnelles et qui jouissent d’appuis dans les diverses régions du pays, et à pénaliser ceux dont la clientèle partage des intérêts plus restreints. Il s’agit là d’une caractéristique de la démocratie canadienne qui ressort clairement de la structure des principales institutions politiques. Elle a contribué au développement de la tradition de centrisme et de création de coalitions au sein des partis politiques, situation qui a permis qu’une nation très diversifiée et soumise à de nombreuses pressions politiques centrifuges comme le Canada soit néanmoins gouvernée d’une manière harmonieuse et démocratique. Les valeurs ainsi renforcées par les dispositions législatives contestées demeurent compatibles avec quelques-uns des principes fondamentaux qui constituent les assises de notre société libre et démocratique.

181

Furthermore, I have difficulty with the notion that the Crown should be required to demonstrate that the electoral system Parliament has adopted results in “substantially better governance” (Iacobucci J., at para. 89) than an alternative system. My concern is not only that it is hard to imagine how one could prove empirically that one form of government is better than another. More importantly, the definition of “good” or “better” government is not something that should be fixed as a legal standard. It is a question on which vigorous disagreement between reasonable people may and does arise. Indeed, disagreement on this question is often one of the hallmarks of a democracy. My remarks are of course subject to the proviso that Canadians are committed, both as a matter of political tradition and constitutionally, to a democratic form of government. But within the category of democratic government, many variations may be found with quite different characteristics, and choosing one over another is a matter of choice between political values.

182

In suggesting that the motive behind the legislation may itself be illegitimate, the Court risks unduly expanding the scope of judicial review of the design of the electoral system. I would sound a note of caution against blurring the distinction between the respective roles of the Court and the legislature in dealing with a question which, while it certainly has legal dimensions, is also profoundly political. Within certain boundaries, which it is the responsibility of the judiciary to delineate, balancing competing democratic values and choosing between the various species of democratic electoral systems primarily fall within the domain of political debate and of the legislative process. Those boundaries should be viewed as fairly broad. They allow for a good deal of latitude within which the people, through their elected lawmakers, may choose rules and institutions that enhance certain aspects of the

En outre, je comprends difficilement pourquoi la Couronne devrait être tenue de démontrer que le système électoral adopté par le Parlement conduit à « une bien meilleure administration du pays » (le juge Iacobucci, par. 89) qu’un autre système. Mes réserves ne découlent pas seulement du fait qu’il est difficile d’imaginer comment on réussirait à prouver de façon empirique qu’une forme de gouvernement est meilleure qu’une autre. Mais, considération plus importante encore, la définition d’un « bon » gouvernement ou d’un « meilleur » gouvernement ne devrait pas être arrêtée au moyen d’une norme juridique. Il s’agit d’une question qui peut susciter — et qui de fait suscite — de vifs désaccord entre des personnes raisonnables. De fait, l’existence de désaccords sur cette question représente souvent l’une des caractéristiques distinctives d’une démocratie. Ces remarques tiennent évidemment compte du fait que les Canadiens sont acquis, tant du point de vue des traditions politiques que sur le plan constitutionnel, à une forme de gouvernement démocratique. Toutefois, dans la catégorie des gouvernements démocratiques, plusieurs variantes présentent des caractéristiques différentes. Le choix de l’une d’entre elles de préférence à l’autre exprime alors une option entre des valeurs politiques concurrentes.

En suggérant que la motivation à la base des dispositions législatives contestées puisse elle-même ne pas être légitime, notre Cour risque d’élargir indûment la portée du contrôle judiciaire de la structure du système électoral. Il faut selon moi faire montre de prudence afin de ne pas brouiller la distinction entre les rôles respectifs de notre Cour et du législateur dans l’examen d’une question qui, malgré ses dimensions juridiques évidentes, demeure en outre éminemment politique. Dans certaines limites, qu’il incombe au pouvoir judiciaire de fixer, la conciliation de valeurs démocratiques opposées et le choix entre différents systèmes électoraux démocratiques relèvent avant tout du débat politique et du processus législatif. Ces limites doivent être considérées comme assez larges. À l’intérieur de celles-ci, les citoyens doivent disposer d’une assez grande latitude, qui leur permette de choisir, par l’entremise des députés qu’ils ont élus, des règles et des institu-

democratic right to meaningful participation and diminish others.

The *Charter* mandates that whatever system is adopted must respect the right of each individual to meaningful participation. But we should be circumspect about defining that right too inflexibly, lest legitimate political debate on the issues be impeded. The possibility of dialogue between courts and legislatures on the meaning of the right to vote may be unduly constrained if this Court declares that certain values, even though they have long been part of our political tradition, must be excluded from consideration in the interpretation and application of s. 3 of the *Charter*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

tions qui renforcent certains aspects du droit démocratique de participer utilement au processus démocratique, même si elles en affaiblissent d'autres.

La *Charte* prescrit que, quel que soit le système électoral adopté, celui-ci doit respecter le droit de tout individu de participer utilement au processus démocratique. Toutefois, il faudrait prendre soin de ne pas définir ce droit de façon trop rigide, de crainte d'empêcher la tenue d'un débat politique légitime sur les différents enjeux d'une réforme du système électoral. La possibilité d'un dialogue entre les tribunaux et les législateurs quant au sens à donner au droit de vote pourrait être indûment restreinte si notre Cour déclare que certaines valeurs, bien qu'appartenant depuis longtemps à notre tradition politique, ne doivent pas être prises en considération dans l'interprétation et l'application de l'art. 3 de la *Charte*.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

INDEX

ACCESS TO INFORMATION

Privacy — Personal information — Exception — Position or functions of individual — Request made for information concerning four members of RCMP under Access to Information Act — Whether requested information constitutes “personal information” as defined in s. 3 of Privacy Act — If so, whether information should be disclosed because it falls within “position or functions of the individual” exception — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 “personal information” (b), “personal information” (j).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE), 66.

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Physicians and surgeons — Inquiry Committee of College of Physicians and Surgeons finding that physician had sexual relationship with patient and was guilty of infamous conduct — Reviewing judge disagreeing with Committee’s findings on credibility and setting aside decision — Court of Appeal dismissing College’s appeal as it could not conclude that reviewing judge was “clearly wrong” — Whether reviewing judge exceeded limits of judicial review by engaging in reconsideration of Committee’s findings — Whether Court of Appeal applied an inappropriate test in assessing decision of reviewing judge.

DR. Q V. COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF BRITISH COLUMBIA, 226.

2. Judicial review — Standard of review — Professional disciplinary bodies — Barristers and solicitors — Professional misconduct — Discipline Committee of Law Society finding lawyer’s conduct to be serious breach of professional standards warranting disbarment — Court of Appeal substituting own sanction of indefinite suspension with conditions for reinstatement — Whether level of deference involved in standard of reasonableness simpliciter varies according to particular circumstances — Whether Court of Appeal erred in setting aside disbarment — Whether Court of Appeal properly applied reasonableness simpliciter standard.

LAW SOCIETY OF NEW BRUNSWICK V. RYAN, 247.

3. Judicial review — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission —

ADMINISTRATIVE LAW — Concluded

Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether Court of Appeal properly reviewed Commission’s decision on correctness standard — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

BARRIE PUBLIC UTILITIES V. CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN., 476.

4. Judicial review — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether appointment process for selecting chairs of arbitration boards violates natural justice or infringes institutional independence and impartiality of arbitration boards — Whether appointment process breached legitimate expectations of unions — Whether appointments caused reasonable apprehension of bias — Whether Minister disqualified or required to delegate task of making appointments because of interest in arbitrations — Whether Minister’s appointments patently unreasonable — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

C.U.P.E. V. ONTARIO (MINISTER OF LABOUR), 539.

5. Procedural fairness — Institutional independence — Impartiality — Canadian Human Rights Tribunal — Canadian Human Rights Commission — Canadian Human Rights Act authorizing Commission to issue guidelines binding on Tribunal concerning “a class of cases” — Act also authorizing Tribunal Chairperson to extend terms of Tribunal members in ongoing inquiries — Whether Commission’s guideline-making power compromises Tribunal’s independence and impartiality — Whether Chairperson’s power to extend appointments compromises Tribunal’s independence and impartiality — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2), 48.2(2) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e).

BELL CANADA V. CANADIAN TELEPHONE EMPLOYEES ASSOCIATION, 884.

ARBITRATION

1. Interpretation of contract between artist and promoter — Copyright — Whether Copyright Act prevents arbitrator from

ARBITRATION — Concluded

ruling on question of copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 37.

DESPUTEAUX V. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

2. Interpretation of contract between artist and promoter — Copyright — Public order — Whether question relating to ownership of copyright falls outside arbitral jurisdiction because it must be treated in same manner as question of public order relating to status of persons and rights of personality — Whether Court of Appeal erred in stating that erga omnes nature of decisions concerning copyright ownership is bar to arbitration proceeding — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2639 — Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, s. 37.

DESPUTEAUX V. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

3. Arbitration award — Validity — Extent of arbitrator's mandate — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitrator exceeded mandate by ruling on question of copyright ownership — Whether award should be annulled because arbitrator did not comply with requirements respecting form and substance of contracts between artists and promoters — Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters, R.S.Q., c. S-32.01, ss. 31, 34.

DESPUTEAUX V. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

4. Arbitration award — Consideration of matter of public order — Limits on review of validity of arbitration awards — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 946.4, 946.5.

DESPUTEAUX V. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

5. Procedure — Natural justice — Methods of proof — Interpretation of contract between artist and promoter — Whether arbitration proceeding conducted in violation of rules of natural justice.

DESPUTEAUX V. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

BROADCASTING

Telecommunications — Access to power poles — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering provincially regulated electric power companies to grant cable television companies access to their power poles — Whether phrase “the supporting structure of a transmission line” in s. 43(5) of Telecommunications Act includes power poles of provincially

BROADCASTING — Concluded

regulated electric power companies — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

BARRIE PUBLIC UTILITIES V. CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN., 476.

CIVIL PROCEDURE

Determination of an issue before trial — Jurisdiction — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Jurisdictional issue as to whether courts or labour arbitrator had jurisdiction — Disagreement between parties essentially factual, not legal — Whether jurisdictional issue could be determined on preliminary motion — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 20, 21.01(3)(a).

GOUDIE V. OTTAWA (CITY), 141.

CONFLICT OF LAWS

Courts — Jurisdiction — Bills of lading — Forum selection clauses — Stay of proceedings — Arrangements made with appellant for carriage of cargo by sea — Respondents filing action against appellant in Federal Court alleging that cargo was damaged while in transit by rail — Appellant seeking stay of proceedings on basis that bill of lading contained forum selection clause giving courts in Antwerp, Belgium exclusive jurisdiction — Proper test for stay of proceedings to enforce forum selection clause in bill of lading — Whether “strong cause” test is proper test — Whether proper test should contemplate inquiry into whether there was fundamental breach or deviation — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).

Z.I. POMPEY INDUSTRIE V. ECU-LINE N.V., 450.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Distribution of legislative powers — Criminal law — Property and civil rights — Matters of local or private nature — Gaming — Province enacting local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation and section deeming non-binding plebiscite to be binding plebiscite held in accordance with legislation *intra vires* province —

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (16) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

SIEMENS V. MANITOBA (ATTORNEY GENERAL), 6.

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Life, liberty and security of person — Equality — Local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation infringes freedom of expression, right to life, liberty and security of person or right to equality guaranteed in Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 15(1) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

SIEMENS V. MANITOBA (ATTORNEY GENERAL), 6.

3. Charter of Rights — Self-incrimination — Accused charged with second degree murder — Crown cross-examining accused on his prior testimony given at trials of other person involved in murder — Trial judge erring in permitting cross-examination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

R. v. ALLEN, 223.

4. Charter of Rights — Trial within reasonable time — Accused charged with aggravated assault and failure to provide necessities of life to her 3-month-old child — Delay of 21 months between accused's arrest and trial date — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Delay not infringing accused's right to be tried within reasonable time.

R. v. P.A., 275.

5. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Application of Charter — Exclusion of evidence — Marijuana seized from rented locker — Whether accused had reasonable expectation of privacy in locker — Whether Charter applies to initial search by private security guards — Whether subsequent warrantless search and seizure by police violated accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2), 32.

R. v. BUHAY, 631.

6. Charter of Rights — Equality rights — Vital statistics — Birth registration — Vital Statistics Act providing mother with absolute discretion to "unacknowledge" biological father on birth registration forms and not to include surname of father in child's surname — Whether provisions infringe equality rights of fathers — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479, ss. 3(1)(b), 3(6)(b), 4(1)(a).

TROCIUK V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 835.

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

7. Judicial independence — Security of tenure — Justices of the peace — Provincial legislation requiring all justices of the peace who exercise judicial functions to meet qualifications decided upon by an independent Judicial Council — Whether legislation infringes guarantees of judicial independence — Whether removal from office of justices of the peace who did not meet qualifications violated their security of tenure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, preamble — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, c. J-3, s. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, c. 18.

ELL V. ALBERTA, 857.

8. Charter of Rights — Democratic rights of citizens — Right to vote — Right to be qualified for membership in House of Commons or provincial legislative assembly — Right to meaningful participation in electoral process — Canada Elections Act providing that political parties must nominate candidates in at least 50 electoral districts to qualify for certain benefits — Whether provisions infringe right to vote or to run for office — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), 24(3), 28(2).

FIGUEROA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 912.

CRIMINAL LAW

1. Verdict — Unreasonable verdict — Accused convicted of second degree murder and other related offences — Court of Appeal not erring in law in setting aside verdict as unreasonable.

R. v. WISE, 3.

2. Charge to jury — Parties to offence — Crown's closing address to jury — Accused convicted of second degree murder and other related offences — Trial judge's charge to jury on s. 21(2) of Criminal Code adequate as a whole — Crown's remarks to jury not amounting to miscarriage of justice.

R. v. PÉLLETIER, 4.

3. Evidence — Hearsay — Exceptions to rule — Necessity — Accused convicted of sexual assault — Complainant unavailable to testify at time of trial — Trial judge admitting in evidence complainant's statements to her mother and videotaped statement to police — No reason to interfere with trial judge's discretionary decision that hearsay statements met necessity requirement.

R. v. R.R., 37.

CRIMINAL LAW — Continued

4. Charge to jury — Alibi — Trial judge not erring in his instructions to jury on alibi.

R. v. HARRIOTT, 39.

5. Charge to jury — Vetovec warning — Trial judge giving adequate warning in respect of evidence of accomplice and of admitted perjurer.

R. v. HARRIOTT, 39.

6. Sentencing — Delayed parole eligibility — Interpretation and application of s. 743.6 of Criminal Code — Whether sentencing judge erred in his application of s. 743.6 — Whether application of s. 743.6 required evidence of special or exceptional circumstances — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.

R. v. ZINCK, 41.

7. Sentencing — Sentencing hearing — Procedural fairness — Delayed parole eligibility — Whether Crown should give offender advance notice of its intention to apply for delayed parole — Whether sentencing judge's reasons must clearly state why delayed parole order is made — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6.

R. v. ZINCK, 41.

8. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of second degree murder — Pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. FEELEY, 64.

9. Gaming and betting — Lotteries — Lieutenant Governor in Council issuing licence to charitable organization to conduct lottery — Lawfulness of Internet lottery scheme.

REFERENCE RE EARTH FUTURE LOTTERY, 123.

10. Driving offences — Dangerous driving — Trier of fact could have made finding of dangerous driving upon evidence but failure to do so not amounting to error of law.

R. v. M.S., 125.

11. Evidence — Identification evidence — Accused convicted of assault with intent to steal money — Verdict reasonable.

R. v. WILLIS, 127.

12. Manslaughter — Causation — Victim assaulted twice in a 24-hour period — Accused not involved in first assault — Trial judge concluding that severe assault by accused caused victim's death — Verdict of manslaughter reasonable.

R. v. KNIGHT; R. v. HAY, 156.

CRIMINAL LAW — Concluded

13. Parties to offence — Second degree murder — Charge to jury — Trial judge not adequately instructing jury on s. 21(1) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. ALLEN, 223.

14. Sexual assault — Accused charged with aggravated sexual assault but convicted of included offence of aggravated assault — Trial judge not properly applying test for sexual assault to facts of case — Accused's acquittal on charge of aggravated sexual assault set aside and guilty verdict entered.

R. v. LARUE, 277.

15. Contempt of court — Summary procedure — Accused refusing to answer certain questions during his testimony — Whether trial judge erred in convicting accused of contempt of court and sentencing him *instanter* and in presence of jury — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), 686(1)(a)(iii), 686(1)(b)(iii).

R. v. ARRADI, 280.

16. Evidence — Admissibility — Marijuana seized from rented locker — Whether accused's constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure violated — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. BUHAY, 631.

17. Mental disorder — Dispositions by Review Board — Standard of review applicable to Board's order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.78.

R. v. OWEN, 779.

18. Mental disorder — Review Boards — Dispositions by Review Board — Accused found not criminally responsible on account of mental disorder — Accused having ongoing substance abuse problems and continuing to show some propensity towards violence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether Board's order unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.78.

R. v. OWEN, 779.

19. Mental disorder — Review Boards — Appeal on transcript — Additional evidence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether fresh post-review affidavit evidence adduced by Crown properly excluded by Court of Appeal — Meaning of "interests of justice" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.73(1).

R. v. OWEN, 779.

CROWN

Liability — Prescription and limitation — Collection of federal tax debt — Whether term “proceedings” in federal limitation provision encompasses collection procedures available under Income Tax Act — Whether cause of action arose “otherwise than in a province” — Whether Income Tax Act complete code excluding application of federal limitation period to collection procedures — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32.

MARKEVICH V. CANADA, 94.

FAMILY LAW

Divorce — Corollary relief — Spousal support — Separation agreement — Spousal support release clause — Spouses executing final separation agreement containing release of any future claims for spousal support — Wife subsequently applying for spousal support under s. 15 of Divorce Act — Appropriate threshold for judicial intervention in separation agreement on application for spousal support — Weight to be attributed to spousal support release clause in separation agreement — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

MIGLIN V. MIGLIN, 303.

INCOME TAX

Collection — Limitation of actions — Taxpayer failing to pay federal and provincial taxes for 1980 to 1985 taxation years as assessed by Revenue Canada in 1986 — Revenue Canada taking no collection action until 1998 — Whether federal and provincial limitation periods bar Revenue Canada from collecting taxpayer's federal and provincial tax debts — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5).

MARKEVICH V. CANADA, 94.

INSURANCE

1. Life insurance — Interpretation of accidental death benefit provision in policy — Insured dying from overdose caused by intravenous injection of Demerol — Accidental death benefit provision stipulating coverage would be provided only for deaths effected through “accidental means” — Whether category of

INSURANCE — Concluded

deaths caused by “accidental means” narrower than that of “accidental deaths” — Whether insured's death effected through “accidental means”.

MARTIN V. AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE LIFE Co., 158.

2. All-risks policy — Limitation period — Insured claiming for fire damage under all-risks policy — Part 5 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, Part 2, Part 5, s. 119.

KP PACIFIC HOLDINGS LTD. V. GUARDIAN INSURANCE Co. OF CANADA, 433.

3. Multi-peril policy — Limitation period — Insureds claiming for theft under multi-peril homeowners' insurance policy — Part 6 (Fire Provisions) of British Columbia Insurance Act providing shorter limitation period than Part 2 (General Provisions) — Which part of Insurance Act, and by extension, which limitation period applicable? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, Part 2, Part 6.

CHURCHLAND V. GORE MUTUAL INSURANCE Co., 445.

LABOUR RELATIONS

1. Arbitration — Jurisdiction of forums other than arbitration board — Crown employees' positions privatized — Employees accepting employment with private employer — Collective agreement providing for severance pay — Letter of intent between government and union providing that employees not entitled to severance pay on acceptance of employment with private employer — Letter of intent stating that it is not part of collective agreement and not subject to grievance procedure — Employees seeking declaration of entitlement to severance pay in civil courts — Whether civil courts could be seized of claim.

ALLEN V. ALBERTA, 128.

2. Jurisdiction of labour arbitrators and courts — Employees' action arising out of alleged pre-employment agreement with municipality — Whether cause of action asserted by employees within jurisdiction of courts or labour arbitrator under collective agreement.

GOUDIE V. OTTAWA (CITY), 141.

3. Hospital labour disputes — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired

LABOUR RELATIONS — Concluded

judges to chair arbitration boards — Whether Minister required to select arbitrators qualified by expertise and acceptance in labour relations community — Whether retired judges, as a class, biased against labour — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

C.U.P.E. v. ONTARIO (MINISTER OF LABOUR), 539.

LIMITATION OF ACTIONS

Collection of provincial tax debt — Definition of action — Whether phrase “self help remedy” in definition of “action” in provincial limitation legislation encompasses collection procedures available under provincial Income Tax Act — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 3(5).

MARKEVICH v. CANADA, 94.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Medical treatment — Consent — Ontario Consent and Capacity Board — Patient refusing consent to proposed medical treatment for bipolar disorder — Physicians finding patient not capable of making treatment decision — Board’s confirmation of incapacity overturned on judicial review — Whether reviewing judge properly applied reasonableness standard of review to Board’s finding of incapacity — Whether reviewing judge correctly found that Board misapplied statutory test for capacity — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A.

STARSON v. SWAYZE, 722.

PRIORITIES AND HYPOTHECS

Movable hypothec with delivery — Movable hypothec on claims — Validity of movable hypothec with delivery on claim not represented by negotiable instrument — Whether provisions of federal Income Tax Act affect validity of hypothec — Whether words “property or title” used in arts. 2702 and 2703 C.C.Q. are sufficiently broad to include claims not represented by negotiable instrument — Whether there may, in case of such claim, be sufficient holding by creditor to grant and publish hypothec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1641, 2702, 2703, 2710 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 248.

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE VAL-BRILLANT V.
BLOUIN, 666.

TRIAL

Fairness — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Whether trial judge’s comments and interventions raised reasonable apprehension of bias.

MIGLIN v. MIGLIN, 303.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

Droit au respect de la vie privée — Renseignements personnels — Exception — Poste ou fonctions d'un individu — Demande de renseignements au sujet de quatre agents de la GRC présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — Les renseignements demandés constituent-ils des « renseignements personnels » au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels? — Dans l'affirmative, ces renseignements doivent-ils être communiqués par application de l'exception relative au « poste ou fonctions d'un individu »? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » b), « renseignements personnels » j).

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA
(COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU
CANADA), 66.

ARBITRAGE

1. Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — La Loi sur le droit d'auteur empêche-t-elle un arbitre de statuer sur la question des droits d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 37.

DESPUTEUX C. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

2. Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — Droit d'auteur — Ordre public — La question relative à la paternité des droits d'auteur échappe-t-elle à la compétence arbitrale parce qu'elle est assimilable à une question d'ordre public tenant à l'état des personnes et aux droits de la personnalité? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en indiquant que le caractère erga omnes des décisions concernant la paternité des droits d'auteur fait obstacle à la procédure arbitrale? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2639 — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 37.

DESPUTEUX C. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

3. Sentence arbitrale — Validité — Étendue du mandat de l'arbitre — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — L'arbitre a-t-il outrepassé son mandat en se

ARBITRAGE — Fin

prononçant sur la question de la propriété des droits d'auteur? — La sentence doit-elle être annulée parce que l'arbitre n'a pas respecté les exigences relatives à la forme et au contenu des contrats entre les artistes et les diffuseurs? — Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., ch. S-32.01, art. 31, 34.

DESPUTEUX C. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

4. Sentence arbitrale — Examen d'une question d'ordre public — Limites du contrôle de la validité des sentences arbitrales — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 946.4, 946.5.

DESPUTEUX C. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

5. Procédure — Justice naturelle — Modes de preuve — Interprétation d'un contrat entre un artiste et un diffuseur — La procédure arbitrale a-t-elle été conduite en violation des règles de justice naturelle?

DESPUTEUX C. ÉDITIONS CHOUETTE (1987) INC., 178.

ASSURANCE

1. Assurance-vie — Interprétation d'une clause d'indemnisation en cas de décès accidentel contenue dans une police d'assurance — Assuré ayant succombé à une surdose de Demerol administré par intraveineuse — Clause d'indemnisation en cas de décès accidentel précisant que la garantie ne s'applique qu'aux décès dus à une « cause accidentelle » — La catégorie des « décès dus à une cause accidentelle » est-elle plus restreinte que celle des « décès accidentels »? — Le décès de l'assuré est-il dû à une « cause accidentelle »?

MARTIN C. AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE LIFE
Co., 158.

2. Polices tous risques — Délai de prescription — Assuré demandant une indemnisation en vertu de sa police tous risques pour les dommages causés par un incendie — Partie 5 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, conséquemment, quel délai de prescription sont

ASSURANCE — Fin

applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, partie 2, partie 5, art. 119.

KP PACIFIC HOLDINGS LTD. C. CIE D'ASSURANCE
GUARDIAN DU CANADA, 433.

3. Police multirisque — Délai de prescription — Demande d'indemnité en vertu d'une police de propriétaire occupant présentée par les assurés à la suite d'un vol — Partie 6 (Assurance incendie) de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique fixant un délai de prescription plus court que la partie 2 (Dispositions générales) — Quelle partie de l'Insurance Act et, consécutivement, quel délai de prescription sont applicables? — Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, partie 2, partie 6.

CHURCHLAND C. GORE MUTUAL INSURANCE Co., 445.

COURONNE

Responsabilité civile — Prescription — Recouvrement de créances fiscales fédérales — Est-ce que le terme « poursuites » dans la disposition fédérale sur la prescription englobe les mesures de recouvrement prévues dans la Loi de l'impôt sur le revenu? — Est-ce que le fait générateur est survenu « ailleurs que dans une province »? — Est-ce que la Loi de l'impôt sur le revenu est un code complet qui exclut l'application du délai de prescription fédéral aux mesures de recouvrement? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32.

MARKEVICH C. CANADA, 94.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Avocats — Faute professionnelle — Conduite d'un avocat jugée par un comité de discipline du barreau comme étant une violation grave des normes professionnelles justifiant la radiation — Cour d'appel substituant à cette radiation une suspension pour une durée indéterminée assortie de conditions de réintégration — Le degré de déférence requis par la norme de la décision raisonnable simplifier varie-t-il en fonction des circonstances? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en annulant la radiation? — La Cour d'appel a-t-elle bien appliqué la norme de la décision raisonnable simplifier?

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK C. RYAN, 247.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Organismes professionnels disciplinaires — Médecins et

DROIT ADMINISTRATIF — Suite

chirurgiens — Un comité d'enquête du Collège des médecins et chirurgiens conclut qu'un médecin a eu des relations sexuelles avec une patiente et est coupable de conduite indigne — Le juge en révision est en désaccord avec les conclusions du comité sur la crédibilité et annule la décision — La Cour d'appel rejette l'appel du Collège parce qu'elle ne peut conclure que le juge en révision a commis une « erreur manifeste » — Le juge en révision a-t-il excédé les limites du contrôle judiciaire en entreprenant le réexamen des conclusions du comité? — La Cour d'appel a-t-elle appliqué un critère inapproprié dans son évaluation de la décision du juge en révision?

DR Q C. COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF
BRITISH COLUMBIA, 226.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Ordonnance du Conseil enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — La Cour d'appel a-t-elle appliqué à bon droit la norme de la décision correcte pour le contrôle de la décision du Conseil? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

BARRIE PUBLIC UTILITIES C. ASSOC. CANADIENNE DE
TÉLÉVISION PAR CÂBLE, 476.

4. Contrôle judiciaire — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le processus de désignation des présidents des conseils d'arbitrage contrevient-il à la justice naturelle ou compromet-il l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils d'arbitrage? — Le processus de désignation a-t-il frustré les attentes légitimes des syndicats? — Les désignations ont-elles suscité une crainte raisonnable de partialité? — Le ministre était-il inhabile à faire les désignations et était-il tenu de déléguer la tâche de les faire en raison de l'intérêt qu'il aurait dans les arbitrages? — Les désignations ministérielles étaient-elles manifestement déraisonnables? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

S.C.F.P. C. ONTARIO (MINISTRE DU TRAVAIL), 539.

5. Équité procédurale — Indépendance institutionnelle — Impartialité — Tribunal canadien des droits de la personne — Commission canadienne des droits de la personne — Loi canadienne sur les droits de la personne autorisant la Commission à prendre des ordonnances qui lient le Tribunal dans une « catégorie de cas donnés » — Loi autorisant aussi le président du Tribunal à prolonger le mandat des membres du Tribunal dans les affaires dont ils sont saisis — Le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances compromet-il l'indépendance et

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

l'impartialité du Tribunal? — Le pouvoir du président de prolonger les mandats compromet-il l'indépendance et l'impartialité du Tribunal? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11, 27(2), 48.2(2) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 2e).

BELL CANADA C. ASSOCIATION CANADIENNE DES EMPLOYÉS DE TÉLÉPHONE, 884.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences législatives — Droit criminel — Propriété et droits civils — Matières d'une nature locale ou privée — Jeu — Province adoptant une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi et l'article prévoyant qu'un référendum consultatif est réputé être un référendum décisionnel tenu conformément à la loi relèvent-ils de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (16) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

SIEMENS C. MANITOBA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 6.

2. Charte des droits — Liberté d'expression — Vie, liberté et sécurité de la personne — Égalité — Loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi en question porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression, au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ou encore au droit à l'égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 15(1) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

SIEMENS C. MANITOBA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 6.

3. Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Contre-interrogatoire de l'accusé par le ministère public au sujet d'un témoignage antérieur donné aux procès d'une autre personne impliquée dans le meurtre — Erreur du juge du procès de permettre le contre-interrogatoire — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

R. C. ALLEN, 223.

4. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations de voies de fait graves et de défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence à un enfant de trois mois — Délai de 21 mois écoulé entre le moment de l'arrestation de l'accusée et la date du procès — Erreur du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures — Délai n'ayant

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

pas porté atteinte au droit de l'accusée d'être jugée dans un délai raisonnable.

R. C. P.A., 275.

5. Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Application de la Charte — Exclusion de la preuve — Marijuana saisie dans un casier loué — L'accusé avait-il une attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier? — La Charte s'applique-t-elle à la fouille initiale par des gardes de sécurité privés? — La fouille et la saisie sans mandat effectuées ensuite par la police violent-elles le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32.

R. C. BUHAY, 631.

6. Indépendance judiciaire — Inamovibilité — Juges de paix — Loi provinciale exigeant que tous les juges de paix qui exercent des fonctions judiciaires aient les qualifications fixées par un conseil de la magistrature indépendant — La loi porte-t-elle atteinte aux garanties d'indépendance judiciaire? — La destitution des juges de paix n'ayant pas les qualifications requises porte-t-elle atteinte à leur inamovibilité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Justice of the Peace Act, R.S.A. 1980, ch. J-3, art. 2.4(8) — Justice Statutes Amendment Act, 1998, S.A. 1998, ch. 18.

ELL C. ALBERTA, 857.

7. Charte des droits — Droits démocratiques des citoyens — Droit de vote — Éligibilité à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales — Droit de participer utilement au processus électoral — Dispositions de la Loi électorale du Canada obligeant les partis politiques à présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales pour avoir droit à certains avantages — Ces dispositions portent-elles atteinte au droit de voter aux élections ou de se porter candidat à l'occasion de celles-ci? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 24(2), 24(3), 28(2).

FIGUEROA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 912.

8. Charte des droits — Droits à l'égalité — État civil — Déclaration de naissance — Loi sur les statistiques de l'état civil donnant à la mère le droit absolu de ne pas reconnaître le père biologique dans les déclarations de naissance et de ne pas inclure le nom de famille du père dans le nom de famille de l'enfant — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits des pères à l'égalité? — Si tel est le cas, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés,

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

art. 1, 15(1) — Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, ch. 479, art. 3(1)b), 3(6)b), 4(1)a).

TROCIUK C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 835.

DROIT DE LA FAMILLE

Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Accord de séparation — Clause de renonciation aux aliments entre époux — Accord définitif de séparation contenant une clause de renonciation à toute créance alimentaire future entre époux — L'épouse demande par la suite des aliments à son profit en vertu de l'art. 15 de la Loi sur le divorce — Critère préliminaire d'intervention judiciaire dans un accord de séparation sur requête en aliments entre époux — Poids à donner à la clause de renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

MIGLIN C. MIGLIN, 303.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Tribunaux — Compétence — Connaissements — Clauses d'élection de for — Suspension des procédures — Arrangements pris avec l'appelante pour le transport maritime de matériel — Action contre l'appelante intentée devant la Cour fédérale par les intimées qui alléguaient que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par rail — Suspension des procédures demandée par l'appelante parce que le connaissance contenait une clause d'élection de for conférant compétence exclusive aux tribunaux d'Anvers en Belgique — Critère applicable à la suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance — Le critère des « motifs sérieux » est-il celui qui convient? — Le critère applicable doit-il inclure l'examen de la question de savoir s'il y a eu inexécution fondamentale ou dérogation? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).

Z.I. POMPEY INDUSTRIE C. ECU-LINE N.V., 450.

DROIT CRIMINEL

1. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré —

DROIT CRIMINEL — Suite

Exposé au jury sur le doute raisonnable antérieur à l'arrêt Lifchus conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans l'arrêt Lifchus.

R. C. FEELEY, 64.

2. Exposé au jury — Alibi — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses instructions au jury concernant l'alibi.

R. C. HARRIOTT, 39.

3. Exposé au jury — Mise en garde de type Vetrovec — Mise en garde adéquate faite par le juge du procès en ce qui concerne les témoignages d'un complice et d'un témoin ayant admis s'être parjuré.

R. C. HARRIOTT, 39.

4. Homicide involontaire coupable — Lien de causalité — Victime ayant subi des voies de fait à deux occasions distinctes en 24 heures — Accusés n'ayant pas participé aux voies de fait infligées à la première occasion — Conclusion du juge du procès que les voies de fait graves infligées par les accusés ont causé la mort de la victime — Verdict d'homicide involontaire coupable raisonnable.

R. C. KNIGHT; R. C. HAY, 156.

5. Infractions en matière de conduite automobile — Conduite dangereuse — Le juge des faits aurait pu conclure qu'il y a eu conduite dangereuse en s'appuyant sur les éléments de preuve, mais l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.

R. C. M.S., 125.

6. Exposé au jury — Parties à l'infraction — Exposé final du ministère public au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et d'autres infractions connexes — Exposé au jury fait par le juge du procès au sujet de l'art. 21(2) du Code criminel adéquat dans l'ensemble — Remarques du ministère public au jury n'équivalant pas à une erreur judiciaire.

R. C. PELLETIER, 4.

7. Preuve — Ouf-dire — Exceptions à la règle — Nécessité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante non disponible pour témoigner le jour du procès — Admission en preuve par le juge du procès des déclarations de la plaignante à sa mère et de l'enregistrement magnétoscopique de ses déclarations à la police — Absence de motif justifiant de modifier la décision discrétionnaire du juge du procès qui a conclu que les déclarations constituant du ouf-dire satisfont à l'exigence de nécessité.

R. C. R.R., 37.

DROIT CRIMINEL — Suite

8. Preuve — Preuve d'identification — Accusé déclaré coupable d'avoir commis des voies de fait dans l'intention de voler de l'argent — Verdict raisonnable.

R. c. WILLIS, 127.

9. Verdict — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et d'autres infractions connexes — La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en annulant le verdict jugé déraisonnable.

R. c. WISE, 3.

10. Détermination de la peine — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — Interprétation et application de l'art. 743.6 du Code criminel — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il fait erreur dans l'application de cet article? — L'application de l'art. 743.6 est-elle subordonnée à l'existence de circonstances spéciales ou exceptionnelles? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.

R. c. ZINCK, 41.

11. Détermination de la peine — Audience de détermination de la peine — Équité procédurale — Prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — La Couronne est-elle tenue de donner au délinquant un préavis de son intention de demander l'augmentation du temps d'épreuve? — Les motifs du juge qui détermine la peine doivent-ils énoncer clairement les raisons justifiant l'ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6.

R. c. ZINCK, 41.

12. Jeux et paris — Loteries — Permis d'organiser une loterie délivré par le lieutenant-gouverneur en conseil à une œuvre de bienfaisance — Légalité du système de loterie par Internet.

RENVOI RELATIF À LA EARTH FUTURE LOTTERY, 123.

13. Parties à l'infraction — Meurtre au deuxième degré — Exposé au jury — Directives incorrectes du juge du procès au jury au sujet de l'art. 21(1) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. c. ALLEN, 223.

14. Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Refus de l'accusé de répondre à certaines questions lors de son témoignage — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en condamnant l'accusé pour outrage au tribunal et en lui infligeant une peine séance tenante et en présence du jury? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686(1)b(iii) du Code criminel est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a(ii), 686(1)a(iii), 686(1)b(iii).

R. c. ARRADI, 280.

DROIT CRIMINEL — Fin

15. Agression sexuelle — Accusé inculpé d'agression sexuelle grave mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves — Juge du procès ayant appliqué incorrectement le critère d'existence d'une agression sexuelle aux faits de la cause — Annulation de l'acquittement de l'accusé relativement à l'agression sexuelle grave et inscription d'un verdict de culpabilité.

R. c. LARUE, 277.

16. Preuve — Recevabilité — Marijuana saisie dans un casier loué — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives est-il violé? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. BUHAY, 631

17. Troubles mentaux — Décisions de la Commission d'examen — Norme de contrôle applicable à l'ordonnance de la Commission — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.78.

R. c. OWEN, 779.

18. Troubles mentaux — Commissions d'examen — Décisions de la Commission d'examen — Accusé déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux — Accusé éprouvant toujours des problèmes d'abus d'alcool et d'autres drogues et démontrant une propension persistante à la violence — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — L'ordonnance de la Commission est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.78.

R. c. OWEN, 779.

19. Troubles mentaux — Commissions d'examen — Appel tranché sur le fondement de la transcription — Preuve additionnelle — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — La nouvelle preuve par affidavit, postérieure à la révision, que le ministère public a offerte a-t-elle été exclue à bon droit par la Cour d'appel? — Sens de l'expression « lorsqu[e] ... la justice l'exige » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.73(1).

R. c. OWEN, 779.

IMPÔT SUR LE REVENU

Recouvrement — Prescription — Contribuable ayant omis de payer des impôts fédéral et provincial pour les années d'imposition 1980 à 1985 selon les cotisations établies

IMPÔT SUR LE REVENU — Fin

par Revenu Canada en 1986 — Aucune mesure de recouvrement de la part de Revenu Canada jusqu'en 1998 — Est-ce que les délais de prescription fédéral et provincial empêchent Revenu Canada de recouvrer auprès du contribuable des créances fiscales fédérales et provinciales? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32 — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).

MARKEVICH C. CANADA, 94.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Traitement médical — Consentement — Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario — Refus du patient de consentir au traitement médical proposé pour soigner ses troubles bipolaires — Patient jugé incapable par les médecins de prendre la décision concernant le traitement — Infirmité au terme d'une procédure de révision judiciaire de la décision de la Commission concluant à l'incapacité du patient — La juge siégeant en révision a-t-elle appliqué adéquatement la norme de la décision raisonnable à la conclusion d'incapacité prononcée par la Commission? — La juge siégeant en révision a-t-elle eu raison de conclure que la Commission avait mal appliqué le critère de détermination de la capacité prévu par la loi? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A.

STARSON C. SWAYZE, 722.

PRESCRIPTION

Recouvrement de créances fiscales provinciales — Définition du mot « action » — L'expression « voie de droit extrajudiciaire » dans la définition du mot « action » de la loi provinciale sur la prescription englobe-t-elle les mesures de recouvrement prévues par la loi provinciale de l'impôt sur le revenu? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 3(5).

MARKEVICH C. CANADA, 94.

PRIORITÉS ET HYPOTHÈQUES

Hypothèque mobilière avec dépossession — Hypothèque mobilière sur des créances — Validité d'une hypothèque mobilière avec dépossession qui grève une créance non représentée par un titre négociable — Les dispositions de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu ont-elles un effet sur

PRIORITÉS ET HYPOTHÈQUES — Fin

la validité de l'hypothèque? — Les termes « bien ou titre » utilisés aux art. 2702 et 2703 C.c.Q. ont-ils un sens suffisamment large pour inclure une créance non représentée par un titre négociable? — Le créancier peut-il obtenir, dans le cas d'une telle créance, une détention suffisante pour constituer et publier l'hypothèque? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1641, 2702, 2703, 2710 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 248.

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE VAL-BRILLANT C.
BLOUIN, 666.

PROCÉDURE CIVILE

Décision d'une question avant l'instruction — Compétence — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — Question de compétence quant à savoir qui des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail a compétence — Désaccord entre les parties essentiellement factuel et non pas juridique — La question de compétence pouvait-elle être tranchée par voie de motion préliminaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 20, 21.01(3)a.

GOUDIE C. OTTAWA (VILLE), 141.

PROCÈS

Équité — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Les commentaires et interventions du juge suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

MIGLIN C. MIGLIN, 303.

RADIODIFFUSION

Télécommunications — Accès aux poteaux électriques — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes enjoignant aux entreprises d'électricité réglementées par la province de donner aux câblodistributeurs l'accès à leurs poteaux électriques — Le membre de phrase « la structure de soutien d'une ligne de transmission » à l'art. 43(5) de la Loi sur les télécommunications englobe-t-il les poteaux électriques des entreprises d'électricité relevant de la

RADIODIFFUSION — Fin

province? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

BARRIE PUBLIC UTILITIES C. ASSOC. CANADIENNE DE
TÉLÉVISION PAR CÂBLE, 476.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Arbitrage — Compétence des arbitres en droit du travail et des tribunaux judiciaires — Privatisation des postes de fonctionnaires provinciaux — Acceptation par les employés de l'offre d'emploi de l'employeur privé — Indemnité de départ prévue dans la convention collective — Lettre d'intention signée par le gouvernement et le syndicat stipulant que les employés n'auront pas droit à l'indemnité de départ s'ils acceptent de travailler pour l'employeur privé — Lettre d'intention précisant aussi qu'elle ne fait pas partie de la convention collective et qu'elle n'est pas assujettie à la procédure de traitement des griefs — Les employés demandent aux tribunaux civils de déclarer qu'ils ont droit à l'indemnité de départ — Leur demande échappe-t-elle à la compétence des tribunaux civils?

ALLEN C. ALBERTA, 128.

RELATIONS DE TRAVAIL — Fin

2. Compétence des arbitres en droit du travail et des cours de justice — Action des employés découlant d'une prétendue entente de pré-emploi conclue avec la municipalité — La cause d'action invoquée par les employés relève-t-elle de la compétence des cours de justice ou d'un arbitre en droit du travail en vertu de la convention collective?

GOUDIE C. OTTAWA (VILLE), 141.

3. Conflits de travail dans des hôpitaux — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujetti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le ministre était-il tenu de choisir des arbitres ayant une expertise et étant acceptés dans le milieu des relations du travail? — En tant que catégorie, les juges retraités ont-ils un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

S.C.F.P. C. ONTARIO (MINISTRE DU TRAVAIL), 539.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9